

ULUSLARARASI AKDENİZ HUKUK KONGRESİ 2022

“International Congress of Akdeniz Law 2022”

Tam Metin Kitabı

"Proceedings Book"



Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin
Kuruluşunun 30. Yılı Anısına

"30 th Anniversary of Akdeniz University Faculty of Law"



ULUSLARARASI
AKDENİZ HUKUK KONGRESİ 2022
International Congress of Akdeniz Law 2022

Tam Metin Kitabı

Proceedings Book

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ'NİN KURULUŞUNUN
30. YILI ANISINA

30 th Anniversary of
Akdeniz University Faculty of Law

ULUSLARARASI
AKDENİZ HUKUK KONGRESİ 2022
International Congress of Akdeniz Law 2022

Tam Metin Kitabı
Proceedings Book

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ'NİN KURULUŞUNUN
30. YILI ANISINA

30 th Anniversary of
Akdeniz University Faculty of Law

ADALET YAYINEVİ
Ankara - 2022

ADALET BASIM YAYIM DAĞITIM SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.

Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşunun 30. Yılı Anısına

Editörler: Ayşe Arat - Cem Ümit Beyoğlu - Osman Levent Özyay

Birinci Baskı : Kasım, 2022

ISBN : 978 – 605 – 264 – 047 – 0

ADALET YAYINEVİ

Merkez

Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-Ankara

Tel : (0312) 231 17 00

Fax : (0312) 231 17 10

İstanbul Şube

Mustafa Kemal Caddesi No: 60/C

(Anadolu Adliyesi Karşısı) Kartal-İstanbul


Tel : (0216) 305 72 81


Dağıtım

Strazburg Caddesi No: 17/B Sıhhiye-Ankara

Bursa Şube

Bursa Adliye Sarayı Zemin Kat Bursa

 : adalet.com.tr – adaletyayinevi.com

 : adalety@adaletyayinevi.com

 : facebook.com/adaletyayinevi

 : twitter.com/adaletyayinevi

Sayfa Tasarımı:

Nimet Yıldız

Kapak Tasarımı:

Yasin Özbudak

İnternet Erişim Adresi:

<https://turcademy.com/tr>

DÜZENLEME KURULU BAŞKANI

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

DÜZENLEME KURULU

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM

Doç. Dr. Ayşe ARAT

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI

Dr. Öğr. Üyesi Özgür AYDIN

Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRİJER

Dr. Öğr. Üyesi Banu BOZKURT

Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN

Dr. Öğr. Üyesi Furkan KARARMAZ

Dr. Öğr. Üyesi Agah Kürşat KARAUZ

Dr. Öğr. Üyesi Faruk Barış MUTLAY

Arş. Gör. Dr. Cem Ümit BEYOĞLU

Arş. Gör. Dr. Feride DEMİRBAŞ

Arş. Gör. Dr. Nurullah KANTARCI

Arş. Gör. Dr. Gökçe KONYALI

Arş. Gör. Dr. Osman Levent ÖZAY

Arş. Gör. Hakan Burak Akıncı

Arş. Gör. Yakup Çokkaş

Arş. Gör. Alp Tolgahan Serttaş

Ayşe Aslıhan SOMUNCUOĞLU

Hazar Kaan ÖZKONAK

KONGRE KİTAPÇIĞININ DÜZENLENMESİ

Doç. Dr. Ayşe ARAT

Arş. Gör. Dr. Cem Ümit BEYOĞLU

Arş. Gör. Dr. Osman Levent ÖZAY

ÖNSÖZ

4-6 Temmuz 2022 tarihlerinde düzenlediğimiz “Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022”, 60 çevrimiçi ve 7 yüz yüze oturumda gerçekleştirilmiş ve Kongre’ye gerek yurtiçi gerekse yurtdışından çok sayıda akademisyen, yargı mensubu ve avukat katılmıştır. Kongre’de tamamı hakem incelemesinden geçerek kabul edilen 274 bildiri sunulmuş ve tüm oturum kayıtları Fakültemizin YouTube hesabında yayınlanmıştır¹.

Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi, 3 Temmuz 1992 yılında kurulan Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 30. kuruluş yılı anısına düzenlenmiştir. Böylesine anlamlı bir misyonu taşıyan kongremizin bu derece geniş katılımlı olması ve Fakültemizin kuruluşunu hukuk camiasıyla beraber kutlamak bizleri ziyadesiyle mutlu etmiştir. Kongremizin, yeni tartışmalar ve bilimsel köprülere yol açmasını temenni ederim.

Sunulan bildirilerin bir kısmı hakemli makale olarak Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nde, diğer bir kısmı ise bu çalışmada yer almaktadır. Tam metin kitabının kamu hukuku kısmında 39, özel hukuk kısmında ise 46 adet birbirinden kıymetli çalışma bulunmaktadır.

Böylesine geniş katılımlı bir Kongre elbette birçok kişinin yoğun mesai ve emekleri sayesinde gerçekleşmiştir. Bu vesileyle Kongremizin planlanması ve icrası için emeği geçen başta Düzenleme Kurulu üyeleri olmak üzere Bilim Kurulu üyelerine ve Kongre kitabına katkı sunan değerli yazarlara teşekkür ederim. Kongrenin tüm hukuk camiasına katkı sunmasını ümit eder, sevgi ve saygılarımı sunarım.

Düzenleme Kurulu Adına
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

¹ <https://www.youtube.com/channel/UCLyGXpRx6zdJRzAIRD8hKfA/playlists>

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	7
İÇİNDEKİLER.....	9

KAMU HUKUKU

OTONOM SİLAH SİSTEMLERİ VE SAVAŞ SUÇLARI	19
<i>Berkant AKKUŞ</i>	
THE PROBLEMS THAT MAY BE CAUSED BY DUAL-USE OBJECTS IN CYBERSPACE IN ARMED CONFLICTS AND THE IMPORTANCE OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY	37
<i>İsmail ATAŞ</i>	
YÜKSEKÖĞRETİM DİSİPLİN KURULLARINA SENDİKA TEMSİLCİSİNİN KATILMASI MESELESİ	57
<i>Kerim AZAK</i>	
ULUSAL VE ULUSLARARASI BOYUTLARIYLA SEYAHAT HÜRRİYETİNİN SALGIN HASTALIKLAR KARŞISINDA SINIRLANDIRILABİLİRLİĞİ.....	71
<i>Adem Ersin BAYRA</i>	
İNSAN HAKLARI HUKUKU ALANINDA YARGISAL KARŞILAŞTIRMACILIK VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN 'SÜREGELEN ULUSLARARASI EĞİLİM' ÖLÇÜTÜ.....	93
<i>Bilge BİNGÖL SCHRIJER</i>	
ARAZİ TOPLULAŞTIRMASI KAVRAMI HUKUKİ NİTELİĞİ VE YARGISAL DENETİMİ.....	112
<i>Özge Didem BOULANGER</i>	
TÜRK CEZA HUKUKUNDA MEŞRU SAVUNMADA ORANTI.....	131
<i>Ahmet BOZDAĞ</i>	
UKRAYNA'DA YAŞANAN GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA ULUSLARARASI HUKUKTA SÜREKLİ TARAFSIZLIK KAVRAMINI YENİDEN DÜŞÜNMEK: İSVÇRE ÖRNEĞİ.....	139
<i>Tolga CANDAN</i>	
SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜĞÜN YERİNE GETİRİLEMEMESİ NEDENİYLE ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASI YASAĞINA BİR İSTİSNA: ÇEKLE İLGİLİ OLARAK KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VERME SUÇU.....	157
<i>Veysel Candan CANOĞLU</i>	

İDARİ İŞLEMLERİN HUKUKA UYGUNLUK KARİNESİ VE İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ BİR DİLEMMİ Mİ?.....	193
<i>Dursun ÇELİK</i>	
İMAR HUKUKUNDA YENİ BİR KAVRAM: YAPI KAYIT BELGESİ – İZİNSİZ YAPILAŞMAYA HUKUKİ GÜVENCE.....	207
<i>Işıl DEMİR</i>	
DİSİPLİN HUKUKUNDA MUHAKKİKLIK KURUMU ÜZERİNE BİR İNCELEME.....	237
<i>Tahir DEMİR</i>	
TEMEL YASA İLE BELİRLENEN LİBERALİZMDEN GÜVENLİK YASASI İLE ARTAN ÇİN EGEMENLİĞİNE: GÜNCEL GELİŞMELER İŞİĞİNDA HONG KONG.....	262
<i>Gülçin DEMİRCAN</i>	
ESASTAN KARAR VERİLEBİLECEK AŞAMADA İLK İNCELEME/ USULE DAİR KARAR VERİLEBİLME MESELESİ	279
<i>Selami DEMİRKOL</i>	
ULUSLARARASI HUKUKTA KURUMSALCILIK TEORİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ: COVID-19 VE UKRAYNA-RUSYA SİLAHLI ÇATIŞMASININ ÖĞRETTİKLERİ.....	313
<i>Mustafa ERÇAKICA</i>	
ANAYASA MAHKEMESİNİN DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİNİN KAPSAM VE SINIRLARINA YAKLAŞIMINDAKİ ÇELİŞKİLİ TUTUM	328
<i>Murat ERDOĞAN</i>	
RUSYA-UKRAYNA SAVAŞI DAİRESİNDE ULUSLARARASI HUKUK MESELELERİ.....	347
<i>Hakkı Hakan ERKİNER</i>	
İDARENİN HAVAYOLU İLE SEYAHAT EDEN YOLCULARIN HAKLARINA İLİŞKİN GÖREV, YETKİ VE SORUMLULUKLARI.....	399
<i>A. Kürşat ERSÖZ</i>	
AİHM'NİN KARARLARI İŞİĞİNDA İDARİ YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİ SORUNUNA İLİŞKİN GÜNCEL BİR DEĞERLENDİRME	410
<i>Mehmet GÜNEŞ</i>	
ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN KISA BİR ANALİZ: RUSYA FEDERASYONU'NUN UKRAYNA'YA YÖNELİK GERÇEKLEŞTİRDİĞİ ASKERİ MÜDAHALESİNİN TWITTER ÜZERİNDEKİ YANSIMALARI	435
<i>Ozan Emin HALHALLI</i>	
KOVUŞTURMA EVRESİNDE MAĞDUR ÇOCUĞUN DİNLENİLMESİ.....	445
<i>Kadri İNCE / Faruk TURHAN</i>	

ROMA HUKUKU'NDA ONİKİ LEVHA KANUNU VE KANUNLAŞTIRMANIN ORTAYA ÇIKIŞI	459
<i>Rahman İRİ</i>	
SUÇ TEORİSİNDE BİR KAVRAM BELİRSİZLİĞİ: SUÇUN ÖN KOŞULU	463
<i>Recep KAHRAMAN</i>	
İTİRAZ KANUN YOLUNDA ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI.....	470
<i>Mahmut KAPLAN</i>	
VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNA İLİŞKİN GÜNCEL DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	486
<i>Tuğçe KARAÇOBAN GÜNEŞ</i>	
MAĞDURUN KORUNMASI AMACIYLA YAPILAN GİDERLERİN SUÇ MAĞDURUNA RÜCU EDİLMESİ.....	500
<i>Enver KAŞLI</i>	
BİR SUÇ POLİTİKASI ARACI OLARAK UZLAŞTIRMA.....	508
<i>Ali Şahin KILIÇ</i>	
PANDEMİ SÜRECİNDE “HUKUK DEVLETİ”Nİ HAYEK EKSENİNDE DÜŞÜNMEK.....	522
<i>Nergis KULAKSIZOĞLU MERCAN</i>	
SULTAN MELİKŞAH KANUNNAMESİ VE POZİTİF HUKUKTA ÇAĞRIŞTIRDIKLARI	529
<i>Yasin KURBAN / Metin İKİZLER</i>	
ÇİN HALK CUMHURİYETİ'NİN KÜRESEL POLİTİKALARININ GÜNEY ÇİN DENİZİ'NE YANSIMASININ GÜNEY ÇİN DENİZİ TAHKİM DAVASIYLA BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	541
<i>Ümit Melih METİNTAŞ</i>	
MASUMİYET KARİNESİ İLE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇATIŞMASI.....	560
<i>İlayda OTER</i>	
ULUSLARARASI NİTELİKTE SİLAHLI ÇATIŞMALAR KARŞISINDA İNSAN HAKLARININ KORUNMASI BAĞLAMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ UYGULAMASININ YETERLİLİĞİ.....	575
<i>Ali SAÇAR</i>	
CUMHURBAŞKANI KARARLARININ YARGISAL DENETİMİNDE İDARE İŞLEVİ ÖLÇÜTÜ (İSTANBUL SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ).....	589
<i>Sinan SEÇKİN</i>	
TÜRK İDARE HUKUKUNDA İDARİ İŞLEMİN GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ SORUNU.....	605
<i>Harika ŞAHİN</i>	

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA (CEZA MUHAKEMESİ BAĞLAMINDA) GEREKÇELİ KARAR ALMA HAKKI	622
<i>Tolga ŞİRİN</i>	
TUTUKLAMA TEDBİRİNDE “KATALOG SUÇ” SORUNU	646
<i>Faruk Y. TURİNAY</i>	
EKOLOJİK KAMU DÜZENİ	662
<i>Güher ULU</i>	
İDARE EKONOMİK KAMU DÜZENİNİ SAĞLAMAK İÇİN GIDA FİYATLARINI SABİTLEYEBİLİR Mİ?	680
<i>Nurhan YAPRAK</i>	
ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK KAPSAMINDA SIĞINMACILARIN KORUNMASI	692
<i>Tülay YILDIRIM MAT</i>	

ÖZEL HUKUK

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU UYARINCA DURUŞMALARIN GİZLİ YAPILABİLMESİ BAKIMINDAN KORUNMAYA DEĞER ÜSTÜN MENFAAT KAVRAMI	703
<i>Ayşe Ece ACAR</i>	
AİLE KONUTUNA İLİŞKİN KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESHİ	712
<i>Alpaslan AKARTEPE</i>	
DAVAYA ETKİLİ İDDİA, İTİRAZ VE DELİL	735
<i>Cengiz AŞKAN</i>	
İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI ÇERÇEVESİNDE SOSYAL MEDYA YÖNERGELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	744
<i>Fatih AYDIN</i>	
TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLÂMLARIN VE TEDBİR KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİNDE YENİ DÖNEM	755
<i>Derya BELGİN GÜNEŞ</i>	
HAKSIZ AZİL HALİNDE AVUKATLIK ÜCRETİ	764
<i>Tuba BİRİNCİ UZUN</i>	
SOLARIS'IN IŞIĞINDA ÖZEL LİMAN İŞLETMELERİNİN TAKDİR YETKİSİ	778
<i>Banu BOZKURT</i>	

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA BAĞLAMA NOKTASI OLARAK MÜLTECİLERİN MUTAD MESKENİ	781
<i>Ranegül CAMIZ</i>	
KONTEYNER TAŞIMASINDA KAPTANIN NEZARET YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TAŞIYANIN SORUMLULUĞUNA ETKİSİNE İLİŞKİN 2021 YILINDA VERİLEN YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	792
<i>G. Venüs CÖMERT</i>	
YENİ BİR FİNANSMAN YÖNTEMİ OLARAK KRİPTO VARLIKLARIN İLK ARZI VE TÜRK SERMAYE PİYASASI HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	803
<i>Müge ÇETİN</i>	
KONKORDATO MÜHLETİ KARARININ ALACAĞIN DEVRİNE ETKİSİ.....	811
<i>Ömer Faruk DEMİR</i>	
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İHYA OLGUSU	823
<i>Feride DEMİRBAŞ</i>	
YENİ DÜNYA DÜZENİNDE OMBUDSMANLIK İLE UZLAŞTIRMA VE ARABULUCULUK UYGULAMALARINA DUYULAN İHTİYAÇ	836
<i>Mine DEMİREZEN</i>	
ZARARLARINIZDAN İŞLETMEMİZ SORUMLU DEĞİLDİR İFADESİ SORUMSUZLUK ANLAŞMASI OLARAK NİTELENDİRİLEBİLİR Mİ?	857
<i>İlknur DENİZ</i>	
DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATINDA ZMSS SORUMLULUĞUNUN GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	868
<i>Emine DEVELİ AYVERDİ / Ahmet AYVERDİ</i>	
TÜKETİCİ HUKUKU BAKIMINDAN YENİLENMİŞ ÜRÜNLER.....	885
<i>Hakkı Mert DOĞU</i>	
GEÇİCİ KORUMA İLE İLGİLİ BAZI KONULAR ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME.....	902
<i>Salimya GANIYEVA</i>	
ULUSLARARASI DENİZ TRAFİĞİNİN KOLAYLAŞTIRILMASI SÖZLEŞMESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE BİR İNCELEME.....	925
<i>Nurser GÖKDEMİR İŞİK</i>	
SİGORTACI SİGORTA ETTİRENE VEYA SİGORTALININ YAKINLARINA RÜCU EDEBİLİR Mİ?.....	935
<i>Fatma GÖRGÜLÜ</i>	
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA AİLE KONUTU ŞERHİ.....	965
<i>Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT</i>	

MAKTU AYLIKLI İŞÇİLERİN HASTALIK NEDENİYLE ÇALIŞMADIĞI GÜNLERİN ÜCRETİ	977
<i>Arzu HACIOĞLU ÇALIŞKAN</i>	
SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNUN ÖZEN VE BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ İHLALİ.....	997
<i>Mahmut KABAKCI</i>	
HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN POZİTİF KORUNMASI BAĞLAMINDA KATLANMA VE GÖRÜNÜŞ TEMSİLİ	1016
<i>Mine KAÇMAZ ADAK</i>	
BOŞANMA DAVASINDA EŞLERDEN BİRİNİN ÖLMESİ VE MİRASÇILARIN DAVAYA DEVAM ETMESİ HALİNDE SAĞ KALAN EŞİN KUSUR DERECESESİ	1033
<i>Merve Buse KALAYCI ÖLÇÜM</i>	
İSVİÇRE REFORMU İŞİĞİNDE TÜRK MİRAS HUKUKU ALANINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER	1051
<i>Gökçen KARASIOĞLU GÜRBÜZ</i>	
KONSİNYE SATIMDA SATIM İÇİN BIRAKILAN TACİR YARDIMCISI OLARAK NİTELENDİRİLEBİLİR Mİ? DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ İLE KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME.....	1063
<i>Mine KARAYALÇIN / Havva OKUDAN</i>	
HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA HİSSE KÂR PAYI DAĞITIMINA GENEL BAKIŞ.....	1083
<i>Ayşe Begüm KELEŞ GÜVEN</i>	
YENİ BİR İŞ KANUNU İÇİN SOMUT ÖNERİLER	1097
<i>Mustafa KILIÇOĞLU</i>	
UKRAYNALILAR VE SURİYELİLER İÇİN SAĞLANAN GEÇİCİ KORUMA REJİMLERİNİN FARKLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME.....	1112
<i>Bahar KÜPE</i>	
HUKUK YARGILAMASINDA ‘GÖREV VE İŞ DAĞILIMI BAKIMINDAN İHTİSASLAŞMA’.....	1128
<i>Nedim MERİÇ</i>	
YILIK ÜCRETLİ İZİNİN UYGULANMASINDA SORUNLU KONULAR.....	1142
<i>Faruk Barış MUTLAY</i>	
MEDENİ HUKUKTA ADLİ MUHASEBE.....	1166
<i>Burcu ÖZKUL</i>	
KİŞİLİK HAKKI ÇERÇEVESİNDE ÇOCUĞUN BENZERSİZ OLMA HAKKI.....	1182
<i>Sera REYHANİ YÜKSEL</i>	

YETKİ TESPİTİNE İTİRAZIN SOMUT DELİLLERE DAYANDIRILMAMASININ KANUN YOLUNA BAŞVURU HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI OLARAK NİTELENDİRİLMESİ.....	1197
<i>F. Burcu SAVAŞ KUTSAL</i>	
KİŞİLİK HAKLARI BAĞLAMINDA ÇOCUĞUN KÖKENİNİ BİLME HAKKININ YARGI KARARLARI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	1216
<i>Selin SERT SÜTÇÜ</i>	
HUKUK MUHAHEMELERİ KANUNU UYARINCA İSTİNAF AŞAMASINDA YAPILAMAYACAK İŞLEMLERDEN KAYNAKLANAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....	1225
<i>Çağatay Serdar ŞAHİN</i>	
SAĞLIK HİZMETLERİNİN UZAKTAN SUNULMASI.....	1247
<i>Yasemin TAŞDEMİR</i>	
SERMAYE PİYASASI KANUNU KAPSAMINDA İZAHNAMEYE AYKIRILIK NEDENİYLE İPTAL DAVASININ HUKUKİ ÇERÇEVESİ.....	1260
<i>Ahmet TOK</i>	
ORMAN ARAZİLERİ ÜZERİNDEKİ MADEN İZİNLERİNE İLİŞKİN İDARE HUKUKU VE ÖZEL HUKUK KAYNAKLI SORUNLAR.....	1278
<i>Nilay TULUKCU YILDIZBAŞ / Melek BİLGİN YÜCE</i>	
TÜRK İŞ HUKUKUNDA İKAME İŞÇİNİN SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ...1290	
<i>Gökhan TÜRE</i>	
LİMİTED ŞİRKETLERDE ÖZEL MENFAATLER.....	1306
<i>Muharrem TÛTÛNCÛ</i>	
İNSANSIZ GEMİLERİN DENİZE ELVERİŞLİLİK VE SİBER RİSK GARANTİSİ.....	1323
<i>Ayça UÇAR</i>	
SİBER RİSK SİGORTASI: UYGULAMALAR VE SON GELİŞMELER.....	1335
<i>İlknur ULUĞ CİCİM</i>	
İCRA İFLAS HUKUKUNDA TEKNOLOJİK GELİŞMELER VE ÖZELLİKLE ELEKTRONİK SATIŞ.....	1347
<i>Merve UYSAL</i>	
IN SEARCH OF BORDER JUSTICE FOR REFUGEES: A CRITICAL REVIEW OF THE ECTHR' <i>M.H. AND OTHERS V. CROATIA</i> CASE.....	1374
<i>Ekin Deniz UZUN</i>	
İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA İŞÇİNİN SAVUNMASINI ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	1389
<i>Tuğçe YABA</i>	

KAMU HUKUKU

OTONOM SİLAH SİSTEMLERİ VE SAVAŞ SUÇLARI

*Berkant AKKUŞ**

GİRİŞ

Yüksek otomasyonlu ve otonom silahların hızla gelişmesi, uluslararası alanda en polemik yaratan tartışma kaynaklarından biri haline gelmiştir. Teknolojinin karmaşıklığı ve sınırsız olasılıklar, mevcut uluslararası hukuk sistemimizin bu teknolojinin ortaya çıkardığı pek çok cevapsız soruyla yüzleşebilme kabiliyeti konusunda pek çok kişiyi en hafif tabirle şüpheli hale getirmiştir.

Bu teknolojiyle birlikte ortaya çıkan ve karşıtlarının yasaklanması için bir argüman olarak kullanmasına yol açan en önemli korkulardan biri, silah sistemlerinin olası bir başarısızlığının veya silahlı çatışmaları yöneten normların ihlalinin sorumluluğunu bir insan operatöre tahsis etmenin iddia edilen zorluğudur.

Bu görüşü savunanlar, bu silah sistemlerinin karmaşıklığı nedeniyle, cezai sorumluluğu paylaştırmaya yönelik mevcut hukuk mekanizmalarımızın bu silah sistemlerinin oluşturduğu tehlike ve tehditlerle başa çıkmada yetersiz kaldığını¹ ve dolayısıyla bu silahlar tarafından işlenen herhangi bir potansiyel hukuka aykırı eylemin, silahın yanlış eylemlerinden doğrudan sorumlu tutulabilecek bir insan komutan veya operatöre sahip olmayacağını ileri sürmektedir.²

Ancak, bir silahın ulaştığı otonomi seviyesi ne olursa olsun, çalışmasında her zaman bir dereceye kadar insan müdahalesi olacağını³ ve otonom silahın diğerleri gibi yalnızca suç eyleminin aracı olacağını⁴ düşünürsek, herhangi bir hesap verebilirlik boşluğunun var olacağını varsaymak için hiçbir neden yoktur.

* Dr. Öğretim Üyesi, Girne Amerikan Üniversitesi - Hukuk Fakültesi, berkantakus91@gmail.com.

¹ "Mind the Gap: The Lack of Accountability for Killer Robots," Human Rights Watch & International Human Rights Clinic at Harvard Law School, Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022, <https://www.hrw.org/report/2015/04/09/mind-gap/lack-accountability-killer-robots>.

² Marco Sassóli, "Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified," *International Law Studies* 90, S.1 (2014):323.

³ Michael Schmitt, Jeffrey Thurnher, "Out of the Loop: Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict," *Harvard National Security Journal* 4, S.2 (2013):235.

⁴ Jens Ohlin, "The Combatant's Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield," *International Law Studies* 92, S.1 (2016):3.

Bu bölüm, ölümcül otonom silah sistemlerinin konuşlandırılmasının özel bir komuta yapısı tarafından denetlenmesi ve uygun protokollerin eşlik etmesi koşuluyla, bugün var olan hukuki hesap verebilirlik sisteminin, otonom silahların kullanımından kaynaklanabilecek sorumluluk sorunlarını ele almak için yeterli olduğunu savunmaktadır.

Bu amaçla, ilk bölümde otonom silah sistemlerinin kısa bir tanımı ve hesap verebilirlik endişelerini artıran özellikleri verilmektedir. Bölüm iki, bu silah sistemleri kullanılarak işlenebilecek farklı suçları tartışmakta, otonom silah sistemlerinin kullanılması sürecinde bir araya gelen farklı uluslararası cezai sorumluluk türlerini analiz etmekte ve bunlardan hangisinin uluslararası insanlı hukukun ağır ihlallerini ele almak için en uygun olduğunu belirlemektedir. Son olarak, ortaya konan temel argümanların kısa bir sonucu sunulacaktır.

I. ÖLÜMCÜL OTONOM SİLAH SİSTEMLERİ

Silah sistemleri, bir makinenin çalışması için gerekli olan tüm bileşenlerdir askeri personeli veya yapıları yaralamayı, zarar vermeyi, yok etmeyi veya devre dışı bırakmayı amaçlar.⁵ Otonom silah sistemleri, konuşlandırıldıkları ortamdaki zorluklara ve koşullara yanıt olarak operasyonel modlarını uyarlayan silah sistemleridir. Bu bölümün odak noktası ölümcül saldırıda bulunmak üzere tasarlanmış veya ölümcül yeteneklerle donatılmış olan otonom silah sistemleridir.

Ne yazık ki, otonom silah sistemlerinin üzerinde anlaşmaya varılmış bir tanımı mevcut değildir.⁶ Bu bölümün odak noktası bunlarla ilgili hesap verebilirlik meselesidir, aşağıdaki üç farklı eylem durumunda insan müdahalesinin oranına dayalı olarak otonom silah sistemleri kategorileri,⁷ sorunu anlamak için uygundur:

- Döngü İçinde İnsan Silahları: Sadece bir insan komutuyla hedef seçebilen ve güç uygulayabilen robotlar;
- Döngüde İnsan Silahları: Robotların eylemlerini geçersiz kılacak bir insan operatörün gözetimi altında hedef seçebilen ve güç uygulayabilen robotlar; ve
- Döngü Dışı İnsan Silahları: Herhangi bir insan müdahalesi veya etkileşimi olmadan hedef seçebilen ve güç uygulayabilen robotlar.

⁵ Nicholas Mull, "The Robotization of Warfare with Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS): Mandate of Humanity or Threat to It?," *Houston Journal of International Law* 40, S. (2018):475.

⁶ "Views of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on Autonomous Weapon Systems," ICRC, Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022, <https://www.icrc.org/en/document/views-icrc-autonomous-weapon-system>.

⁷ "Losing Humanity - the Case Against Killer Robots," Human Rights Watch & International Human Rights Clinic at Harvard Law School, Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022, <https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>.

İlk kategori olan döngü içinde insan ile ilgili olarak, insan operatör hedef seçimi ve güç kullanımı ile ilgili tüm karar mekanizmalarında yer aldığından, güncel bir hesap verebilirlik sorunu yoktur. Bu durumda, bu tür bir otonom silah sistemi kullanılırken uluslararası insancıl hukukun herhangi bir ağır ihlali, gerekli olan suçun manevi unsuru gerçekleştirilirse, komutan sorumluluğu yoluyla operatöre ve potansiyel olarak komutanına suç atfedilecektir.

Ancak son iki kategori, herhangi bir insan katılımına ihtiyaç duymadan, kendi başlarına hedefleme kararları verebilen silahları kapsamaktadır. İnsan katılımının olmadığı bu durum, otonom silah sistemleri operasyonunun uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerine neden olduğu durumlarda hesap verebilirlikle ilgili endişeleri artırmaktadır. Bu tür otonom silah sistemleri öğrenmek için yapay zeka kullanır. Yani, geri bildirim ve konuşlandırıldığı ortamdaki elde edilen veriler, otonom silah sisteminin makine öğrenmesi unsurunun gelecekteki performansını değiştirmesine ve geliştirmesine izin verir durumlar yaratır.⁸

Yapay zeka sistemlerini kullanmanın temel avantajı, veri analizi ve model tanımlama görevlerinde insanlardan daha iyi performans gösterebilmelidir.⁹ Silahlı çatışma durumlarında, bu, otonom silah sistemlerinin aynı anda birkaç farklı kaynaktan gelen bilgilerin analizini,¹⁰ daha bilinçli karar vermelerini sağlar hedef seçimlerini, daha kısa sürede gerçekleştirebileceğini ve verileri işleme kapasitesine sahip olduğu anlamına gelir.¹¹ Ayrıca, otonom silah sistemleri insan unsurundan ve insani duygulardan yoksun olduğu için daha bilinçli ve tarafsız kararlar alabilirler. Özellikle bir hedefe nişan alırken bir insandan daha uygulanabilir önlemler alabilmeleri mümkündür.¹²

Bununla birlikte, otonom silah sistemlerinin hedefleme kararları algoritmalara ve makine öğrenmesine dayandığından,¹³ kendilerine rehberlik edebilecek herhangi bir ahlaki bileşen olmaksızın herhangi bir savaş suçu işlemek için gerekli olan suçun manevi unsuruna sahip olmaları mümkün değildir. Dolayısıyla, sorun şu ki, bilgiyi daha etkili bir şekilde işleyebilseler

⁸ Rebecca Crootof, "War Torts: Accountability for Autonomous Weapons," *University of Pennsylvania Law Review* 164, S.6 (2016):1367.

⁹ Tetyana Krupiy, "Regulating a Game Changer: Using a Distributed Approach to Develop an Accountability Framework for Lethal Autonomous Weapon Systems," *Georgetown Journal of International Law* 50, S.1 (2018):48.

¹⁰ Robert Sparrow, "Robots and Respect: Assessing the Case Against Autonomous Weapon Systems," *Ethics & International Affairs* 30, S.1 (2016):97.

¹¹ Gwendolynn Bills, "LAWS unto Themselves: Controlling the Development and Use of Lethal Autonomous Weapons Systems," *The George Washington Law Review* 83, S.1 (2014):186.

¹² U.N. Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, para 54, U.N. Doc. A/HRC/23/47 (9 April 2013).

¹³ Peter Margulies, "Making Autonomous Weapons Accountable: Command Responsibility for Computer-guided Lethal Force in Armed Conflicts," *İçinde: Jens Ohlin, editör, Research Handbook on Remote Warfare* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012), 415.

bile, otonom silah sistemleri olguların ardındaki gerçek anlam ve bağlamı anlamaktan yoksundur.¹⁴

Otonom olarak çalışabilmek için silah sistemlerinin milyonlarca satırdan oluşan yazılım kodlarının tek bir kişi tarafından oluşturulamayacağı açıktır.¹⁵ Dolayısıyla, kodlama sürecinde programcılardan oluşan bir ekip yer almaktadır. Bu durum, hiçbir yazılımcının programın tamamını bilmediği ve sonuç olarak hiç kimsenin makinelerin herhangi bir uyarana nasıl tepki vereceğini tahmin edemeyeceği anlamına gelir. Bu nedenle, silah sistemleri ne kadar otonom hale gelirse, gelecekteki davranışlarını tahmin etmek veya öngörmek o kadar zorlaşacaktır.¹⁶

Sonuç olarak, otonom silah sistemlerinin kullanımına ilişkin temel hesap verebilirlik kaygısı, bu sistemlerin komutan veya operatör tarafından uluslararası insancıl hukuku ihlal edecek şekilde kasıtlı olarak kullanıldığı durumlarla ilgili değildir. Bu koşullarda cevap açıktır, savaş suçları için gerekli olan manevi unsur mevcuttur. Ancak daha ziyade, otonom silah sistemlerinin öngörülemez veya güvenilir bir şekilde, insan operatöre hareket tarzını geçersiz kılmak için herhangi bir fırsat vermeden performans gösterdiği durumlar tartışılmalıdır. Bu durum kesinlikle döngü dışı insan tipindeki otonom silah sistemlerinde olabileceği gibi, silahın belirli bir uyarıcıya tepki verme hızı nedeniyle operatörün hedefleme kararına zamanında tepki veremediği durumlarda, döngüdeki insan tipindeki silahlarda da meydana gelebilir.¹⁷

Otonom silah sistemlerinin operasyonel olabilmesi için öncelikle uluslararası insancıl hukuka uygun olması gerekir. Bu, bir hedef seçerken askeri gereklilik, ayrımcılık, ve orantılılık ilkelerini¹⁸ uygulaması ve angajmana girmeden önce işlevsel olabilen ve uluslararası insancıl hukuka uygun mümkün olan tüm önlemleri alması gerektiği anlamına gelir.¹⁹

İnsan operatöründen tamamen bağımsız otonom olarak hedef seçiminde bulunup, hedefleri yok edebilen ve insancıl hukuk ile uyumlu olan sistemler henüz mevcut değildir. Bununla birlikte, teknolojik ilerlemenin mevcut durumu göz önüne alındığında, bu silah sistemlerinin olup olmayacağı değil, ne zaman olacağı önemlidir. Bu nedenle, bir sonraki bölüm, otonom silah

¹⁴ Kelly Cass, "Autonomous Weapons and Accountability: Seeking Solutions in the Law of War," *Loyola of Los Angeles Law Review* 48, S.3 (2015):1019.

¹⁵ Kjolv Egeland, "Lethal Autonomous Weapon Systems under International Humanitarian Law," *Nordic Journal of International Law* 85, S.2 (2016):111.

¹⁶ Neil Davison, "A Legal Perspective: Autonomous Weapon Systems Under International Humanitarian Law," *UNODA Occasional Papers* 30 (2017):15.

¹⁷ *Ludmila Halajová*, "Individual Criminal Responsibility for War Crimes Resulting from the Use of Autonomous Weapons Systems," *The Law Quarterly* 10, S.2 (2020):145.

¹⁸ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts arts. 48, 51(2) and 52(2), 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 609 (Additional Protocol I).

¹⁹ Additional Protocol I, arts. 51(5)(b) and 57.

sistemlerinin öngörülemeyen işleyişi dolayısıyla neden olduğu her türlü uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden kimlerin cezai olarak sorumlu tutulabileceği sorusuna cevap vermeye çalışmaktadır.

II. CEZAI SORUMLULUKLAR

Uluslararası ceza hukukunda, bir kişiyi cezalandırmanın adil olup olmadığı kusurluluk kavramı üzerine kuruludur.²⁰ Bu nedenle, bir suçun işlendiğini tespit etmek için bir mahkeme suçun ilgili unsurlarının karşılanıp karşılanmadığını incelemelidir. Bu unsurlar, suçun cezalandırdığı tipik eylem veya ihmali kapsayan *actus reus* veya suçun maddi unsuru; ve failin niyetiyle ilgilenen *mens rea* veya manevi unsurdur.

Ancak, diğer silahların kullanımından farklı olarak, otonom silah sistemleri söz konusu olduğunda, ölümcül güç kullanma kararı makine tarafından verilmektedir. Dolayısıyla, bir makine savaş suçu işleme niyetine sahip olmayacağı için, otonom silah sistemlerinin işletilmesinden kaynaklanan uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerinin hesap verebilirliğine ilişkin endişeler bulunmaktadır.

Bu kaygılar, (a) bir bireyin uluslararası insancıl hukukun ciddi bir ihlalini gerçekleştirmek üzere bir otonom silah sistemini kasten programladığı; (b) bir operatörün bir kentsel alanda hukuka uygun ve hukuka uygun olmayan hedefler arasında ayırım yapamayan bir otonom silah sistemini kasten konuşlandırdığı; veya (c) komutanın bir otonom silah sisteminin uygunsuz bir şekilde kullanılmasını emrettiği durumlarda mevcut değildir.²¹ Bu durumlarda, uluslararası cezai sorumluluğun uygun şekilde uygulanmasına ilişkin bir soru yoktur, çünkü savaş suçlarının manevi unsuru açıkça mevcuttur.

Sorun, doğaları gereği öngörülemez olmaları ve yıkıcı kapasiteleri nedeniyle, otonom silah sistemlerinin uluslararası insancıl hukuku hiç kimse kasıtlı olarak hareket etmeden ihlal ettiğinde ortaya çıkmaktadır.²² Dolayısıyla, ortaya çıkan soru, eğer varsa, otonom silah sistemlerinin öngörülmeleyen eylemlerinin ölümcül sonuçlarından kimin cezai olarak sorumlu tutulması gerektiğidir.

Bu soruyu ele almak için, bu makale farklı cezai sorumluluk türlerini analiz etmekte ve uluslararası insancıl hukukun ağır ihlalleri için hangisinin en uygun olduğunu belirlemektedir. Otonom silah sistemlerinin doğası gere-

²⁰ Gerhard Werle, Florian Jeßberger, "Unless Otherwise Provided: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law," *Journal of International Criminal Justice* 3, S.1 (2005):36.

²¹ Ian Henderson, Patrick Keane, Josh Liddy, "Remote and Autonomous Warfare Systems: Precautions in Attack and Individual Accountability," İçinde: Jens Ohlin, editör, *Research Handbook on Remote Warfare* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012), 269.

²² Daniel Hammond, "Autonomous Weapons and the Problem of State Accountability," *Chicago Journal of International Law* 15, S.2 (2015):662.

ği, savaş suçu işleme ihtimallerinin daha yüksek olduğu unutulmamalıdır. Özellikle de çatışmalarda doğrudan yer almayan sivillerin veya savaşçıların öldürülmesine veya yaralanmasına sivil ve koruma altındaki mülklerin tahrip edilmesine sebebiyet vermekte, aynı zamanda doğal çevreye ciddi zarar vermektedir.²³

A. BİREYSEL CEZAI SORUMLULUK

Otonom silah sistemlerinin öngörülemez eylemleri için cezai sorumluluk atfedilmesindeki sorun, hedef alma kararlarının uluslararası bir suçun gerçekleşmesi için gerekli manevi unsuru içerememesidir. Bu nedenle, incelenmesi gereken kararlar, konuşlandırılmasında yer alan kişilerin kararlarıdır.²⁴

Korunan kişilerin kazara ölümü veya korunan malların zarar görmesine ilişkin mevcut hukukta cezai sorumluluk bulunmamaktadır.²⁵ Bu anlamda, otonom silah sistemlerinin öngörülemez eylemleri, başka bir silahı kullanan bir insan savaşçının yaptığı bir hatadan farklı değildir,²⁶ bu nedenle otonom silah sistemlerini arıza durumunda farklı şekilde değerlendirmek doğru değildir. Bu durumda sorulması gereken soru, ölümcül bir otonom silah sisteminin kullanıldığı ve operatörün, komutanın ya da programcının kaza riskinin yüksek olduğunu bildiği durumlarla nasıl mücadele edileceğidir. Bu durumlar bilinçli taksir veya olası kast (*dolus eventualis*) kavramına giriyor gibi görünmektedir.

Dolus eventualis (olası kast) kavramı bilinçli taksir ile tam olarak aynı değildir,²⁷ ancak bu bölümün amaçları doğrultusunda, failin davranışının bir sonucu olarak suç teşkil eden bir fiil veya ihmalin meydana gelmesinin önemli bir olasılık olduğunun farkında olması²⁸ ve bu sonuçların kabul edilmesini gerektirdiği için kavramlar birbirinden ayırt edilmeksizin kullanılacaktır.²⁹ Bu anlamda, uluslararası insancıl hukukun ihlali riskinin yüksek olduğunu bilerek otonom silah sisteminin konuşlandırılması bu kategoriye girecektir.

²³ Rome Statute of the International Criminal Court art. 8, 17 July 1998, 2187 U.N.T.S. 38544 (Rome Statute).

²⁴ Sassóli, "Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified," 323.

²⁵ Ohlin, "The Combatant's Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield," 361.

²⁶ Marta Bo, "Autonomous Weapons and the Responsibility Gap in Light of the Mens Rea of the War Crime of Attacking Civilians in the ICC Statute," *Journal of International Criminal Justice* 19, S.2 (2021):24.

²⁷ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law: Volume 1: Foundations and General Part*, (Oxford: Oxford University Press, 2013), 277.

²⁸ Prosecutor v. Kvočka et al., Case No. IT-98-30/1-T, Trial Chamber Judgement, para 251 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 2 November 2001).

²⁹ Prosecutor v. Milomir Stakic, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, para 587 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 31 July 2003).

1. Kasıt ve Bilme

Savaş suçlarının *dolus eventualis* ve/veya bilinçli taksirle işlenip işlenemeyeceği bir tartışma konusudur.³⁰ Bu nedenle, en azından bazı uluslararası suçların, özellikle de savaş suçlarının *dolus eventualis* ile işlenebileceğini kabul edenler için,³¹ uluslararası insancıl hukuk ihlalinin önemli bir olasılık olduğunu bilerek otonom silah sisteminin işletilmesi cezai sorumluluk gerektirebilir. Buna göre, bir operatör, programcı veya komutan (1) bir otonom silah sisteminin arızasının, korunan kişilerde veya mülklerde hukuk dışı ölüm, yaralanma veya hasar olasılığının farkında ise, (2) bu riskleri kabul ediyorsa ve (3) kullanımına devam ediyorsa savaş suçu işlemekten yargılanabilir.³²

Bununla birlikte, *dolus eventualis* veya bilinçli taksirin cezai sorumluluk atfedilmesi için kabul edilebilir bir kasıt biçimi olduğu tartışılabilir. Her ne kadar *ad hoc* ceza mahkemelerinin içtihatları bunun dahil edilmesini desteklese de,³³ devlet pratiği aksini göstermektedir. Nitekim, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün ilk taslakları, başlangıçta manevi unsur hükmüne bir suçun bilinçli taksirle işlenmesi olasılığını tanıyan bir paragraf eklemiş,³⁴ ancak daha sonra bunu çıkarmayı tercih etmiştir.³⁵ Bu dışlama, uluslararası suçların işlenmesi için olası bir manevi unsur olarak bilinçli taksir ve *dolus eventualis* kavramlarını ortadan kaldırma niyetlerini göstermektedir.

Ayrıca, *ad hoc* mahkemelerin içtihatları devlet uygulamasının örnekleri değildir, bu nedenle teamül normları oluşturamazlar. Özellikle Roma Statüsü'nün hazırlanmasına katılan devlet delegelerinin bilinçli taksir veya *dolus eventualis*'e dayanan sorumluluktan rahatsız oldukları açıktır ve nihayetinde bu kavramlar oybirliğiyle reddedilmiştir.³⁶

Buna ek olarak, evrensel bir Uluslararası Ceza Mahkemesi kurmanın tüm amacı, uluslararası ceza hukukunu hukukilik ilkesinin taleplerini karşılayan

³⁰ William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, (Oxford: Oxford University Press, 2016), 629.

³¹ Gerhard Werle, Florian Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), 191.

³² Robin Geiß, Henning Lahmann, "Autonomous Weapons Systems: A Paradigm Shift for the Law of Armed Conflict?," içinde: Jens Ohlin, editör, *Research Handbook on Remote Warfare* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012), 393.

³³ Prosecutor v. Galic, Case No. IT-98-29-A, Appeals Chamber Judgement, para 152 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 30 November 2006).

³⁴ U.N.G.A., Report of the *Ad Hoc Committee* on the *Establishment* of an International Criminal Court, 59, U.N. Doc. A/50/22 (1995).

³⁵ U.N.G.A., Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. II, 92, U.N. Doc. A/51/22 (1996)

³⁶ Roger Clark, "Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings," *Criminal Law Forum* 19, S.1 (2008):529.

sıkı ve titiz bir kodifikasyon süreci lehine teamül kökenlerinden kurtarmaktı.³⁷ Bu nedenle, açık bir devlet uygulaması ve *opinio juris* olmadan taraf devletlerce müzakere edilen Roma Statüsü ve suç unsurlarından *dolus eventualis*, savaş suçları için kabul edilebilir bir kasıt biçimi olarak düşünülemez.

Dolayısıyla, Roma Statüsü'nün 30. maddesi uyarınca, aksi belirtilmedikçe, savaş suçları yalnızca kasıt ve bilme ile işlenebilir. Kasıt, bir kişinin davranışta bulunmayı ve sonuca neden olmayı amaçlamasını veya en azından olayların olağan akışı içinde söz konusu sonucun ortaya çıkacağına farkında olmasını gerektirir; bilme durumunda ise olayların olağan akışı içinde kişi ilgili koşulların ve bir sonucun ortaya çıkacağına farkındadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi olayların olağan akışı içinde gerçekleşmesi ifadesini şu şekilde yorumlamıştır; olayların olağan seyri yalnızca failin eylemleri gerçekleştirdiği durumları kapsar. Fail belirli bir sonucun meydana gelmesini istemez, ancak bunun olacağını bilir ve kabul eder (ikinci dereceden *dolus directus*).³⁸ Aksine, bazı yazarlara göre bilgi gerekliliği, olası kastın en katı tanımını yani failin bir sonucun meydana gelme riskinin yüksek olduğunu bilmesini içermektedir.³⁹

Bununla birlikte, olabilir yerine olacak kelimesinin kullanılması, belirli bir sonucun meydana gelmesinin neredeyse kesin olmasını gerektirir. Bu nedenle, uluslararası insancıl hukukun ihlaline ilişkin önemli bir olasılığın farkında olmak, programcı, operatör veya komutana bireysel cezai sorumluluk atfetmek için yeterli değildir. Özellikle, bu olasılık yüksek de olsa sadece sonuçların meydana gelmesine yönelik bir olasılıktır.⁴⁰

Sonuç olarak, bireysel cezai sorumluluğun genel kuralları uyarınca, programcılar, operatörler ve komutanlar, makinenin arızalanma riskinin yüksek olduğunu bilerek otonom silah sistemini konuşlandırdıkları için sorumlu tutulamazlar, çünkü hiçbir zaman bir savaş suçunun ortaya çıkacağına dair gerekli kesinliğe sahip olmayacaklardır.

Bununla birlikte, Roma Statüsü'nün 30. maddesinde yer alan aksi belirtilmedikçe ifadesinin genel kasıt ve bilme standardının düşürülmesine, yükseltilmesine veya özel bir kasıtle tamamlanmasına izin verdiği kabul edilmiştir.⁴¹ Bu bağlamda, Roma Statüsü'nün 8. maddesi ve suçların unsurları, oto-

³⁷ Jens Ohlin, "Targeting and the Concept of Intent," Michigan Journal of International Law 35, S.1 (2013):109.

³⁸ Prosecutor v. Bemba, Case No. ICC-01/05-01/08, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, para 360 (15 June 2009).

³⁹ Bo, "Autonomous Weapons and the Responsibility Gap in Light of the Mens Rea of the War Crime of Attacking Civilians in the ICC Statute," 18.

⁴⁰ Prosecutor v. Lubanga, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, para 1011 (14 March 2012).

⁴¹ Johan Van der Vyver, "The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law," University of Miami International & Comparative Law Review 12, S.1 (2004):66.

nom silah sistemleri tarafından işlenebilecek savaş suçları için farklı bir manevi unsur öngörmemektedir, ancak cezai sorumluluğun farklı türleri daha düşük bir manevi unsur gerektirebilir.

B. CEZAI SORUMLULUK TÜRLERİ

Otonom yapılarını göz önünde bulundurularak, yalnızca bir kişinin do laylı olarak dahil olduğu sorumluluk türleri, otonom silah sistemleri tarafından işlenen savaş suçları için operatörüne, programcısına veya komutanına sorumluluk yüklemek için uygundur. Bu bağlamda, yalnızca Roma Statüsü Madde 25(3)(a)(b) ve (c)'de yer alan dolaylı fail olma; emir verme, azmettirme veya teşvik etme ve yardım ve yataklık etme sorumluluk biçimleri uygun olabilir.

Bununla birlikte, bu sorumluluk türleri manevi unsur gerekliliklerini azaltmaz veya otonom silah sistemlerinin öngörülemezliğine uygun değildir. Gerçekten de, dolaylı faillik kapsamında, failin suç üzerinde tam kontrole sahip olması gerekmektedir.⁴² Bu nedenle, bu sorumluluk türü kapsamında bir suç işlemek için bir kişinin kasıt ve bilme gerekliliklerine uyması gerekmektedir. Ayrıca, bir suça emir verirken, teşvik ederken, azmettirirken, yardım ederken veya herhangi bir şekilde yardımcı olurken, bir kişinin failin özel niyetini paylaşmasına gerek olmaksızın yalnızca bilmesi gerekmektedir.⁴³ Kastın hariç tutulması daha düşük bir manevi unsur teşkil etmektedir, ancak otonom silah sistemlerinin öngörülemez doğası nedeniyle, bir operatör, programcı veya komutan, Roma Statüsü'nün 30. maddesinin gerektirdiği kesinlik düzeyinde bir savaş suçunun işleneceğini asla bilemeyecektir.

Buna göre, bireysel cezai sorumluluğun bu şekilleri otonom silah sistemleri tarafından bir suçun işlenme riskinin yüksek olduğu durumlarda operatörleri, programcıları ve komutanları konuşlandırmaktan cezai olarak sorumlu tutmak için yeterli değildir. Ancak, bir sonraki bölümde inceleneceği üzere, bu durum hiç kimsenin sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmez.

1. Komutanın Sorumluluğu

Cezai sorumluluğun bir diğer şekli de, bir komutanın uluslararası bir suçtan dolayı iki farklı şekilde cezai olarak sorumlu tutulabileceği üstün sorumluluğudur. Birincisi, uluslararası bir suçun işlenmesindeki bireysel sorumluluğu nedeniyle; ikincisi ise, komuta sorumluluğu nedeniyle.⁴⁴ İkincisi, tek başına bir savaş suçu olmayıp, komutanı astlarının savaş suçlarından

⁴² Prosecutor v. Lubanga, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, para 329 (29 January 2007).

⁴³ Werle, Jeßberger, Principles of International Criminal Law, 218.

⁴⁴ Jean Henckaerts, Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume I Rules, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 556.

sorumlu tutmak için kullanılan bir yöntemdir. Bu yöntemde üst, kendi kusurlu ihmalinden sorumlu tutulur.⁴⁵

Uluslararası teamül hukuku uyarınca, bir komutan, (i) astları üzerinde etkin bir kontrole sahipse, (ii) astının fiili veya kasıtlı suç eylemlerini biliyorsa veya bilmek için bir nedeni varsa ve (iii) bunları önlemek veya cezalandırmak için gerekli ve makul önlemleri almazsa sorumlu olabilir.⁴⁶ Otonom silah sistemleri, uluslararası insancıl hukuk ihlalleri nedeniyle cezalandırmaya tabi olmadığından, bu sorumluluk türü ancak bir komutan otonom silah sistemlerinin savaş hukukunu ihlal edebileceğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde ve bunu önlemek için makul adımları atmadığında ortaya çıkabilir.⁴⁷

a. Etkin Kontrol

Komutanın sorumluluğunun ilk unsuru, komutan ile bir birey arasında bir ast-üst ilişkisinin varlığıdır. Yani, komutan bir başkası üzerinde etkin kontrole sahiptir. Bu bağlamda etkin kontrol, suç teşkil eden davranışları önleme ve cezalandırmaya yönelik maddi kabiliyeti gerektirir.⁴⁸

Bu gereklilikle ilgili olarak, otonom silah sistemleri, komutanların bir saldırıyı durdurmasını engelleyecek yüksek hızlarda çalışabileceğinden, bunları önlemenin zor olacağı ileri sürülmüştür.⁴⁹ Bu, komutanların bu sistemler üzerinde etkin kontrol uygulayamayacağı ve dolayısıyla herhangi bir sorumluluğun doğmayacağı anlamına gelmektedir.

Bununla birlikte, bu tür sonuçlar, içinde temellendirildikleri yanlış öncül tarafından bir şekilde yanıltıcıdır. Önceki bölümde açıklandığı üzere, otonom silah sistemlerinin öngörülemez eylemleri, her tür silahın konuşlandırılmasında var olan insan hataları kapsamında değerlendirilmektedir; ve kazara oldukları ve standart bir insan operatörün hataları kapsamında oldukları sürece, herhangi bir tür bireysel cezai sorumluluğun kaynağı olamazlar.

Daha sonra gerekli ve makul tedbirler tartışılırken açıklanacağı üzere, bu durum otonom silah sistemlerinin hukuk dışı davranışlarının önlenemeyeceği anlamına gelmemektedir ve bu nedenle bu eylemler silahın konuşlandırılmasından sorumlu komutanın etkin kontrolü kapsamına girmektedir.

⁴⁵ Kazuya Yokohama, "The Failure to Control and the Failure to Prevent, Repress and Submit: The Structure of Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute," *International Criminal Law Review* 18, S.2 (2018):302.

⁴⁶ Jamie Williamson, "Some Considerations on Command Responsibility and Criminal Liability," *International Review of the Red Cross* 90, S.870 (2008):306.

⁴⁷ Bills, "LAWS unto Themselves: Controlling the Development and Use of Lethal Autonomous Weapons Systems," 197.

⁴⁸ Joakim Dungal, Shannon Ghadiri, "The Temporal Scope of Command Responsibility Revisited: Why Commanders Have a Duty to Prevent Crimes Committed after the Cessation of Effective Control," *UC Davis Journal of International Law and Policy* 17, S.1 (2010):6.

⁴⁹ "Mind the Gap: The Lack of Accountability for Killer Robots," Human Rights Watch & International Human Rights Clinic at Harvard Law School, Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022, <https://www.hrw.org/report/2015/04/09/mind-gap/lack-accountability-killer-robots>.

b. Manevi Unsur

Komutanın sorumluluğunun ikinci şartı, bu sorumluluk türünün kusursuz sorumluluk haline gelmesini engelleyen komutanın akli haletidir. Yani, bilmesi beklenen veya bilebilecek durumda olma.⁵⁰

Uluslararası ceza hukuku, komutanın bilgi toplama konusunda genel bir görevi olup olmadığı ve bu durumda bu bilgiyi aramamasının önleme görevinin ihlali anlamına gelip gelmeyeceği ya da komutanın belirli bir suçun işlenebileceğine dair özel bir bilgiye ulaşması gerekip gerekmediği ve bunun da mutlaka bir soruşturma yürütmesini gerektirip gerektirmeyeceği konusunda tam olarak net değildir.⁵¹

Bu bölüm bu meseleyi çözmeye çalışmamaktadır. Ancak, her iki durumda da, otonom silah sistemleri çalışırken topladıkları çevresel verilere göre performanslarını uyarlayacaklarından, istenmeyen ve düzensiz davranışların önlenmesi için veri tabanlarının en azından sürekli olarak izlenmesi ve güncellenmesi gerektiği öngörülebilir. Dolayısıyla, belirli bir otonom silah sisteminin konuşlandırılmasından sorumlu her komutan, aşağıda ayrıntıları verilen tedbirlerin alınmasını gerektirecek yeterli bilgiye sahiptir veya sahip olmalıdır.

c. Gerekli ve Makul Önlemler

Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I Madde 86(2) komutanlara, astları tarafından işlenen uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerini önlemek veya bastırmak için güçleri dahilindeki tüm uygulanabilir önlemleri alma yükümlülüğü yaratmaktadır. Otonom silah sistemlerinin konuşlandırılması durumunda, bu sistemlerin öngörülemeyen şekillerde davranma riski vardır ve bu riski en aza indirmek için çeşitli önlemlerin alınması gerekecektir.

Pek çok modern karmaşık silahta olduğu gibi, otonom silah sistemlerinin konuşlandırılması, işletilmesi ve bakımı konusunda uzmanlaşmış özel bir komuta yapısı gerekecektir. Bu yapı, otonom silah sistemlerinin uluslararası insancıl hukuka uygunluğunun sürekli değerlendirmesini yapacak teknik uzmanlığa sahip bir destek personeli içermelidir.⁵²

Bu değerlendirmenin ilk adımı, komutan ve ekibinin silah sistemlerinin işleyiş yapısı hakkında bilgi sahibi olmasını sağlayacak kapsamlı bir silah inceleme aşaması yürütmek olacaktır.⁵³ Diğer tüm savaş araç ve yöntemlerinde olduğu gibi, bu silahların konuşlandırılmasından sorumlu komutan silahların nasıl kullanıldığını doğru bir şekilde anlamalıdır.

⁵⁰ Henckaerts, Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I Rules, 561.

⁵¹ Jenny Martinez, "Understanding Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blaškić and Beyond," *Journal of International Criminal Justice* 5, S.3 (2007):651.

⁵² Margulies, "Making Autonomous Weapons Accountable: Command Responsibility for Computer-guided Lethal Force in Armed Conflicts," 433.

⁵³ Charles Dunlap, "Accountability and Autonomous Weapons: Much Ado About Nothing?," *Temple International & Comparative Law Journal* 30, S.1 (2016):70.

Daha sonra, yazılımının uluslararası insancıl hukuka uygun olarak çalıştığından emin olmak için sahadaki otonom silah sistemlerinin performansının periyodik olarak değerlendirilmesini ve otonom silah sistemlerinin veri tabanlarında ve arayüzünde sürekli güncellemeler ve ayarlamalar yapılmasını gerektirecektir.⁵⁴ Bu amaca ulaşmak için uygulanması gereken kılavuz ilkeler ve parametreler her devlet tarafından belirlenmelidir.

Bu anlamda, eğer komutan veri tabanının güncellendiğini teyit edemezse veya son testler otonom silah sisteminin hala uluslararası insancıl hukuk hedefleme parametrelerine uymadığını gösterirse, komutan otonom silah sistemini duraklatma yükümlülüğü altındadır.⁵⁵

Sonuç olarak, eğer devletler otonom silah sistemlerini özel bir komuta yapısıyla konuşlandırırorsa, pek çok hukuk dışı durum önlenecek ve kazara meydana gelen durumlar insani güvenilirlik standardına uygun olacak şekilde minimuma indirilecektir.

2. Komutanın Astının Savaş Suçundan Sorumluluğu

Komuta sorumluluğunun uygulanmasında ortaya çıkan tek sorun; otonom silah sistemlerinin neden olduğu ihlaller için, komuta sorumluluğu doktrininin yalnızca bir ast tarafından savaş suçu işlendiğinde başvurulabilir olmasıdır.⁵⁶

Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, savaş suçları, otonom silah sistemlerinin sahip olamayacağı manevi unsurun varlığını gerektirir.⁵⁷ Bu doğru bir yaklaşım olmakla birlikte, komutanın sorumluluğu kapsamında cezalandırılabilir ihmal, savaş suçunun kendisi değil, uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin önlenmemesidir.

Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I'in 86. maddesi söz konusu olduğunda, hazırlık çalışmaları sırasında uzmanlar ve hükümet yetkilileri ihmale ilişkin uluslararası bir kural getirmeyi amaçlıyorlardı.⁵⁸ Ayrıca, Protokol amacı ve hedefi ışığında değerlendirildiğinde, amacının harekete geçmemeyi cezalandırmak ve uluslararası insancıl hukuk kurallarına uyulmasını teşvik etmek,⁵⁹ özellikle de kişilere sağlanan korumayı teyit etmek ve işlenen suçla-

⁵⁴ Sassóli, "Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified," 325.

⁵⁵ James Kraska, "Command Accountability for AI Weapon Systems in the Law of Armed Conflict," *International Law Studies* 97, S.1 (2021):435.

⁵⁶ Dungal, Ghadiri, "The Temporal Scope of Command Responsibility Revisited: Why Commanders Have a Duty to Prevent Crimes Committed after the Cessation of Effective Control," 5.

⁵⁷ Crootof, "War Torts: Accountability for Autonomous Weapons," 1378.

⁵⁸ Claude Pilloud et al., *Commentary on the Additional Protocols*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1977), 3526.

⁵⁹ *Prosecutor v. Delalic et. al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber Judgement, para 73 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 20 February 2001).

rın sayısını azaltmak olduğunu görüyoruz.⁶⁰ Dolayısıyla, antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin teamül kuralları uyarınca⁶¹ otonom silah sistemleri savaş suçlarının manevi unsurunu yerine getiremese bile; uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerini önleme görevi otonom silah sistemlerinin eylemlerine uygulanmalıdır.⁶² Aksine, bu tür bir sorumluluğun uygulanamaz olması, varoluş amacını tamamen ortadan kaldırır.

Ayrıca, diğer üç şartın uygulanması, yukarıda belirtilen tüm ihtiyati tedbirlerin uygulanmasından sonra gerçekten öngörülemeyen olaylardan sorumlu tutulmayacak olan komutan için uygulamanın adil olmasını sağlar. Bu sorumluluk standardının uygulanması, otonom silah sistemlerini kullanan kişilerin, öngörülebilir herhangi bir hatadan kaçınılmasını sağlamak için silahın parametrelerini sürekli olarak gözden geçirmelerini ve ayarlamalarını garanti altına alacak ve suçun seviyesine veya derecesine göre cezai sorumluluğun belirlenmesine izin verecektir.⁶³

SONUÇ

Uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerine ilişkin hesap verebilirlik sorunu, ölümcül otonom silah sistemlerinin geliştirilmesi ve konuşlandırılmasıyla ortaya çıkan birçok endişeden biridir. Bu endişe, eylemlerini oldukça tahmin edilemez kılan, bir insan operatörün onayı olmadan hedeflerini seçebilme yeteneklerinden kaynaklanmaktadır.

Mevcut hukuk sistemi kapsamında otonom silah sistemlerinin neden olduğu ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin sorumluluğunu dağıtmak için kullanılacak çeşitli hesap verebilirlik yöntemleri olsa da, bu araştırmanın odak noktası bu tür ihlallerden doğan cezai sorumluluktur.

Cezai sorumluluk ancak belli bir kusurluluk derecesi olduğunda verilebilir ve bu da sorumluluk türüne göre değişir. Dolayısıyla, gerçekten tesadüfi ve öngörülemeyen durumlarda cezai sorumluluk verilememesi, uluslararası insancıl hukukun ihlalinin teşkil etmedikleri için bir hesap verebilirlik boşluğu oluşturmaz.

Faillerin bir suçun işlendiği konusunda kesinlik sahibi olmalarını gerektiren bireysel cezai sorumluluk, bu endişeleri gidermeye uygun değildir. Sadece bir ihlalin gerçekleşme ihtimali, uluslararası ceza hukukunun modern kuralları kapsamında gerekli olan manevi unsura uymak için yeterli değildir.

⁶⁰ Dungal, Ghadiri, "The Temporal Scope of Command Responsibility Revisited: Why Commanders Have a Duty to Prevent Crimes Committed after the Cessation of Effective Control," 12.

⁶¹ Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I), para 83.

⁶² Ohlin, "The Combatant's Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield," 21.

⁶³ Mohamed Badar, "Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It?," New Criminal Law Review 12, S.3 (2009):467.

Bu, bir operatör veya komutanın halihazırda arıza belirtileri gösteren otonom bir silah sisteminin kullanılmaya devam edilmesini emretmesi halinde, korunan kişilerin ölümünden veya korunan mallara verilen zarardan bireysel olarak sorumlu tutulamayacağı anlamına gelir.

Ancak bu, otonom silah sistemlerinin öngörülemezlik faktörünün riskli koşullar altında kullanılmaya devam edilmesini cezasız bırakabileceği anlamına gelmez. Bu tür silah sistemlerinin tahmin edilemez davranışlarını önlemek için çeşitli önlemler alınabilir ve alınmalıdır. İlk olarak, herhangi bir otonom silah sisteminin konuşlandırılması, silah sistemlerinin işletilmesi ve bakımı konusunda gerekli teknik uzmanlığa sahip özel bir komuta yapısı ve destek ekibi gerektirir. İkinci olarak, konuşlandırılmadan önce, komutanın ve ekibinin otonom silah sistemlerinin çalışma tarzına aşina olmalarını sağlamak için kapsamlı bir silah inceleme aşaması gerçekleştirilmelidir. Son olarak, otonom silah sistemlerinin veri tabanlarında ve arayüzünde gerekli güncellemelerin ve ayarlamaların yapılabilmesi için sahadaki otonom silahların performansının sık ve periyodik bir değerlendirmesi yapılmalıdır.

Bu anlamda, komuta sorumluluğunun otonom silah sistemlerinin arızalanmasının azami ölçüde önlenmesine olanak sağladığı görülmektedir. Bu bölüm boyunca açıklandığı üzere, komuta sorumluluğu bu tür bir durumu kapsayacak daha az bir manevi unsur gerekliliğine sahiptir. Ayrıca, otonom bir silah sisteminin herhangi bir arızasından sorumlu olabilecek tüm kişi ve kurumlar arasında komutanlar, silah sistemlerinin konuşlandırılma şekli ve ortamını kontrol etmek ve günlük işleyişlerini izlemek için en iyi konumdadır. Ancak, bu denetimin mümkün olabilmesi için, silah sistemlerinin işleyişini sürekli olarak test edecek ve izleyecek teknik uzmanlığa sahip kişilerden oluşan bir ekibi içeren özel bir komuta yapısının olması gerekir.

KAYNAKÇA

- Ambos, Kai. *Treatise on International Criminal Law: Volume 1: Foundations and General Part*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I).
- Badar, Mohamed. "Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It?." *New Criminal Law Review* 12, S.3 (2009):433-467.
- Bills, Gwendelynn. "LAWS unto Themselves: Controlling the Development and Use of Lethal Autonomous Weapons Systems.", *The George Washington Law Review* 83, S.1 (2014):176-208.
- Bo, Marta. "Autonomous Weapons and the Responsibility Gap in Light of the Mens Rea of the War Crime of Attacking Civilians in the ICC Statute.", *Journal of International Criminal Justice* 19, S.2 (2021):275-299.
- Cass, Kelly. "Autonomous Weapons and Accountability: Seeking Solutions in the Law of War.", *Loyola of Los Angeles Law Review* 48, S.3 (2015):1017-1067.
- Clark, Roger. "Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings.", *Criminal Law Forum* 19, S.1 (2008):519-552.
- Crootof, Rebecca. "War Torts: Accountability for Autonomous Weapons.", *University of Pennsylvania Law Review* 164, S.6 (2016):1347-1402.
- Davison, Neil. "A Legal Perspective: Autonomous Weapon Systems Under International Humanitarian Law.", UNODA Occasional Papers 30 (2017):5-18.
- Dungel, Joakim, Ghadiri, Shannon. "The Temporal Scope of Command Responsibility Revisited: Why Commanders Have a Duty to Prevent Crimes Committed after the Cessation of Effective Control.", *UC Davis Journal of International Law and Policy* 17, S.1 (2010):1-40.
- Dunlap, Charles. "Accountability and Autonomous Weapons: Much Ado About Nothing?.", *Temple International & Comparative Law Journal* 30, S.1 (2016):63-76.
- Egeland, Kjølv. "Lethal Autonomous Weapon Systems under International Humanitarian Law.", *Nordic Journal of International Law* 85, S.2 (2016):89-118.
- Geiß, Robin, Lahmann, Henning. "Autonomous Weapons Systems: A Paradigm Shift for the Law of Armed Conflict?.", İçinde: Ohlin, Jens, editör. *Research Handbook on Remote Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012.

- Halajová, *Ludmila*. "Individual Criminal Responsibility for War Crimes Resulting from the Use of Autonomous Weapons Systems.", *The Law Quarterly* 10, S.2 (2020):130–152.
- Hammond, Daniel. "Autonomous Weapons and the Problem of State Accountability.", *Chicago Journal of International Law* 15, S.2 (2015):652–687.
- Henckaerts, Jean, Doswald-Beck, Louise. *Customary International Humanitarian Law, Volume I Rules*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Henderson, Ian, Keane, Patrick, Liddy, Josh. "Remote and Autonomous Warfare Systems: Precautions in Attack and Individual Accountability.", İçinde: Ohlin, Jens, editör. *Research Handbook on Remote Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012.
- Human Rights Watch & International Human Rights Clinic at Harvard Law School. "Mind the Gap: The Lack of Accountability for Killer Robots." Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022. <https://www.hrw.org/report/2015/04/09/mind-gap/lack-accountability-killer-robots>.
- Human Rights Watch & International Human Rights Clinic at Harvard Law School. "Losing Humanity - the Case Against Killer Robots." Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022. <https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>.
- ICRC. "Views of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on Autonomous Weapon Systems." Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022. <https://www.icrc.org/en/document/views-icrc-autonomous-weapon-system>.
- Kraska, James. "Command Accountability for AI Weapon Systems in the Law of Armed Conflict.", *International Law Studies* 97, S.1 (2021):408-445.
- Krupiy, Tetyana. "Regulating a Game Changer: Using a Distributed Approach to Develop an Accountability Framework for Lethal Autonomous Weapon Systems.", *Georgetown Journal of International Law* 50, S.1 (2018):45–112.
- Margulies, Peter. "Making Autonomous Weapons Accountable: Command Responsibility for Computer-guided Lethal Force in Armed Conflicts.", İçinde: Ohlin, Jens, editör. *Research Handbook on Remote Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012.
- Martinez, Jenny. "Understanding Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blaškić and Beyond.", *Journal of International Criminal Justice* 5, S.3 (2007):638–664.
- Mull, Nicholas. "The Robotization of Warfare with Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS): Mandate of Humanity or Threat to It?.", *Houston Journal of International Law* 40, S. 2 (2018):461–530.

- Ohlin, Jens. "Targeting and the Concept of Intent.", *Michigan Journal of International Law* 35, S.1 (2013):79–130.
- Ohlin, Jens. "The Combatant's Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield.", *International Law Studies* 92, S.1 (2016):1–30.
- Pilloud Claude et al. *Commentary on the Additional Protocols*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1977.
- Prosecutor v. Bemba, Case No. ICC-01/05-01/08, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo (15 June 2009).
- Prosecutor v. Delalic et. al, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber Judgement, (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 20 February 2001).
- Prosecutor v. Galic, Case No. IT-98-29-A, Appeals Chamber Judgement, (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 30 November 2006).
- Prosecutor v. Kvočka et al., Case No. IT-98-30/1-T, Trial Chamber Judgement (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 2 November 2001).
- Prosecutor v. Lubanga, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges (29 January 2007).
- Prosecutor v. Lubanga, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (14 March 2012).
- Prosecutor v. Milomir Stakić, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 31 July 2003).
- Sassóli, Marco. "Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified.", *International Law Studies* 90, S.1 (2014):308–340.
- Schabas, William. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Schmitt, Michael, Jeffrey Thurnher. "Out of the Loop: Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict.", *Harvard National Security Journal* 4, S.2 (2013):231–281.
- Sparrow, Robert. "Robots and Respect: Assessing the Case Against Autonomous Weapon Systems.", *Ethics & International Affairs* 30, S.1 (2016):93–116.
- U.N. Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns*, para 54, U.N. Doc. A/HRC/23/47 (9 April 2013).

- Van der Vyver, Johan. "The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law.", *University of Miami International & Comparative Law Review* 12, S.1 (2004):57–149.
- Werle, Gerhard, Florian Jeßberger. "Unless Otherwise Provided: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law.", *Journal of International Criminal Justice* 3, S.1 (2005):35–55.
- Werle, Gerhard, Jeßberger, Florian. *Principles of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Williamson, Jamie. "Some Considerations on Command Responsibility and Criminal Liability.", *International Review of the Red Cross* 90, S.870 (2008):303–317.
- Yokohama, Kazuya. "The Failure to Control and the Failure to Prevent, Repress and Submit: The Structure of Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute.", *International Criminal Law Review* 18, S.2 (2018):275–303.

THE PROBLEMS THAT MAY BE CAUSED BY DUAL-USE OBJECTS IN CYBERSPACE IN ARMED CONFLICTS AND THE IMPORTANCE OF THE PRIN- CIPLE OF PROPORTIONALITY

*İsmail ATAŞ**

INTRODUCTION

Technological progress and development have brought revolutionary changes at many aspects in people's lives. With the age of technology and digitalization, many different opportunities and possibilities have become utilizable and these opportunities and facilities have also been met with great interest in the military aspect. Within this context, in addition to the ordinary uses in the military aspect, technological opportunities and facilities are used in extraordinary times such as armed conflict and moreover this use becomes the only available solution from time to time. Hence, utilizing the latest opportunities of technology in armed conflicts forms a huge advantage for one side of the conflict. Therefore, for this reason, each technological progress and development finds its reflections directly in the military field.

In this direction, digitalization and the development and change in technology have largely changed the course and execution of the armed conflicts as compared with classical conventional conflicts. Hence, classical battlefields have started to lose their significances, persons who have an active role in conflicts have been able to do their duties from remote locations and waging war and the method of forming attacks to be executed in conflicts from desk have started to gain popularity as compared with classical conflict methods.

Due to the digitalization and progress in technology, attacks in conflicts have now been able to be carried out through computer and internet networks. These attacks that can be referred to as cyber attacks, have found their place among the attack types to which can be frequently resorted, especially considering that states have been gradually becoming dependent on cyber infrastructure and internet systems and many services of the state have been transferred into digital environment. Especially with regards to

* Res. Asst., Dokuz Eylül University Faculty of Law, Department of International Public Law, e-mail: ismailatas.aca@gmail.com.

states that adapt quickly to modernization and transition to digital environment and transferred most of its infrastructure, system and services into cyber environment, it poses a great risk that this dependency itself be aimed in the event of a conflict. The danger that digitalization and technological progress pose with respect to military field besides numerous facilities, is the probability of abuse of the dependency on technology and digital. Within this framework, cyberspace, which can be specified as an area where cyber infrastructure and services, computer networks and informatics services take part, appears as a new field where conflicts can be directed.

The concept of dual-use object, which is used to define objects that can serve for both military and civilian purposes and status of these objects in cyberspace become more of an issue. As a matter of fact, the nature and unique structure of this area leads to the fact that most objects in the cyber world have the quality of dual use. One of the most important reasons why it is of particular importance in cyberspace is that this purposeful combination of objects that can function for both military and civilian purposes is not present in the context of qualification. That is, an object can function for both civilian and military purposes however, cannot be characterized as both a military and civilian object. This situation is one of the problems that the concept of dual-use object may lead to at the point of targeting military objects in armed conflicts. In addition, when dual-use object dominance in cyberspace is considered, the extent to which this problem can reach in cyberspace will be better understood.

Within this framework, owing to the fact that the concept of dual-use object in cyberspace is not an exception but a general situation, especially the assessments to be made about the principle of discrimination may lead to results that cannot be put into practice from theory. Because the density of the dual-use objects in cyberspace and the absence of objects whose military and civilian quality in general is determined by strict boundaries, may lead to scenarios in which the separation of military and civilian objects cannot be made in practice. At this point, other principles of international humanitarian law will be able to function as a means of closing the theoretical gap. In this direction, being another important principle of humanitarian law, the principle of proportionality will be of particular importance.

In this study, primarily, explanations about the concept of cyberspace will be made. Thereafter, assessments about objects, the concept of dual-use object and the reflections of objects in cyberspace in the law of armed conflict will be made. In this assessment phase, the importance of the principle of proportionality will be touched upon at the point where objects are the target of cyber attacks and examinations will be made within the framework of this principle. The aim of this study is to determine the importance of the proportionality principle, which is another important principle of the inter-

national humanitarian law, in the role of bridging the gap in scenarios where the meaning and importance of the principle of discrimination cannot be fully reflected in practice.

I. THE CONCEPT OF CYBER AND CYBERSPACE

Today, the concept of cyber can be understood in a way that meets several different contents related to internet and digitalization. Therefore, the concept of cyber can be used as a pre-modification which can meet most situations semantically. In the context of cyberspace, it has been discussed that what kind of elements this area consists of. In spite of the fact that it is a concept that is talked about much more than past with the advent of digitalization era, there is no consensus on the definition and content of cyberspace at the international level. Within this context, in order for the issues that will be explained in the future to be better understood, it is necessary to somewhat clarify these concepts.

A. IN GENERAL

The word cyber has origins to the Greek word “*kybernetes*” which means governor¹. The word cyber which is often used as a prefix, is used to refer to the relation with information technologies and, in this context, in particular, with the computer and any function related to the computer as of today². *Valeriano* and *Maness* with emphasis on this point, defined the word cyber as computers or digital interactions directly related with cyberspace³.

When we look at the concept of cyberspace, it will be seen that first use of that concept was in the 1980s. Within this context, it is accepted that the first use of the concept of cyberspace took part in a work of William Gibson, who is known for his science fiction novels⁴. In the novel named “*Neuromancer*” which was published in 1984, *Gibson* used the following statements regarding the concept of cyberspace⁵:

“A consensual hallucination experienced daily by billions of legitimate operators, in every nation, by children being taught mathematical concepts... A graphic representation of data abstracted from banks of every computer in the human system. Unthinkable complexity. Lines of light ranged in the nonspace of the mind, clusters and constellations of data. Like city lights, receding.”

¹ “What is Cyber?”, TechTarget, Date Accessed: August 3rd 2022, <https://www.techtarget.com/whatis/definition/cyber>.

² “What Does Cyber Mean”, Cyber Definitions, Date Accessed: August 3rd 2022, https://www.cyberdefinitions.com/definition_of_cyber.html.

³ Brandon Valeriano and Ryan C. Maness, *Cyber War Versus Cyber Realities: Cyber Conflict in the International System*, (New York: Oxford University Press, 2015), 3.

⁴ Şeref Sağıroğlu and Mustafa Alkan, editors, *Siber Güvenlik ve Savunma: Farkındalık ve Caydırıcılık*, (Ankara: Grafiker Yayınları, 2018), 87.

⁵ William Gibson, *Neuromancer*, (New York, Ace Science Fiction Books, 1984), 69.

If we are to touch upon the cyberspace in terms of today within the framework of definition and content, there is no universally accepted and agreed definition and content determination as we have stated. For this reason, it is seen that different definitions and content determinations have been made by different people and institutions. Even though a minimum consensus has been reached at the basic level within the framework of definition and content explanations, it will take a long time for this to lead to a universal uniformity.

Generally and naturally, in the efforts to define cyberspace; it is seen that concepts of computer, digitalization, data, network, network connections, electronics, software, internet, information technologies come to the forefront.

For instance, if we are to touch upon a definition within the context of Türkiye, cyberspace is defined using the concepts of internet, computer networks and electronic communication in the National Security Strategy and Action Plan prepared by Türkiye's Ministry of Transport and Infrastructure. Accordingly, cyberspace is directly or indirectly, all the system and services connected to internet, electronic communication and computer networks⁶.

It would be appropriate to include the definition of cyberspace by the U.S. Department of Defense, which has put forward documents that contribute to the field regarding technological systems and the reflections of these systems on military field. Within this context, the U.S. Department of Defense has defined cyberspace as *a global domain within the information environment consisting of the interdependent networks of information technology infrastructures and resident data, including the internet, telecommunications networks, computer systems, and embedded processors and controllers*⁷.

Ultimately, within this context, it is necessary to touch upon the definition of cyberspace in The Tallinn Manual, which, within the framework of international law, deals with the cyberspace and actions and operations to be carried out in cyberspace and examines the applicability of international law to these actions and which was put forward in the capital of Estonia, Tallinn, by people who are experts on law of armed conflict. Within this framework, definition of cyberspace by Tallinn Manual which was prepared as a result of an increase in the number of cyber operations and the interest in this field, developed and updated after the first edition and published as second edition, is as following: *"the environment formed by physical and non-physical components to store, modify, and exchange data using computer networks."*⁸.

⁶ Republic of Turkey Ministry of Transport and Infrastructure, Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı 2020-2023, (Ankara: 2020), 10.

⁷ "DOD Dictionary of Military and Associated Terms", Office of the Chairman of the Joint Chiefs of Staff, Date Accessed: August 3rd 2022, <https://irp.fas.org/doddir/dod/dictionary.pdf>, 55.

⁸ Michael N. Schmitt, editor, Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 564.

Despite the fact that the relevant document is not legally binding, it is an undeniable fact that it is one of the most comprehensive documents prepared on the subject and the international law aspect thereof.

B. CYBERSPACE AS AN AREA WHERE ARMED CONFLICTS CAN BE EXECUTED

Increasing dependence on virtual environment with the digitalization, has reached a level that can also give birth to problems today. Despite the fact that it is indisputable that computer, internet and in general cyber facilities bring many conveniences to our lives at many points, these conveniences provided to humankind with technological development may carry some dangers with them. Within this framework, even though proliferation of digitalization in the armies and orientation to cyber opportunities constitute advantages within the framework of armed conflicts, it may constitute disadvantages along with the abuses of this awareness as well.

Firstly, before it would be appropriate to briefly make basic statements about armed conflicts and touch upon the applicability of international humanitarian law regarding cyber attacks that can be executed in cyberspace before discussing cyberspace, which is seen as fifth field after land, air, sea and space where armed conflicts can be executed, within this framework⁹. The concept of armed conflict, which came into general use with the Geneva Conventions of 12 August 1949, includes two different types of conflict which are international and non-international. In this context, within the framework of the Geneva Conventions of 1949, Protocols Additional of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 1949 and the doctrine constituted by international judicial decisions, the concept of international armed conflict is as following: any conflict between two states that leads to the intervention of armed forces of the states. In addition, conflicts against colonial domination, alien occupation and racist regimes in the exercise of people's self-determination, are also attributed as international armed conflicts. Non-international armed conflicts have been identified as protracted armed violence between government authorities of a state and organized armed groups or between such groups¹⁰.

⁹ V.R. Sampath, "Fifth Domain of Warfare: How to Fight Cybercrime", Sunday Guardian, Date Accessed: August 3rd 2022, <https://www.sundayguardianlive.com/news/fifth-domain-warfare-fight-cybercrime>.

¹⁰ "The Geneva Conventions of 12 August 1949", Common Art. 2; "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) of 8 June 1977", Art. 1; "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) of 8 June 1977", Art. 1; International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Prosecutor v. Dusko Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No: IT-94-1-A, 2 October 1995, para. 70.

Even though there are conditions and criteria, especially on the issue of being considered as a non-international armed conflict, it would be more appropriate to remain limited to the specified types of conflicts at this point in accordance with the integrity of the study.

At the point where how cyberspace and the area that meets such a virtual and digital environment will be an area where armed conflicts can be executed, cyber attacks will make it easier to understand. When the importance that states and armies attach to digitalization, technology, cyber opportunities and infrastructures, the dependence this importance brings and the potential abuse of this dependence are considered, it will be seen better that cyber attacks might be a popular method of conflict execution. As a matter of fact, thanks to the technological developments, conflicts can now be executed far away from traditional conflict areas, and the presence of military manpower in active conflict areas is gradually decreasing. This reflection of technological progress will also apply to a cyber attack on a system or infrastructure connected to cyber facilities and the consequences that this attack will give birth in the real world.

Prior to proceeding to the explications of cyber attacks, it is necessary to touch upon the applicability of international humanitarian law to these attacks and cyberspace in general. First of all, there is a broad consensus on that international humanitarian law is applicable to operations carried out in cyber world today¹¹. It is seen that this consensus is also achieved in respect to the United Nations. As a matter of fact, regarding the applicability of international law, it is touched upon in the 2013 and 2015 reports of Group of Governmental Experts, which established as an environment where developments in the areas of information and communication are discussed, that international law is applicable. In particular, in the 2015 report, it is stated that the basic principles of humanitarian law is applicable considering these principles, thus, applicability of the international humanitarian law is emphasized¹².

Subsequent to clarifying that international humanitarian law will be applied to cyberspace and military activities carried out in this field, we can now turn our focus to the concept of cyber attack which is also referred to as computer network attacks. Cyber attacks are defined in Manual as following:

¹¹ Michael N. Schmitt, "Wired Warfare 3.0: Protecting the Civilian Population During Cyber Operations" *International Review of the Red Cross* 101, Iss: 1 (2019), 334.

¹² United Nations General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Communications in the Context of International Security, UN Doc. A/68/98, 24 June 2013, para. 19; United Nations General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Communications in the Context of International Security, UN Doc. A/70/174, 22 July 2015, para. 28.

*“a cyber operation, whether offensive or defensive, that is reasonably expected to cause injury or death to persons or damage or destruction to objects.”*¹³. It is seen that this definition is parallel with the definition of attack in API art. 49.

Increasing level of dependence on cyber infrastructure and facilities in the military world, the fact that cyber protection mechanisms cannot always function fully and impeccable and the point at which technological facilities have come are obvious. It is not that hard to estimate that resorting cyber attacks rather than traditional attack and operation methods in conflict scenarios through the technological and digital facilities, is a method that will be even more frequent in the future with the evolving and progressing technology and digitalization considering that it is a game changer in conflicts regarding the side using it. As can be understood in this framework, having no absolute virtual dimension however expressing as virtual world, cyberspace as a field that has quite different qualities from the fields where classical wars can occur, has become a field in which armed conflicts can be executed and attacks can be carried out in a cyber nature. As a matter of fact, in this context, the realization of strategic moves towards the opposite side of the conflict and the consequences that will emerge on the concrete elements to which the infrastructure and systems in the virtual world are connected in the real world, may be of a nature that can provide much more level of advantage than the results to be obtained from an attack to be carried out in the real world from time to time.

Being able to resort to cyber attacks in armed conflicts may cause questions with very different dimensions to come to mind. In this context, probably the most important example in terms of questions that may come to mind will ultimately be at the point of how international humanitarian law can be applied. In particular, questions such as how assessments can be made in the context of the basic principles of humanitarian law, for example, in the context of the principle of discrimination, how to distinguish between combatant and civilian, and military and non-military objects while executing cyber attacks, or how to handle the concepts of military advantage expected to be obtained from the attack and collateral damage that may occur as a result of the attack in the context of proportionality, and how the excessiveness assessment, which will be shaped accordingly, can be carried out will have critical answers.

Within the framework of the matters explaining, we think that the targeting of objects in cyber attacks in the context of military and civilian objects ought to be specifically examined. In this direction, international humanitarian law assessments through questions such as what the equivalent of the concept of object will be in cyber world, what objects will be considered as military objects and accepted as legitimate to be targeted in attacks, how these objects are reflected in the real world and affect people's lives, will

¹³ Schmitt, Tallinn, 415.

be of important. Primarily in this framework, brief explanations in the context of military and civilian objects will be made, afterwards, assessments will be endeavored to be made in the framework of the importance that these types of objects have in cyberspace and concerns that will arise from the point of being the target of attacks.

II. OBJECTS IN THE CONTEXT OF ARMED CONFLICTS

Within the framework of the principle of discrimination, an important principle of international humanitarian law, and targeting law thereof, the distinction between combatants and non-combatants and military and civilian objects in respective operations while executing armed conflicts, ought to be made and this distinction must be esteemed. In this context, it ought to be touched upon that what can be determined as military object or civilian object in terms of object dimension and what are the assessment criteria envisaged for these determination stages.

A. MILITARY AND CIVILIAN OBJECTS

Military objects are defined in API art. 52. According to the relevant regulation which specifies the general criteria, military objects are defined as following: "*military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage.*"¹⁴.

As can be seen in this definition, assessment of being considered as a military object requires some criteria to be considered together. The fact that an object contributes effectively to military actions by virtue of its nature, position, purpose or use, will not be sufficient for that object to be considered as a military object. In addition, definite military advantage must be provided in the scenarios of destruction, capture or neutralisation of the respective object.

In the context of military objects, examples can be taken into account through the four different qualifications specified in the article. In this framework, arms, tanks, armoury, military communication facilities for the "by nature" part; as long as they meet the requirements for considering military object, bridges, roads or buildings for the "by location" part; the factories that carry out production for military purposes or the transportation of civilian vehicles that will later be used for military purposes for the "by purpose" part; and for the "by use" part, many objects functioning for both civil-

¹⁴ API, Art. 52.

ian and military purposes such as communication sites and that are referred to as *dual-use objects* as we shall examine below, can be given as examples¹⁵.

The definition framework for civilian objects is drawn with a negative method in the same regulation. Accordingly, within the scope of the regulation, all other objects that are not military objects will be considered as civilian objects. Negative definitions for objects that are civilian also have consequences that can provide flexible interpretation. In fact, *Dinstein* also drew attention to this aspect and stated that negative definition makes it possible to interpret that the objects which are not civilian in the strict sense (*stricto sensu*) regarding the semantic and dictionary definition of civilian, can also be considered as civilian object¹⁶. Only remaining qualification for all objects not considered as military objects, in parallel with negative definition, is the qualification of civilian object. In other words, the object, which targeting it in terms of the attacks that may be carried out within armed conflicts may be considered to bring about unlawful humanitarian consequences, will not necessarily have to be strictly and truly a civilian object.

As it can be seen at the point of being considered as a military object, if it is necessary to set aside the by nature part for most scenarios, the dual-use object qualification in terms of other criteria will often come to the fore. The concept and content of dual-use objects are also of great importance for the protection of civilians in armed conflicts. In terms of cyberspace and the attacks to be carried out therein, unique nature of cyberspace makes it necessary for the concept of dual-use object to be considered in the context of cyberspace. However, prior to proceeding to the assessments of cyberspace and dual-use objects, it shall be useful to briefly make explanations about dual-use objects in general.

B. THE CONCEPT AND CONTENT OF DUAL-USE OBJECTS

The concept of dual-use object refers to objects that are available for the use for both military and civilian purposes. In other words, objects that can both function in accordance with the purposes of army or military personnel and provide services for civilians, will be considered within this scope.

However, it ought to be noted that the bidirectional purposeful combination in the context of a dual-use object, is out of the question in terms of the nature of the object. That is, an object can provide service for both military and civilian purposes however, cannot be characterized as both a mili-

¹⁵ Geoffrey S. Corn; Victor Hansen; Richard B. Jackson; Chris Jenks; Eric Talbot Jensen; James A. Schoettler, Jr., *The Law of Armed Conflict: An Operational Approach*, (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012), 176-177.

¹⁶ Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, (New York: Cambridge University Press, 2004), 114.

tary and civilian object. An object can either be characterized as a military or civilian object.

The fact that the purposeful combination is out of question with the qualification dimension, may bring up the possibility of carrying out attacks on objects whose function for civilian purposes is more dominant than function for military purposes. As a matter of fact, the difference in qualification will pave the way for examples in which the arguments that there is no legal problem in accepting and targeting the object as a military object by meeting the criteria of being military object in terms of such attacks. This is the main problem in this particular issue. An object that possesses a dual-use qualification, shall qualify as a military object as long as it meets the requirements for the acceptance of a military object specified above. In this context, in terms of being considered as a military object, the criteria of contributing effectively to military actions and that the damage to the usability of the object after an attempt to attack the object constitutes a definite military advantage may make the inclusive approach suitable.

To give examples for objects that can be considered as dual-use, railways, airports, electrical systems, networks, satellites, routers, cable and servers and communication systems can be respected. As can be seen from examples, although their civilian nature and functional purpose are dominant by its nature, some objects may be considered as military objects in terms of use from time to time and may be seen legitimate for being targets in attacks. However, this conclusion can only be drawn in the context of the principle of discrimination. Therefore, notwithstanding that the target attacked within the framework of the principle of discrimination constitutes a military object, other principles of international humanitarian law, from time to time, may require drawing a conclusion with the interpretation that the execution of the attack will not be legitimate despite the presence of military object. As a matter of fact, the principle of proportionality in particular will come to the forefront within this framework. For instance, let's assume that two states are parties to an armed conflict. Let's assume a scenario of an attack that one of the parties carries out against the capital of other party and targeting the electrical grid. In this scenario, despite the fact that destruction of the target will provide an advantage at the point of cutting off military radar systems and communication links regarding the attacking party, it will also give birth to consequences such as the inability to transfer the necessary electrical energy for hospitals, domestic water supply systems and sewage plants in the city¹⁷. As can be seen from this example, assessment of the principle of proportionality will come to the forefront in attacks that can be car-

¹⁷ Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, (New York: Cambridge University Press), 2010, 534.

ried out against dual-use objects. This issue will be addressed below in the context of cyberspace. The fact that should not be forgotten for the moment is the fact that every status of being considered as a military object may not directly legitimize attacks on the object considered as a military object in terms of humanitarian law.

C. CYBERSPACE AND OBJECTS

In terms of objects in cyberspace, the mutual assessment of their use for military or civilian purposes will come to the forefront rather than the military or civilian qualification. Because there is a dual-use object dominance in cyberspace and especially in the context of cyber infrastructures. Most objects that can be specified in cyberspace are available to serve and function for both military and civilian purposes. With exceptions, it is not quite possible to determine a cyberspace infrastructure functioning for absolute military or absolute civilian purposes¹⁸. For this reason, the density of objects that can be used in the context of both purposes, will directly affect the assessment of the distinction between military and civilian objects in the context of cyber attacks to be carried out in this environment.

In terms of military objects that can be specified in the cyber world, it would be appropriate to give examples of four different qualifications specified relating the general definition of military objects. In this context, military networks, long-haul communication systems used by the military and the computer systems in weapons can be given as examples for the "by nature" part at the point of being accepted as a military object. For the "by location" part, primarily, notwithstanding that cyber world can be thought of in an abstract nature in general, it is necessary to remember that the sub-elements that constitute this field may possess physical presence. As a matter of fact, in this context, servers, routers, switches and all computers containing network concretely take part and physically present for the "by location" part¹⁹.

For the "by purpose" and "by use" parts, it would be appropriate to indicate that many objects in cyber world can be used for the thought and purpose of functioning for military purposes. Within this context, among the most obvious examples of civilian objects that can become military objects due to their use for military purposes, use of transports, airports or buildings which possess civilian nature for military benefit can be considered²⁰.

¹⁸ Laurent Gisel; Tilman Rodenhäuser and Knut Dörmann, "Twenty Years on: International Humanitarian Law and the Protection of Civilian Against the Effects of Cyber Operations During Armed Conflict", *International Review of the Red Cross* 102, Iss: 913 (2020), 320.

¹⁹ Peter Pascucci, "Distinction and Proportionality in Cyber War: Virtual Problems with a Real Solution", *Minnesota Journal of International Law* 26, Iss: 2 (2017), 435.

²⁰ Heather A. Harrison Dinniss, "The Nature of Objects: Targeting Networks and the Challenge of Defining Cyber Military Objectives", *Israel Law Review* 48, Iss: 1 (2015), 47-48.

As was stated by *Geiß* and *Lahmann*, from a theoretical and absolute legal point of view, all the cyber infrastructure of a state that is a party to an armed conflict can be considered as military objects²¹. This situation, in particular, demonstrates why the unique nature and intertwined structure of the cyberspace ought to be addressed within the context of the principle of proportionality in particular and other principles than the principle of discrimination. As a matter of fact, the reason why objects such as satellites or servers with civilian natures are considered as military objects and the target of attacks on the grounds that they provide military information and communication facilities can be justified²². However, when we think in terms of targeting, the criterion of being considered as a military object will not necessarily lead to the opinion that an attack to be carried out will be in accordance with humanitarian law. Within the framework of the principle of proportionality, the possible effects on civilians will also be taken into account and the attack will also be assessed within the framework of this principle.

It is necessary to indicate that in terms of cyberspace and attacks to be carried out in cyberspace, in general, objects of war-fighting and war-supporting may be considered as military objects. In this context for example, computer guidance system in a weapon system, classified network where military operations were planned and executed, factories and proprietary softwares established to produce these systems and networks, can be specified as military objects of cyber world as long as they meet the criteria of being a military object²³.

On the other hand, the situation is controversial in terms of objects that can be given financial and economical examples and can be qualified as war-sustaining. Should it is accepted that military objects also include war-sustaining objects, that kind of objects shall be considered as military objects and become attackable. For instance, if the importance of the income that one of the parties to the conflict will receive from the oil that it will export regarding the course of the conflict is of high, cyber attacks to be carried out against oil industry shall be considered within the framework of war-sustaining objects and objects that will be the target of aforesaid attacks shall be considered as military objects²⁴. It is generally accepted that objects that can only be assessed in the context of war-sustaining, do not meet the criteria for being considered military objects²⁵. However, it is necessary to re-

²¹ Robin Geiß and Henning Lahmann, "Cyber Warfare: Applying the Principle of Distinction in an Interconnected Space", *Israel Law Review* 45, Iss: 3 (2012), 390.

²² Cordula Droege, "Get off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians", *International Review of the Red Cross* 94, Iss: 886 (2012), 564.

²³ Pascucci, "Distinction and Proportionality in Cyber War: Virtual Problems with a Real Solution", 433-434.

²⁴ Schmitt, Tallinn, 441.

²⁵ Droege, "Get off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians", 567; Schmitt, Tallinn, 441.

member that even if an object does not meet the criteria for being considered as a military object within the concept of war-sustaining, there shall be scenarios in which it will be considered within the concept of dual-use and will become targetable in this context.

It will be understood from the determination here that it will be easier for an object to be accepted as a military object in cyberspace than otherwise. As a matter of fact, most systems, infrastructures and similar objects, will be able to be used in a military sense and considered as a military object when modernization processes of military structures of states and dependency on digital taken into account. This will be the case even for objects that serve much more dominantly for civilian purposes than military purposes.

In this regard, it is necessary to state that dual-use object in cyberspace is not an exception but a general rule. The intertwined structure of the virtual environment has led to this consequence. Thus, in cyberspace, there are no precise distinctions in the context of a network infrastructure, service or server. In other words, cyberspace is a field in which there are no precise distinctions such as military or civilian infrastructure, military or civilian service provider but on the contrary systematic unified structure that is intertwined with each other²⁶. Likewise, most networks and systems that we can describe as military, are based on computer infrastructures with civilian nature such as submarine fiber optic cables and satellites²⁷. For this reason, a military use, which may be in question even in objects designed to function in the cyber environment for civilian purposes and whose purpose is much more dominant than those that may be military, will result in the relevant object being considered as a military object if it is accepted at a level that meets the conditions for being considered as a military object. For instance, civilian satellites, routers, cables, servers and computers can be respected as objects that are likely to be included in the content of the concept of dual-use objects in the context of the law of armed conflict.

Although this acceptance is valid for the duration of the use of the relevant object for military purposes, this period will lead to the fact that the object may never again serve for civilian purposes with the same function. In such a situation, the exposure level of civilians will be of particular importance. As a matter of fact, even if it is considered within the concept of a dual-use object, if an attack on the relevant object has the potential to cause serious consequences for civilians, the step to be taken at the point of carrying out the attack may be a step away from legitimacy. In other words, if attacks that can be carried out by targeting military objects have the potential to lead

²⁶ Geiß and Lahmann, "Cyber Warfare: Applying the Principle of Distinction in an Interconnected Space", 386.

²⁷ Droege, "Get off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians", 539.

to disproportionate impact in terms of civilians, the importance of whether the relevant object is considered as a military object is eliminated. Regardless, the disproportionate impact of the attacks on civilians should be taken into account and according to the assessment in question, the attack should not be carried out. This issue shall be touched upon below within the framework of the principle of proportionality.

III. THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

A. IN GENERAL

The principle of proportionality is one of the principles that requires the mutual assessment of the opposing elements of international humanitarian law. The principle of proportionality which is defined in API art. 51/5-b with the expression of disproportionate attack, also possesses the qualification of the rule of international customary law²⁸. For this reason, it ought to be taken into account not only in international armed conflicts in which it finds scope for regulation in terms of the law of treaties, but also in non-international armed conflicts and operations to be carried out in the context of these conflicts.

According to the regulation in question, disproportionate attack is defined as following: "*an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.*"²⁹.

As can be seen, some criteria stand out in the assessment of the principle of proportionality. These are the tangible military advantage that is expected to be obtained from the conduct of the attack, and civilian losses and damage level that is likely to occur as a result of the attack. These two dimensions of the principle that need to be determined ought to be mutually assessed and if the possible civilian loss and damage is found excessive compared to the possible military advantage as a result of this assessment, the attack must not be carried out.

First of all, the assessment of the principle of proportionality, as we have emphasized, is an assessment that is based on expectation. Therefore, the military advantage anticipated, ought to be addressed in terms of the context within which the attack was carried out and benefits it will bring to military operations in general, and possible civilian losses and damages ought to be addressed in terms of all the consequences that are necessarily expected to

²⁸ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law Volume 1: Rules, (New York: International Committee of the Red Cross-Cambridge University Press, 2005), 46-50.

²⁹ API, Art. 51/5-b.

show up if an attack is carried out including the ongoing consequences of the attack, that is, the level of collateral damage that may occur to civilians. This mutual assessment shall be made within the framework of preliminary expectations³⁰. As a matter of fact, the persons responsible for the conduction of the attack, will not be able to accurately determine how many civilians may face death or injury as a result of the attack in question or the extent of damage to civilian objects³¹. For this reason, it is imperative to make the assessment through possible consequences. As a result of this assessment, it may be concluded that a large number of civilians will be affected within the framework of possible collateral damage to civilians in terms of the attack in question, however this result does not necessarily give birth to the conclusion that the attack is disproportionate. Comparisons must be made taking into account the possible military advantage expected to be obtained from the attack and the determination of excessiveness must be concluded accordingly. Namely, estimating the possible affects of the attack on civilians and that the possible loss of civilian lives will be of high, shall not be enough to qualify an attack as disproportionate by itself³². In other words, there will be scenarios in which a number of losses of civilian lives and injuries likely to occur compared to the possible military advantage to be obtained from the attack will not be seen as excessive and thus, consequences contrary to the principle of proportionality will not occur.

Attack scenarios in which the principle of proportionality will find scope for consideration, can be unlimited, given the context of military operations and all other conditions that may exist. For each attack, the people responsible for the conduction of the attack will consider factors of different nature when making the excessiveness assessment, which is obviously subjective, and will address these factors in connection with each other in the assessment³³.

B. CYBER ATTACKS AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

The assessment of the principle of proportionality to be made within the context of cyber attacks, may even be more important than the principle of discrimination, which is seen as the most basic principle of humanitarian law. As a matter of fact, the nature of cyberspace and problematic aspects of

³⁰ Yoram Dinstein, "The Principle of Proportionality", Searching for a Principle of Humanity in International Humanitarian Law, Kjetil Mujezinovic, Camilla G. Guldahl Cooper and Gro Nystuen, editors. (New York: Cambridge University Press, 2013), 76.

³¹ Robert Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2014), 173.

³² Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 120-121.

³³ Michael N. Schmitt, "The Law of Targeting", *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, editors: Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau, (New York: Cambridge University Press, 2007), 156.

the applicability of the principle of discrimination in a concrete sense in this world, will lead to the consequence that the theoretical importance of the principle cannot be reflected in practice when there are no two different objects to be distinguished. In this case, the principle of proportionality will get involved and will be seen in a complementary and gap-filling role.

In this assessment, it is necessary to touch upon the aforementioned assessment of the concept of collateral damage and the reflections of this dimension of the assessment in the cyber world. Within this context, not only the possible direct consequences of the attack but also the indirect consequences that may occur afterwards ought to be taken into consideration³⁴. In other words, as well as the expected initial consequences of the attack, the expected consequences of these consequences ought to also be taken into account. As can be understood, this assessment is case-by-case based and each scenario of attack needs to be examined separately in its own context.

However, while it is already difficult to determine the level of collateral damage in classical conflicts and attacks carried out therein, it is even more difficult to make this determination in the cyber world and cyber attacks. At this point, the excessiveness assessment to be carried out taking into account all possible consequences of each attack scenario and possibility, may require many attacks not be carried out given that the presence of dual-use objects in cyber world is the general situation. As a matter of fact, according to humanitarian law, many possible attacks shall encounter obstacles at the point of compliance with the principle of proportionality, even if they comply at least theoretically with the principle of discrimination. Within this context, for instance, objects whose functional dimension for civilian purposes is much more dominant than for military purposes, although they can be considered as military objects as long as they meet the conditions due to the use for military purposes, can be considered as a target on which an attack should not be carried out, with the assessment of the principle of proportionality at the point of being the target of attacks. Because the potential to give birth to disproportionate consequences for civilians compared to the expected military advantage to be obtained in such scenarios and attack possibilities will therefore be at high levels.

However, it is necessary to remember that the principle of proportionality may sometimes require to resort to cyber attack rather than attacks that can be carried out in the classical sense especially considering that technological development will continue. In other words, if the level of the possible collateral damage to emerge in attacks that can be carried out traditionally can be higher than the level of the possible collateral damage to emerge as a result of possible cyber attacks, and if the possible military advantage to be

³⁴ Schmitt, Tallinn, 472.

obtained from the attack can also be achieved through a cyber attack, resorting to cyber attacks would be seen as a more appropriate possibility in terms of humanitarian law³⁵.

Within this framework, as aforementioned, we are of the opinion that ensuring compliance with the principle of proportionality in cyber attacks to be carried out in the cyber world and in this field will be the most important issue to be present in humanitarian law assessments compared to the principle of discrimination, which is seen as the most basic principle in the practical framework. Given the unique nature of cyberspace, the scope of dual-use object contained in this intertwined structure, may lead the principle of discrimination to be overshadowed by other assessments that can be made within the framework of humanitarian law in practice. In this direction, as there cannot be two different objects that can be distinguished in the context of military and civilian objects, concentrating on other principles and rules rather than the principle of discrimination and acting on these principles at the point of compliance with humanitarian law will enable us to make assessments that will reach more appropriate results in terms of compliance with international law. The principle of proportionality will greatly increase its importance in the context of ensuring compliance with humanitarian law in such cases where it is difficult to reflect the principle of discrimination in practice.

CONCLUSION

Cyber attacks carried out in cyberspace which has emerged as a new concept and field in armed conflicts with the era of digitalization and technology, will continue to be carried out as they have been carried out so far. As a matter of fact, in addition to the advantages brought by becoming dependent on technology and digital in a military sense, targetability of this dependency poses a gap that will change the course of the conflict regarding the parties to the conflict and a danger for all people who may be affected by conflicts. Within this framework, objects at the point of being the target of cyber attacks, will continue to be a quite controversial topic due to the nature of cyberspace. The dominance of dual-use objects in cyberspace, which was often stated throughout the study, will bring up the possibility of causing objectionable results in terms of humanitarian law. Considering the dominance of the dual-use objects, perhaps the importance of the principle of discrimination will decrease in practice, on the other hand the importance of the principle of proportionality, being another important basic principle of humanitarian law, will be of higher. In the absence of two practically distin-

³⁵ International Committee of the Red Cross, *Cyber Warfare and International Humanitarian Law: The ICRC's Position*, (2013), s. 4.

guishable separate objects, the possibility of disproportionate consequences in terms of the attack to be carried out, and the assessment of possible military benefits, may be the most important assessment argument that can ensure compliance with humanitarian law. In other words, dual-use objects at the point of being targeted in terms of attacks to be carried out in cyberspace, ought to be assessed especially with the principle of proportionality rather than the principle of discrimination since there may be scenarios that will not make much sense in practice may be experienced. In the context of the principle of proportionality, objects that can serve for both military and civilian purposes but can be qualified as military objects as long as they meet the requirements of the military object, ought to be addressed together with the possible military advantage expected to be obtained from the attack and the possible consequences of the attack for civilians. With the assessments to be made in this direction, it shall be understood once again that the fact that an object is a military object will not make that object directly targetable in attacks, and this understanding shall lead to more appropriate consequences in terms of objects especially whose civilian functions are more dominant than military functions at the point of the nature of cyberspace and being the target of cyber attacks. For this reason, the principle of proportionality assessment ought to be given more importance than ever in attacks to be carried out against objects in cyberspace, and the attack in question ought not to be carried out if the attack is reasonably expected to give birth to consequences contrary to humanitarian law.

REFERENCES

- Corn, Geoffrey S.; Hansen, Victor; Jackson, Richard B.; Jenks, Chris; Jensen, Eric Talbot; Jr. Schoettler, James A.. *The Law of Armed Conflict: An Operational Approach*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.
- Cyber Definitions. "What Does Cyber Mean". Date Accessed: August 3rd 2022. https://www.cyberdefinitions.com/definition_of_cyber.html.
- Dinniss, Heather A. Harrison. "The Nature of Objects: Targeting Networks and the Challenge of Defining Cyber Military Objectives", *Israel Law Review* 48, Iss: 1 (2015), 39-54.
- Dinstein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- Dinstein, Yoram. "The Principle of Proportionality", *Searching for a Principle of Humanity in International Humanitarian Law*, editors: Kjetil Mujezinovic, Camilla G. Guldahl Cooper and Gro Nystuen. New York: Cambridge University Press, 2013, 72-85.
- Droege, Cordula. "Get off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians", *International Review of the Red Cross* 94, Iss: 886 (2012), 533-578.
- Geiß, Robin and Lahmann, Henning. "Cyber Warfare: Applying the Principle of Distinction in an Interconnected Space", *Israel Law Review* 45, Iss: 3 (2012), 381-399.
- Gibson, William. *Neuromancer*. New York: Ace Science Fiction Books, 1984.
- Gisel, Laurent; Rodenhäuser, Tilman and Dörmann, Knut. "Twenty Years on: International Humanitarian Law and the Protection of Civilian Against the Effects of Cyber Operations During Armed Conflict", *International Review of the Red Cross* 102, Iss: 913 (2020), 287-334.
- International Committee of the Red Cross. *Cyber Warfare and International Humanitarian Law: The ICRC's Position*. (2013).
- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY). Prosecutor v. Dusko Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. Case No: IT-94-1-A, 2 October 1995.
- Kolb, Robert. *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2014.
- Office of the Chairman of the Joint Chiefs of Staff. "DOD Dictionary of Military and Associated Terms", Date Accessed: August 3rd 2022. <https://irp.fas.org/doddir/dod/dictionary.pdf>.
- Pascucci, Peter. "Distinction and Proportionality in Cyber War: Virtual Problems with a Real Solution", *Minnesota Journal of International Law* 26, Iss: 2 (2017), 419-460.

- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) of 8 June 1977.
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) of 8 June 1977.
- Republic of Turkey Ministry of Transport and Infrastructure. *Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı 2020-2023*, Ankara: 2020.
- Sağiroğlu, Şeref and Alkan, Mustafa. editors. *Siber Güvenlik ve Savunma: Farkındalık ve Caydırıcılık*. Ankara: Grafiker Yayınları, 2018.
- Sampath, V.R.. "Fifth Domain of Warfare: How to Fight Cybercrime". Sunday Guardian, Date Accessed: August 3rd 2022. <https://www.sundayguardianlive.com/news/fifth-domain-warfare-fight-cybercrime>.
- Schmitt, Michael N.. editor. *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Schmitt, Michael N.. "The Law of Targeting", *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, editors: Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Schmitt, Michael N.. "Wired Warfare 3.0: Protecting the Civilian Population During Cyber Operations" *International Review of the Red Cross* 101, Iss: 1 (2019), 333-355.
- Solis, Gary D.. *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- TechTarget. "What is Cyber?". Date Accessed: August 3rd 2022. <https://www.techtarget.com/whatis/definition/cyber>.
- The Geneva Conventions of 12 August 1949.
- United Nations General Assembly. Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Communications in the Context of International Security. UN Doc. A/68/98, 24 June 2013.
- United Nations General Assembly. Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Communications in the Context of International Security. UN Doc. A/70/174, 22 July 2015.
- Valeriano, Brandon and Maness, Ryan C.. *Cyber War Versus Cyber Realities: Cyber Conflict in the International System*. New York: Oxford University Press, 2015.

YÜKSEKÖĞRETİM DİSİPLİN KURULLARINA SENDİKA TEMSİLCİSİNİN KATILMASI MESELESİ

*Kerim AZAK**

Kamu görevlileri bakımından önemli bir hak niteliğini haiz toplu sözleşme hakkı, kamu görevlilerine 2010 yılı Anayasa değişikliği ile verilmiştir. Daha öncesinde kamu görevlilerinin, toplu görüşme hakkı mevcut ise de toplu sözleşme yapılması hukuken mümkün değildi. 2010 Anayasa değişikliği ile verilen bu hakkın kullanımı ise ancak 2012 yılında 4688 sayılı Kanun'da değişiklik yapılması ile mümkün hâle gelmiştir. Nitekim 2012 yılını da kapsar biçimde Kanun'a göre toplu sözleşme hükmünde Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararı 2012 yılı içerisinde yürürlüğe girmiştir. 2012 yılından bu yana 2022 ve 2023 yıllarını kapsar toplu sözleşme dâhil 6 toplu sözleşme yapılmıştır.

2012 yılından itibaren yapılan bütün toplu sözleşmelerde, kamu görevlilerine ilişkin çok çeşitli hususlara dair hükümler yer almıştır. Bu hükümlerin kimisi normatif nitelikte iken kimisi de geleceğe dönük temennileri, istekleri içeren ya da bazı hususları hatırlatıcı nitelikte olmuştur. Her ne kadar sendikal bir hak olarak toplu sözleşme hakkı, kamu görevlileri bakımından önemli bir gelişme olsa da beraberinde bazı sorunları ve tartışmaları getirmiştir. Toplu sözleşme hükümlerinin hukuki niteliğinin belirsizliği, Anayasa'da kamu görevlilerine ilişkin belirli hususların kanunla düzenleneceğine yer verilmişken toplu sözleşme hükümlerinin bu konuda istisna tutulması, kamu görevlilerine ilişkin bütün hususların kanunlarda ve diğer düzenleyici işlemlerde düzenlenmiş olması, aynı konuda kanun ve toplu sözleşme hükmünün bulunması durumunda hangisinin uygulanacağı konusunda yaşanan tereddütler, bazı toplu sözleşme hükümlerinin toplu sözleşme hakkı kapsamına giren konular dışında olması gibi çeşitli sebepler bu sorun ve tartışmalara neden olmuştur.

Anayasa ve 4688 sayılı Kanun'a göre toplu sözleşmenin kapsamı, ancak kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarına ilişkin olabilir. Ne var ki toplu sözleşme hükümleri içerisinde çoğu zaman mali ve sosyal haklara ilişkin olmayan konular da yer almıştır. Bu konular arasında yer alanlardan birisi ise disipline dair hükümlerdir. Nitekim şimdiye kadar yürürlüğe giren 6 top-

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.B.D. E-posta: krmazak@gmail.com.

lu sözleşmenin tamamında da yükseköğretim kurumları disiplin kurullarına sendika temsilcisinin de katılacağı öngörülmüştür. Bu hüküm, uygulamada çeşitli tereddütlere yol açarken bu hükmün uygulanmaması niteliğindeki idari işlemler, özellikle sendikalar tarafından dava konusu edilmiştir. Bu çalışmanın konusu da tam olarak yükseköğretim kurumlarında; sendika temsilcilerinin, toplu sözleşme hükümlerine dayanarak disiplin kurullarına katılmasının hukuken mümkün olup olmadığıdır.

Çalışmanın birinci bölümünde, yükseköğretim kurumlarındaki disiplin kurulları ve bu kurullarının oluşumuna dair hükümler ele alınmıştır. İkinci bölümde; kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkı, çalışmanın konusunu tartışmaya yetecek düzeyde açıklanmıştır. Çalışmanın konusunu aştığından toplu sözleşme hakkına ilişki ayrıntılı bir açıklama ve değerlendirme için ilgili eserlere yollama yapılmakla yetinilmiştir. Üçüncü bölümde ise çalışmanın esas konusunu oluşturan sorunun kaynağı, bu soruna ilişkin uygulayıcıların ve öğretimin yaklaşımı ele alınmış ve nihayetinde soruna ilişkin değerlendirmeye yer verilmiştir.

I. YÜKSEKÖĞRETİM DİSİPLİN KURULLARI

Yükseköğretim personelini, temelde akademik personel ve idari personel olarak ikiye ayırabiliriz. Akademik personel yönünden daha önceleri 657 sayılı Kanun'a yollama yapılmış ise de Anayasa Mahkemesinin iptal kararları neticesinde akademik personelin disiplin rejimi, 2020 yılında 2547 sayılı Kanun'da yapılan düzenleme ile tamamen genel disiplin rejiminden¹ ayrılmış² ve özel disiplin rejimi hâline gelmiştir³.

İdari personel yönünden ise hem 2547 sayılı Kanun hem de 657 sayılı Kanun gündeme gelecektir. Çünkü 2547 sayılı Kanun'un 53/b fıkrasına göre idari personel hakkında 657 sayılı Kanun'un disiplin suç ve cezalarının yer aldığı 125. maddesi uygulanacaktır. 657 sayılı Kanun'a yapılan bu yollama ile idari personel, 657 sayılı Kanun'daki disiplin suç ve cezalarına tabi olacaktır. Fakat idari personel hakkındaki disiplin soruşturması ise 2547 sayılı Kanun uyarınca yürütülecektir. Keza idari personel yönünden yetkili disiplin amirleri ve kurulları da 2547 sayılı Kanun'a göre belirlenecektir. Zira kanun koyucunun, sadece 657 sayılı Kanun'un 125. maddesine yollama yapmasından, disiplin suç ve cezaları dışında disipline ilişkin hususlarda 2547 sayılı Kanun'un uygulanacağı anlaşılmaktadır⁴.

¹ Genel disiplin rejimi olarak ifade edilen 657 sayılı Kanun'da düzenlenen disiplin rejimidir.

² Anayasa Mahkemesinin kararları ve süreç için bkz. Kerim AZAK, Akademik Personelin Disiplin Rejimi, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 130 vd.

³ Genel disiplin rejimi-özel disiplin rejimi ayrımı için bkz. AZAK, Akademik Personelin Disiplin Rejimi, 75 vd.

⁴ Bahattin DUMAN, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, (Ankara: 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021), 249.

2547 sayılı Kanun'a göre iki tür disiplin kurulu bulunmaktadır: disiplin kurulu ve yüksek disiplin kurulu. Kanun'un 53/Ç maddesinde disiplin kurullarının ceza verme yetkisi, 53/F maddesinde ise disiplin cezalarına karşı itirazları inceleme yetkisi düzenlenmiştir. Yükseköğretim disiplin kurullarının kimlerden oluşacağı da 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Bu doğrultuda disiplin kurullarının oluşumu 53/E maddesinde yer almaktadır.

Gerçekten de yürürlüğe girdiği tarihten bu yana değişiklikler olsa da Kanun'un ilk hâlinin 53. maddesinde üniversite ve bağlı birimlerin yönetim kurullarının, disiplin kurulu olarak görev yapacağı yer almıştır⁵. 2016 yılında Kanun'da yapılan değişiklik⁶ ile hem disiplin kurullarının hem de yüksek disiplin kurulunun teşekkülü ayrı bir maddede, 53/E maddesinde, düzenlenmiştir.

53/E maddesine göre yükseköğretim kurumunda, birden fazla disiplin kurulu mevcuttur. Zira fakülte, enstitü, yüksekokul gibi üniversiteye bağlı her birim, kendi disiplin kurulunu oluşturacaktır. Bunun yanı sıra üniversite disiplin kurulu da bulunmaktadır. Üniversite disiplin kurulu, üniversite yönetim kurulu üyelerinden; birim disiplin kurulları ise ilgili birimin yönetim kurulundan oluşmaktadır. Rektöre bağlı daire başkanlıkları, araştırma merkezleri, komisyonlar, koordinatörlükler gibi birimlerde ise disiplin kurulu, akademik personel ve daire başkanının dengi ve üstü kadrolardakiler için rektör yardımcısı başkanlığında profesör unvanlı dört öğretim üyesinden oluşmaktadır. Rektöre bağlı birimlerdeki memurlar için ise disiplin kurulu, genel sekreter başkanlığında hukuk müşaviri ve personel daire başkanından oluşur. 2547 sayılı Kanun'a göre yüksek disiplin kurulu ise Yükseköğretim Genel Kuruludur.

53/E maddesinin 5. fıkrasına göre yüksek disiplin kurulu hariç disiplin kurullarında, soruşturulanın akademik unvanından daha alt akademik unvana sahip üyeler kurula katılamayacaktır. Örneğin profesörle ilgili bir görüşmede, doçentler ve doktor öğretim üyeleri kurulda yer alamayacaktır. Disiplin kurullarının teşekkül edememesi hâlinde ise 53/E maddesinin son fıkrasına göre eşdeğer unvana sahip öğretim üyeleri arasından senato tarafından belirlenecek üyelerce kurul tamamlanacaktır. Görüleceği üzere yükseköğretim disiplin kurullarının kimlerden oluşacağı, 2547 sayılı Kanun'da açık bir biçimde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelerde, sendika temsilcisinin kurula katılması ise öngörülmemiştir.

II. KAMU GÖREVLİLERİNİN TOPLU SÖZLEŞME HAKKI

Sosyal bir hak olan⁷ toplu sözleşme hakkı, kamu görevlilerine 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile tanınmıştır^{8,9}. Anayasa'nın 53. maddesine eklenen

⁵ 2547 sayılı Kanun, RG, 6.11.1981-17506.

⁶ 6764 sayılı Kanun, RG, 9.12.2016-29913.

⁷ İbrahim Ö. KABAĞLU, "Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları", in Anayasal Sosyal Haklar, İbrahim Ö. Kabağlu, editör, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 26.

⁸ 5982 sayılı Kanun, RG, 13.5.2010-27580.

fıkraya göre memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme hakkına sahiptir. Toplu sözleşme yapılmasına ilişkin uyuşmazlık çıkması hâlinde Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurulması mümkündür. Kurul'un vereceği karar, kesin¹⁰ olup toplu sözleşme hükmünde olacaktır. Yine aynı maddeye eklenen 5. fıkraya göre bu hakkın kapsamı, istisnaları, yapılacak sözleşmeden yararlanacaklar, sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü kanunla düzenlenecektir. 2010 Anayasa değişikliğine uygun olarak kamu görevlilerinin sendika kurma hakkını düzenleyen 4688 sayılı Kanun'da 2012 yılında değişiklik yapılmış¹¹ ve toplu sözleşme hakkına ilişkin düzenlemeler, bu kanunda yer almıştır.

4688 sayılı Kanun kapsamına giren idareler, Kanun'un 2. maddesinde düzenlenmiştir. Yükseköğretim kurumları, 5018 sayılı Kanun'a ek II sayılı cetvelde özel bütçeli idareler kapsamında kalmaktadır. Bu doğrultuda yükseköğretim kurumlarında işçi statüsünde çalışanlar haricinde çalışan kamu görevlileri, 4688 sayılı Kanun'un 2. maddesinde içerisinde kalmaktadır. Bir başka ifadeyle yükseköğretim kurumlarında çalışan akademik ve idari personel, sendika kurma ve toplu sözleşme hakkına sahiptir. Kaldı ki Anayasa'da da memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, toplu sözleşme hakkına sahip olduğu ifade edilmiş ve yükseköğretim kurumu personeline ilişkin bir istisna getirilmemiştir.

Toplu sözleşme hakkı, 4688 sayılı Kanun'un 28 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 28. maddede toplu sözleşmenin, *"...kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen mevcut mevzuat hükümleri dikkate alınarak kamu görevlilerine uygulanacak katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminatlar, ek ödeme, toplu sözleşme ikramiyesi, fazla çalışma ücreti, harcırah, ikramiye, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ve diğer mali ve sosyal hakları"* kapsayacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasa'da toplu sözleşme kapsamının kanunla belirleneceği ifade edilmiş olmakla beraber 128. maddenin 2. fıkrasında; kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, haklarının ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu fıkranın devamında ise mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur. Keza Anayasa'ya göre yükseköğretim kurumlarında çalışan akademik personele ilişkin 130/9 maddesinde sayılan hususların da kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bütün bu mevzuat dikkate alındığında,

⁹ Kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkından önce toplu görüşme hakkı bulunmaktaydı. Kamu görevlilerinin sendikal haklarının tarihsel gelişimi için bkz. Banu UÇKAN, Türkiye'de Kamu Görevlileri Sendikacılığı, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), 5 vd.; İpek ÖZKAL SAYAN ve Vahide Feyza URHAN, "Türkiye'de Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkı: Temel Metinler, Aktörler ve Uygulama", Memleket Siyaset Yönetim Dergisi 15, S. 33 (2020), 81 vd.; KABOĞLU, "Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları", 26-27.

¹⁰ Kurul kararlarının kesinliği, idarî anlamda kesinliktir. Bir başka ifadeyle Kurul kararlarına karşı, başka bir idari mercie başvurulması mümkün değildir. Çalışmanın devamında da açıklandığı üzere gerek Kurul kararlarına gerekse toplu sözleşme hükümlerine karşı iptal davası açılması mümkündür.

¹¹ 6289 sayılı Kanun, RG, 11.4.2012-28261.

Türk hukukunda kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkı kapsamının mali ve sosyal haklar ile sınırlandırıldığı görülmektedir.

Bütün bu düzenlemeler çerçevesinde 2012 yılında ilk toplu sözleşme görüşmeleri gerçekleştirilmiş ve toplu sözleşme imzalanamaması üzerine Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvuru yapılmıştır. Başvuru sonrasında Kurul, 1.1.2012-31.12.2013 tarihleri arasında geçerli olacak kararı almıştır¹². Toplu sözleşme hakkının tanındığı 2012 yılından bu yana, toplamda 6 dönem için toplu sözleşme yürürlüğe girmiştir. Son olarak hâlen yürürlükte olan ve 2022 ve 2023 yıllarını kapsayan 6. Dönem Toplu Sözleşme imzalanmıştır¹³.

III. SENDİKA TEMSİLCİSİNİN DİSİPLİN KURULLARINA KATILMASI SORUNU

A. SORUNUN KAYNAĞI

Çalışmanın birinci bölümünde de açıklandığı üzere yükseköğretim disiplin kurullarının kimlerden oluşacağı, 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmiş ve sendika temsilcisinin, disiplin kurullarına katılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Fakat 2012 yılından bu yana yürürlüğe giren toplu sözleşmelerde, yükseköğretim disiplin kurullarına sendika temsilcilerinin de katılacağı belirtilmiştir. Nitekim 2022 ve 2023 yıllarını kapsayan 6. Dönem Toplu Sözleşme'nin 19. maddesine göre soruşturulan kamu görevlisinin mensup olduğu sendikanın temsilcisi, yükseköğretim kurumları disiplin ve yüksek disiplin kurullarında yer alır¹⁴.

Uygulamada, toplu sözleşmede yer alan bu hükümler sebebiyle sendika temsilcisinin, disiplin kurullarına katılıp katılmayacağı konusunda tereddütler oluşmuştur. Bu sorun aynı zamanda yargı kararlarına ve Kamu Denetçiliği Kurumu kararına da yansımıştır.

B. SORUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

1. Yükseköğretim Kurulunun Yaklaşımı

Toplu sözleşme hükümlerinde, yükseköğretim disiplin kurullarına sendika temsilcisinin de katılacağına yönelik bir düzenlemenin yer alması sonrasında yükseköğretim kurumlarında tereddütler oluşmuştur. Bunun üzerine bazı üniversiteler, Yükseköğretim Kuruluna (YÖK) görüş sormuştur. YÖK'ün ulaşılabilen görüşleri ve kararlarında, konuya ilişkin yaklaşımının zaman içerisinde değişiklik gösterdiği görülmektedir.

¹² RG, 1.6.2012-28310.

¹³ RG, 25.8.2021-31579.

¹⁴ 2012-2013 yıllarını kapsayan Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararının 20. maddesinde, 2014-2015 yıllarını kapsayan 2. Dönem Toplu Sözleşme'nin genel hükümler içerisinde yer alan 19. maddesinde, 2016-2017 yıllarını kapsayan 3. Dönem Toplu Sözleşme'nin 20. maddesinde, 2018-2019 yıllarını kapsayan 4. Dönem Toplu Sözleşme'nin 20. maddesinde, 2020-2021 yıllarını kapsayan Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararının 18. maddesinde sendika temsilcisinin, yükseköğretim disiplin kurullarında yer alacağı düzenlenmiştir.

YÖK; bütün üniversitelere gönderdiği 07.10.2015 tarihli yazısında¹⁵, toplu sözleşme hükümlerine de değinerek yüksek disiplin kuruluna gönderilen soruşturma dosyalarında soruşturulananın, herhangi bir sendikaya üye olup olmadığının da bildirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Her ne kadar YÖK bu yazısında, sendika temsilcilerinin disiplin kurullarına katılması gerektiğine ilişkin açık bir ifadeye bulunmasa da soruşturulananın sendika üyesi olup olmadığının bildirilmesini isteyerek bu yöndeki iradesini ortaya koymuş bulunmaktadır.

YÖK, Mersin Üniversitesinin sendika temsilcisinin disiplin kurullarına katılıp katılmayacağına ilişkin görüş talep yazısına cevap verdiği 14.08.2017 tarihli yazısında¹⁶ ise sendika temsilcisine, disiplin kurullarına katılımının sağlanarak oy hakkı verilmesi gerektiğini bildirmiştir. YÖK bu yazısında da toplu sözleşme hükümlerine yer vermiştir.

YÖK Yüksek Disiplin Kurulu, iptal davasına da konu olan 29.11.2018 tarihli kararında ise yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarına, sendika temsilcisinin katılmaması yönünde karar almıştır¹⁷. Bu karara karşı Türk Eğitim-Sen tarafından iptal davası açılmış ve çalışmanın devamında da açıklandığı üzere bu karar, Ankara 12. İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

YÖK'ün bir başka kararı ise bir sendikanın başvurusu üzerine verilmiştir. Eğitimciler Birliği Sendikası; 26.02.2018 tarihli dilekçesi ile sendika temsilcisinin, yükseköğretim disiplin kurullarına katılımının sağlanması yönünde YÖK'ten talepte bulunmuştur. YÖK bu talebi, Danıştay İDDK kararını yazı ekine ekleyerek bu talebi 27.03.2018 tarihli kararıyla reddetmiştir¹⁸.

2. Kamu Denetçiliği Kurumunun Yaklaşımı

Çalışmanın bir önceki kısmında da bahsedildiği üzere Eğitimciler Birliği Sendikası, disiplin kurullarına sendika temsilcisinin katılımının sağlanmasına yönelik talebinin YÖK tarafından reddi üzerine Kamu Denetçiliği Kurumuna (KDK) başvurmuştur. KDK yaptığı inceleme ve araştırma neticesinde YÖK'e; sendika temsilcisinin, disiplin kurullarına katılması yönünde tavsiye kararında bulunmuştur¹⁹.

¹⁵ Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022, <http://pdb.ibu.edu.tr/images/YokKararlari/disciplinislemeleri/07102015sendika-temsilcisi.pdf>.

¹⁶ Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022, <http://pdb.mersin.edu.tr/yuklemeler/ekler/14.08.2017%20%20%207207-65877%20Sendika%20Temsilcisinin%200y%20Hakk%C4%B1.pdf>.

¹⁷ Yüksek Disiplin Kurulunun bu işlemine yönelik iptal davası, Ankara 12. İdare Mahkemesi tarafından görülmüştür. Kurulun bu kararına Ankara 12. İdare Mahkemesi kararından ulaşılmıştır. Karara ilişkin bilgi için bkz. Ankara 12. İdare Mahkemesi, 25.11.2019, E. 2019/602, K. 2019/2490, Erişim Tarihi: Haziran 22, 2022, Uyar.

¹⁸ YÖK'ün bu işlemine yönelik olarak başvuru sendika tarafından Kamu Denetçiliği Kurumuna (KDK) başvuru yapılmıştır. Bu işleme de KDK karardan ulaşılmıştır. KDK kararı için bkz. KDK, Başvuru No: 2018/5964, 6.9.2018, 2018 Yıllık Rapor, 396, Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022, <https://www.ombudsman.gov.tr/YillikRapor>. Kararın tam metni için bkz. <https://www.memurlar.net/common/news/documents/860263/kdk-2018-5964.pdf>, Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022.

¹⁹ KDK kararı için bkz. dipn. 18.

KDK kararında; yükseköğretim kurum personelinin tabi olduğu disiplin kurullarının, 2547 sayılı Kanun'da özel olarak düzenlendiği, sendika temsilcisinin disiplin kurullarına katılmasına ilişkin bir hüküm bulunmadığı ifade edilmiştir. KDK'ye göre Anayasa'da her ne kadar kamu görevlilerinin hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenleneceği ifade edilmişse de yine Anayasa'da mali ve sosyal hakların toplu sözleşme ile düzenlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Bir başka ifadeyle KDK, kararında açıkça belirtmese de gerekçeden çıkan sonuca göre disiplin işleri, sosyal ve mali haklara ilişkindir ve bu sebeple de toplu sözleşme ile düzenlenmesi mümkündür.

KDK kararının devamında 2018-2019 yıllarını kapsayan 4. Dönem Toplu Sözleşme'nin ilgili hükmüne de değinerek bu hükmün, tüm kamu idarelerini bağlayan ve uygulanması gereken zorunlu bir hukuk kuralı olduğu ifade edilmiştir. Kurum aynı zamanda, konuya ilişkin Danıştay İDDK kararına²⁰ da değinmiş ve bu kararın, mevcut sözleşme dönemine ilişkin olmadığı ve bireysel bir işleme ilişkin olduğu gerekçesi ile toplu sözleşme hükmünü etkilemeyeceğini eklemiştir.

Netice olarak KDK, YÖK'e yukarıda açıklanan gerekçelerle tavsiye kararında bulunmuştur. Ne var ki çalışmanın devamında da açıklandığı üzere Kurum'un değerlendirmelerine katılmak mümkün değildir. Özellikle disiplin işlerinin, mali ve sosyal haklara ilişkin olmadığını ve disiplin işlerine ilişkin kanunilik ilkesi karşısında toplu sözleşme hükümlerinin uygulanması imkânı bulunmadığını ifade etmek gerekir.

3. Öğretinin Yaklaşımı

Belirtmek gerekir ki çalışmanın konusunu oluşturan sorun, öğretilerde çok tartışılmamış ve değerlendirilmemiştir. Bu sebeple öğretinin yaklaşımı, doğrudan bu konuyu değinen çalışmalar ile dolaylı olarak bu konuya değinen çalışmalar üzerinden ortaya konulacaktır.

Öğretilerdeki ilk görüşe göre toplu sözleşmeden yer alan hüküm sebebiyle sendika temsilcisinin yükseköğretim disiplin kurullarına katılması gerekmektedir²¹. Bu görüşe göre her ne kadar 2547 sayılı Kanun'da sendika temsilcisinin disiplin kurullarında yer alacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da 2547 sayılı Kanun'un 62. Maddesine göre yükseköğretim personelinin özlük haklarına ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, bu kanunda da hüküm bulunmayan hâllerde ise genel hükümler uygulanacaktır. Genel hükümler ile kastedilen ise 657 sayılı Kanun'dur. 657 sayılı Kanun, disiplin kurullarının oluşumunu yönetmeliğe bırakmış ve Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin^{22, 23} ilgili madde-

²⁰ Danıştay İDDK kararı için bkz. dipn. 33.

²¹ Nihat KAYAR, "Danıştay Kararıyla Anayasal Toplu Sözleşme Hakkının İlgası", TBB Dergisi, S. 139 (2018), 41-42 vd.

²² RG, 30.4.2021-31470. Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin değerlendirilmesi için bkz. Serkan ÇINARLI ve Kerim AZAK, "Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin Bir İnceleme", Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, S. 1 (2021), 15-31.

lerinde, sendika temsilcisinin de disiplin kurulunda yer alacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple toplu sözleşmede bir hüküm bulunmasa dahi 2547 sayılı Kanun'da yapılan bu yollama sebebiyle sendika temsilcisinin, disiplin kurullarına katılması mümkündür²⁴. Bu görüşün ortaya koyduğu gerekçelere göre toplu sözleşmede hüküm bulunmasa dahi, sendika temsilcisinin disiplin kurullarına katılması mümkün görünmektedir.

Öğretide konuyu doğrudan değerlendiren tek görüş bu şekildedir. Bunun dışında yer verilecek olan görüşler, doğrudan konuyu değerlendirme niteliğini haiz olmasa da sorunun değerlendirilmesinde katkı sağlayacak niteliktedir. Bu sebeple bu görüşlere de kısmen yer verilmiştir. Bu kapsamda öğretideki bir çalışmada, toplu sözleşme ile kanunlar arasındaki ilişki değerlendirilmiş ve kanun ile düzenlenmesi gerekirken toplu sözleşme ile düzenlenen bazı konulara örnek verilmiştir. Sayılan örneklerden birisi de yükseköğretim disiplin kurullarına sendika temsilcisinin katılmasına ilişkin toplu sözleşme hükmüdür²⁵. Diğer bir ifadeyle bu görüşe göre sendika temsilcisinin, yükseköğretim disiplin kurullarına katılması hususu kanun ile düzenlenmesi gerekirdi.

Öğretideki bir başka görüşe göre ise toplu sözleşme hakkının kapsamına, sadece mali ve sosyal haklar girmektedir. Anayasa'nın bu amir hükmü sebebiyle kamu görevlilerinin disiplin hükümleri, toplu sözleşme kapsamına girmeyecektir²⁶. Keza Anayasa'nın kamu görevlilerinin statüsünün kanunla düzenlenmesini öngörmesi de aslında toplu sözleşmenin kapsamını sınırlar niteliktedir²⁷.

4. İdari Yargının Yaklaşımı

Uygulamada çıkan tereddütler sebebiyle zaman zaman üniversiteler, disiplin kurullarına sendika temsilcisinin katılmamasına karar vermiş ve bu karar, iptal davasına konu edilmiştir. Keza konuya ilişkin olarak YÖK'e, özellikle sendikalar tarafından başvuru yapılmış ve bu başvurunun reddi üzerine dava açılmıştır. Bazı ilk derece mahkemeleri, sendika temsilcisinin kurulda yer almamasını hukuka aykırı bulmuş ise de Danıştay, temyiz incelemesinde ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Konu, ilk derece mahkemesinin ısrarı üzerine İDDK önüne de gelmiştir. Çalışmanın bu kısmında da bu kararlardan bazılarının yer verilmiştir.

²³ Bu görüşü öne sıran çalışmanın yazıldığı dönemde Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği değil, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik yürürlükte idi. Her iki yönetmelikte de sendika temsilcisinin katılacağı öngörülmüştür.

²⁴ KAYAR, "Danıştay Kararıyla Anayasal Toplu Sözleşme Hakkının İlgası", 41-42.

²⁵ İpek ÖZKAL SAYAN, "Türkiye'de Toplu Sözleşmenin Kamu Personel Rejimine Etkisi", SOBİDER 4, S. 14 (2017), 36 vd.

²⁶ Metin KUTAL, "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri Işığında Türk Hukukunda Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakları", Sicil İş Hukuku Dergisi, 8, S. 29 (2013), 143.

²⁷ KUTAL, "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri Işığında Türk Hukukunda Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakları", 143.

İlk derece mahkemelerinin yaklaşımını ortaya koymak adına ilk olarak Ankara 12. İdare Mahkemesinin 25.11.2019 tarihli kararına değinmek gerekir²⁸. İdare mahkemesi, 2547 sayılı Kanun'da sendika temsilcisinin katılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığı, toplu sözleşmenin ilgili hükmü gereği sendika temsilcisinin disiplin kurullarına katılması gerektiğinden bahisle dava konusu işlemi iptal etmiştir. İdare mahkemesinin gerekçesi, birçok yönden eksiktir ve tartışmalı birçok hususa ilişkin hiçbir değerlendirme içermemektedir.

Konuya ilişkin istinaf mercilerinin yaklaşımı ise sendika temsilcisinin katılmamasının hukuka uygun olduğu yönündedir. İstinaf mercilerinin kararları genel olarak; toplu sözleşmede bir düzenleme olsa da disipline dair konularda kanunilik ilkesi olduğu, kanunilik ilkesine uygun olarak bu hususta sadece kanunla düzenleme yapılması gerektiği, 2547 sayılı Kanun'un disiplin kurullarının teşekkülüne ilişkin hükümlerde sendika temsilcisinin katılması öngörülmediği, kaldı ki bu hükümlerde yapılan değişiklikler sonrası da bu yönde bir hükme yer verilmediği gerekçelerine dayanmaktadır²⁹. Danıştay 8. Dairesi de kararlarında, benzer gerekçelere yer vermiş ve sendika temsilcisinin katılmamasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir³⁰.

YÖK'ün sendika temsilcisinin katılmasına yönelik taleplerin reddi işlemlerinde³¹ ve yine çeşitli mahkeme kararlarında³² Danıştay İDDK'nin bir kararına dayanılmıştır. Danıştay İDDK'nin bu kararı; ilk derece mahkemesinin, sendika temsilcisinin katılmaması sebebiyle dava konusu işlemin iptalinde ısrar etmesi üzerine verilmiştir³³. Danıştay İDDK, disiplin kurullarının teşekkülünün 2547 sayılı Kanun'da özel olarak düzenlendiği ve anılan düzenlemelerde, sendika temsilcisinin katılmasını yönelik bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle ısrar kararının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. İDDK kararı, sorunu değerlendirme bakımından önemli bir karar olsa da karara konu işlem, 26.05.2011 tarihinde tesis edilmiştir. Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte, toplu sözleşme hakkı bulunmadığı için İDDK kararında bu yönde bir değerlendirme yapılmamıştır.

²⁸ Ankara 12. İdare Mahkemesi, 25.11.2019, E. 2019/602, K. 2019/2490, Erişim Tarihi: Haziran 22, 2022, Uyap.

²⁹ Ankara BİM, 4. İDD, 20.2.2022, E. 2019/3406, K. 2020/369, Erişim Tarihi: Haziran 19, 2022, Lexpera; Ankara BİM, 4. İDD, 12.6.2022, E. 2020/1008, K. 2020/1282, Erişim Tarihi: Nisan 16, 2022, Lexpera; Gaziantep BİM, 3. İDD, 14.4.2017, E. 2017/1328, K. 2017/1426, Erişim Tarihi: Haziran 19, 2022, Lexpera.

³⁰ D8.D, 13.2.2022, E. 2016/7846, K. 2020/827, Erişim Tarihi: Haziran 19, 2022, Lexpera; D8.D, 20.5.2019, E. 2014/8469, K. 2019/4804, Erişim Tarihi: Haziran 19, 2022, Kazancı; D8.D, 2.5.2017, E. 2016/1735, K. 2017/3537, Erişim Tarihi: Haziran 22, 2022, Uyap; D8.D, 5.4.2017, E. 2016/968, K. 2017/2420, Erişim Tarihi: Haziran 22, 2022, Uyap.

³¹ Bkz. dipn. 18.

³² Bkz. dipn. 29.

³³ DİDDK, 21.6.2017, E. 2015/86, K. 2017/2642, Erişim Tarihi: Nisan 16, 2022, Lexpera.

C. DEĞERLENDİRME

1. Toplu Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Anayasa'nın 53. maddesi ve 4688 sayılı Kanun ile kamu görevlilerine, toplu sözleşme hakkı tanınmış ise de toplu sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu hususta yapılan tek belirleme, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararlarının toplu sözleşme niteliğinde olduğudur. Bu sebeple toplu sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin belirleme, aslında Kurul kararları bakımından da geçerli olacaktır. Çalışmanın konusunu oluşturan sorunun değerlendirilmesi bakımından toplu sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti önemlidir.

Öğretide, toplu sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin olarak çok fazla bir görüş mevcut değildir. Öğretideki görüşe göre toplu sözleşme ile kamu görevlilerinin mali ve sosyal hakları düzenlenir³⁴ ve bu yönüyle toplu sözleşme, kural koyucu niteliktedir³⁵. Bir başka ifade ile toplu sözleşme, düzenleyici bir işlemdir. Fakat diğer düzenleyici işlemlerden farklı olarak toplu sözleşmede kural koyma yetkisini, idare ile Kamu Görevlileri Sendikaları Heyeti birlikte kullanmaktadır³⁶.

Uyuşmazlık Mahkemesi de toplu sözleşmeyi, düzenleyici bir işlem olarak görmektedir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi, bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

*"Memur ve diğer kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını belirleyen toplu sözleşme, yukarıda aktarılan yasal çerçeve içerisinde sendikaların katılımıyla yapılan idare hukuku ilke ve kurallarına tabi kendine özgü idari bir düzenleme niteliğini taşımaktadır."*³⁷

Danıştay da toplu sözleşme hükümlerini, düzenleyici işlem olarak görmektedir. Danıştay bu hususta doğrudan bir belirleme yapmasa da toplu sözleşme hükümlerine açılacak iptal davalarına, Danıştay Kanunu madde 24/1-c uyarınca ilk derece mahkemesi olarak bakmakta³⁸ ve Danıştay İDDK de bu kararlara karşı yapılan temyiz başvurularını incelemektedir³⁹.

Anayasa'nın 128/2 maddesine göre kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer

³⁴ Kadir ARICI, "Toplu Sözleşmesi ile Kanun Değiştirilmesi: İlsan Örneği", Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18, S. 3-4 (2014), 11.

³⁵ Yeliz ŞANLI ATAY, "Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Amme İdaresi Dergisi 48, S. 3 (2015), 32.

³⁶ ŞANLI ATAY, "Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", 35.

³⁷ UMHB., 28.12.2015, E. 2015/369, K. 2015/852, Erişim Tarihi: Haziran 30, 2022, Lexpera.

³⁸ D12.D, 22.10.2019, E. 2018/3729, K. 2019/7922, Erişim Tarihi: Haziran 22, 2022, Uyap; D12.D, YD, 11.6.2020, E. 2019/5164, Erişim Tarihi: Haziran 19, 2022, Lexpera.

³⁹ DİDDK., 8.2.2021, E. 2020/2047 K. 2021/211 Erişim Tarihi: Haziran 19, 2022, Lexpera; DİDDK., 8.2.2021, E. 2020/2089, K. 2021/213, Erişim Tarihi: Haziran 19, 2022, Lexpera; DİDDK., 17.2.2021, E. 2020/2037, K. 2021/289, Erişim Tarihi: Haziran 19, 2022, Lexpera.

özlük işleri kanun ile düzenlenir. Fıkranın devamında ise mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur. Bir bütün olarak değerlendirildiğinde kamu görevlilerinin statüsünün kanunla düzenlenmesi gerekmele birlikte bunun istisnasını, toplu sözleşme oluşturmaktadır. Sendikal bir hak olması sebebiyle toplu sözleşme hükümlerinin, kanunda aynı konuda bir hüküm mevcut olsa da uygulanma önceliğine sahip olduğu söylenebilir⁴⁰. Ne var ki bu uygulama önceliği, toplu sözleşme hükümlerinin, kanundaki düzenlemeye göre kamu görevlisinin lehine olması hâlinde mümkündür⁴¹. Aksinin kabulü toplu sözleşme hakkının anlamsızlaşmasına ve keza hak olmaktan çıkarak kamu görevlisinin aleyhine sonuç doğurmasına sebep olacaktır.

Bütün bu sebeplerle mali ve sosyal haklara ilişkin olmak kaydıyla toplu sözleşme hükümlerinin düzenleyici bir işlem olduğunun kabulü ile kamu görevlisinin lehine bir değerlendirme yapılarak uygulanacak hükmün belirlenmesi gerekliği sebebi ile diğer düzenleyici işlemlerden farklılaştığı ifade edilebilir.

2. Toplu Sözleşme ile Disiplin Kurullarının Belirlenmesinin Hukuka Uygunluğu

Daha önce de ifade edildiği üzere 2012 yılından bu yana yürürlüğe giren toplu sözleşme hükümlerinde, yükseköğretim disiplin kurullarına sendika temsilcisinin katılması öngörülmüştür. Fakat bu hüküm çeşitli yönlerden hukuka aykırıdır.

İfade etmek gerekirse disiplin işleri, mali ve sosyal haklara ilişkin değildir⁴². Mali ve sosyal hakların neler olduğu konusunda belirsizlikler bulunsa ve kamu görevlilerine ilişkin birçok hususun mali sonuçları olsa da disiplin işlerinin, mali ve sosyal hak kapsamında kalmadığı açıktır. Kaldı ki disiplin işleri bir hak değil, kamu görevlileri bakımından yükümlülüktür. Bu nedenle mali ve sosyal haklara ilişkin olmayan toplu sözleşme hükümleri, 4688 sayılı Kanun'a ve Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Bunun yanı sıra disiplin işlerinin kanunla düzenlenmesi, Anayasa'nın amir hükmü gereğidir. Nitekim Anayasa'nın 128/2 maddesinde kamu görevlilerinin, diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Özellikle akademik personel yönünden kanunilik ilkesi, Anayasa'da daha açık bir şekilde yer almıştır. Anayasa'nın 130/9 maddesi uyarınca akademik personelin disiplin işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir⁴³.

⁴⁰ Yeliz ŞANLI ATAY, Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesinin Hukuki Rejimi, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 117.

⁴¹ ŞANLI ATAY, Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesinin Hukuki Rejimi, 118.

⁴² Sosyal haklar için bkz. KABOĞLU, "Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları", 15 vd. Mali ve sosyal haklar için bkz. ŞANLI ATAY, Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesinin Hukuki Rejimi, 120 vd.

⁴³ Akademik personel yönünden elbette akademik özgürlük önemli olduğu için Anayasa'nın 130. maddesinde, akademik personel bakımından hangi hususların kanunla düzenleneceği

Sendika temsilcisinin disiplin kurullarına katılabileceğine yönelik ileri sürülen görüşün gerekçesinin de değerlendirilmesi gerekir. Bu görüşün gerekçesine göre sendika temsilcisinin katılmasına yönelik 2547 sayılı Kanun'da bir hüküm bulunmadığından 2547 sayılı Kanun'un 657 sayılı Kanun'a yollama yapan 62. maddesi gereği sendika temsilcisinin katılması gerekmektedir. Ne var ki bu görüşe katılmak mümkün durmamaktadır. Zira 2547 sayılı Kanun'da disiplin kurullarının kimlerden oluşacağı açık bir şekilde belirlenmiş iken bu hususta, 2547 sayılı Kanun'da bir düzenleme olmadığından bahsedilemez. Hâl böyle iken 2547 sayılı Kanun'da genel hükümlere yapılan yollama sebebiyle sendika temsilcisinin disiplin kurullarına katılması, hukuken kabul edilemez.

3. Sendika Temsilcisinin Disiplin Kurullarına Katılmasının Hukuki Yaptırımı

Disiplin kurullarının kimlerden oluşacağı açık bir biçimde düzenlenmiş iken bu kurulların oluşumunda ortaya çıkacak usulsüzlükler, kurul tarafından tesis edilen işlemi, şekil unsuru yönünden hukuka aykırı kılacaktır. Bu doğrultuda sendika temsilcisinin yükseköğretim disiplin kurullarına katılması, disiplin kurullarının aldığı kararı şekil unsuru yönünden sakatlayacaktır.

Bu noktada akla şu soru gelebilir: Toplu sözleşme hükümleri, düzenleyici işlem niteliğindedir. O hâlde iptal edilmeyen ve dolayısıyla hukuka uygunluk karinesinden yararlanan bu toplu sözleşme hükümleri sebebiyle ilgili idareler; yükseköğretim disiplin kurullarına, sendika temsilcisinin katılımını sağlamalı mıdır? Bu soruya yanıt verebilmek için ise yükseköğretim kurumlarının, düzenleyici işlem niteliğinde olan toplu sözleşme hükümlerini ihmal edip edemeyeceği üzerinde durulmalıdır.

Esasında idarenin, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan düzenleyici işlemi ihmal etmesi ve normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan bir norma göre işlem tesis etmesi beklenmez. Fakat ifade etmek gerekir ki yukarıda bahsettiğimiz Danıştay kararlarında da görüleceği üzere idari yargı mercileri, kanuna aykırı buldukları toplu sözleşme hükümlerini zımnen de olsa ihmal etmekte ve 2547 sayılı Kanun'a göre karar vermektedir. O hâlde aslında toplu sözleşme hükmünün hukuka aykırılığı, iptal edilmemiş olsa da yargı kararı ile ortaya çıkmış olmaktadır. Hukuka aykırılığı yargı kararı ile ortaya çıkan ve fakat iptal edilmeyen düzenleyici işlemlere dayanılarak işlem tesis edilmemesi, bir başka ifade ile bu düzenleyici işlemlerin idare tarafından ihmal edilmesi gerektiğini söylemek mümkündür. Çünkü aksi hâlde idarenin düzenleyici işleme dayanarak tesis ettiği işlem, her defasında yargı mercilerince ilgili düzenleyici işlem ihmal edilerek iptal edilebilecektir. Kaldı ki hu-

tek tek sayılmıştır. Akademik özgürlük kavramı için bkz. AZAK, Akademik Personelin Disiplin Rejimi, 258 vd.

kuka aykırı olduğunu bile bile idarenin bir işlem tesis etmesi, idari etik ve ahlaka da uygun olmayacaktır⁴⁴.

Bütün bu gerekçelerle sendika temsilcisinin, yükseköğretim disiplin kurullarına katılmasının hukuka aykırı olduğu yargı kararları ile ortaya çıktığı için yükseköğretim kurumlarının, sendika temsilcilerinin disiplin kurullarına katılımını sağlamaması gerektiğini ifade edebiliriz. Sendika temsilcisinin disiplin kurullarında yer alması için ise 2547 sayılı Kanun'da değişiklik yapılması ve bu hususun öngörülmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Kamu görevlilerine sendikal hak olarak toplu sözleşme hakkı, 2010 yılında verilmiştir. Fakat Anayasa'da bu hakkın kapsamı sosyal ve mali haklar ile sınırlı tutulmuş ve nitekim bu doğrultuda da 4688 sayılı Kanun'da da bu yönde düzenleme yapılmıştır. Bununla beraber günümüze kadar yapılan toplu sözleşmelerin bazı hükümleri, sosyal ve mali hakların da ötesine geçmiştir. Bu yönüyle bu toplu sözleşme hükümleri, Anayasa'ya ve Kanun'a aykırılık taşımaktadır. Gerçekten de bu nitelikteki bir hüküm de yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarına sendika temsilcisinin de katılmasını öngören hükümdür.

Sendika temsilcisinin, disiplin kurullarına katılmasına yönelik toplu sözleşme maddesi, uygulamada tereddütlere neden olsa da bu konuda idari yargı içtihadı, sendika temsilcisinin katılmayacağı yönündedir. Her ne kadar idari yargıda bu hususa gerekçe olarak sadece disiplin kurullarının oluşumunun 2547 sayılı Kanun'da açık bir biçimde düzenlenmiş ve sendika temsilcisinin katılmasının öngörülmemiş ve keza disiplin işlerinde kanunilik ilkesinin geçerli olması şeklinde olsa da toplu sözleşmenin ilgili hükümlerinin, Anayasa'ya ve Kanun'a aykırı olduğunu da ifade etmek gerekir.

Bütün bu gerekçelerle sendika temsilcisinin yükseköğretim disiplin kurullarına katılması, toplu sözleşme hükümleri ile mümkün değildir. Bu sebeple sendika temsilcisinin kurula katılması, kurulun vereceği kararları şekil unsuru yönünden sakatlayacaktır. Yükseköğretim disiplin kurullarına sendika temsilcisinin katılması için 2547 sayılı Kanun'da bu yönde açık bir hüküm mevcut olmalıdır. Nitekim genel disiplin rejimi bakımından disiplin kurulları yönetmelik ile düzenlenmiş ve Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nde sendika temsilcisinin katılması öngörülmüştür. Benzer bir düzenleme 2547 sayılı Kanun'da da yapılacak olursa hem uygulamadaki sorun ve tartışmalar sona erecek hem de kamu görevlilerinin sendikal hakları bakımından önemli bir gelişme olacaktır.

⁴⁴ Bu konuda bkz. Zehra ODYAKMAZ ve Oğuzhan GÜZEL, "İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk", Ankara Barosu Dergisi, S. 3 (2013), 19-56.

KAYNAKLAR

- ARICI, Kadir. "Toplu Sözleşmesi ile Kanun Değiştirilmesi: İlksan Örneği", *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, S. 3-4 (2014): 3-20.
- AZAK, Kerim. *Akademik Personelin Disiplin Rejimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- ÇINARLI, Serkan ve AZAK, Kerim. "Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin Bir İnceleme", *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, S. 1 (2021): 15-31.
- DUMAN, Bahattin. *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması*. Ankara: 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- KABAOĞLU, İbrahim Ö., editör. *Anayasal Sosyal Haklar*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.
- KAYAR, Nihat. "Danıştay Kararıyla Anayasal Toplu Sözleşme Hakkının İlgası", *TBB Dergisi*, S. 139 (2018): 29-49.
- KUTAL, Metin. "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri Işığında Türk Hukukunda Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 8, S. 29 (2013): 135-144.
- ODYAKMAZ, Zehra ve GÜZEL, Oğuzhan, "İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (2013): 19-56.
- ÖZKAL SAYAN, İpek. "Türkiye'de Toplu Sözleşmenin Kamu Personel Rejimine Etkisi", *SOBİDER* 4, S. 14 (2017): 30-39.
- ÖZKAL SAYAN, İpek ve URHAN, Vahide Feyza. "Türkiye'de Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkı: Temel Metinler, Aktörler ve Uygulama", *Memleket Siyaset Yönetim Dergisi* 15, S. 33 (2020): 61-100.
- ŞANLI ATAY, Yeliz. "Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", *Amme İdaresi Dergisi* 48, S. 3 (2015): 1-39.
- ŞANLI ATAY, Yeliz. *Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesinin Hukuki Rejimi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- UÇKAN, Banu. *Türkiye'de Kamu Görevlileri Sendikacılığı*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.

ULUSAL VE ULUSLARARASI BOYUTLARIYLA SEYAHAT HÜRRİYETİNİN SALGIN HASTALIKLAR KARŞISINDA SINIRLANDIRILABİLİRLİĞİ

*Adem Ersin BAYRA**

GİRİŞ

Seyahat hürriyeti sadece ulusal değil küresel ölçekte de düzenlenen bir özgürlük çeşididir. Nitekim 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 23. maddesinin yanı sıra *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin (AİHS) 4 numaralı Protokolü'nün 2. Maddesi (EP4-2), *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*'nin (İHEB) 13. maddesi ve *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'nin (MSHUS) 12. maddesinde de seyahat hürriyetine yer vermektedir. Bu minvalde ayrıca *Avrupa Birliği (AB)* çerçevesinde de hukuki düzenlemeler vardır. Keza *Avrupa Birliği Antlaşması* madde 3/2, *Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA)* madde 21 ile *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ)* madde 45'te de seyahat hürriyetine ilişkin hükümler vardır. AB kapsamında bu hususa ilişkin olarak ayrıca insanların ve malların serbest dolaşımına sahip bir iç pazarın kurulmasını hedefleyen *Schengen Antlaşması* bulunmaktadır.

Bununla birlikte COVID-19'un patlak vermesi ile dünya genelinde yaşam yavaş yavaş değişmeye başlamıştır. Diğer taraftan salgının dalgalar halinde devam etmesi ve bu esnada virüsün farklı mutasyonlar geçirmesi, salgına karşı alınan tedbirleri çeşitlendirmiştir. Bu kapsamda insan hareketleri sadece ulusal değil, küresel ölçekte de kısıtlanmıştır.¹ Temel hak ve özgürlüklere yönelik bu müdahaleler kapsamında -başta 65 yaş üstü ve 20 yaş altı olmak üzere vatandaşların seyahat hürriyetlerine yönelik idari tedbirler alınmıştır. Diğer taraftan devletler, yurtiçi ulaşımı kısıtlamalarının yanı sıra ülkelerine giriş çıkışı da yasaklamıştır. Bu konuya ilişkin en öne çıkan uluslararası örnek ise *Avrupa Komisyonu*'nun AB'nin *Schengen* bölgesi sınırlarını dışarıya kapattığını ilan etmesidir. Üstelik birçok AB üyesi devlet bu tedbiri yeterli görmeyerek sınırlarını, üye devletler de dahil olmak üzere, bütün ülkelere kapatmıştır.²

* Dr.Öğr.Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD, aebayra@medipol.edu.tr.

¹ Costica Dumbrava, Lifting Coronavirus Restrictions, The Role of Therapeutics, Testing, and Contact-Tracing Apps, (European Parliamentary Research Service, 2020), 1.

² Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Muzaffer Akdoğan, Aylin Günay Atalı, Birsen Say ve Necibe Gündoğan Gür, "Avrupa Birliği'nin COVID-19 Yönetimi", *Ekonomi, Politika & Finans Araştırmaları Dergisi*, S.5 (Özel Sayı, 2020): 40.

Bu doğrultuda COVID-19 salgını karşımıza olağan hukuk düzeninin baş etmekte yetersiz kaldığı olağanüstü bir tehdit olarak çıkmaktadır. Zira birçok devlet salgın nedeniyle, başta seyahat hürriyeti olmak üzere, hak ve özgürlükleri kısıtlamaya yönelik tedbirler getirmiştir. Burada dikkat çekici olan birçok AB üyesi devletin -anayasalarında salgın hastalıklar nedeniyle olağanüstü hâl ilan edilmesine imkan tanıyan düzenlemeler bulunmasına rağmen bu yola başvurmamış olmasıdır. Öyle ki bu devletlerde hem olağanüstü rejime geçilerek yürütme yetkilerinin genişletilmesi istenmemiş hem de mevcut olağanüstü rejiminin salgınlar karşısında yasal düzenlemeler kadar etkin olamayacağı düşünülmüştür.³

Türkiye de söz konusu Avrupalı devletler gibi bu sistemi benimsemiş ve seyahat hürriyetine yönelik tedbirleri olağanüstü hâl ilan (OHAL) etmeksizin almıştır. Nitekim Anayasa'nın 119. maddesine göre salgın hastalıklar gerekçe gösterilerek OHAL ilan edilmesi mümkündür. Ancak Türkiye'de bu yol yerine olağan hukuk düzeni içindeki araçlar tercih edilmiştir. Bu kapsamda seyahat hürriyetine yönelik müdahalelerin kanuni dayanağı olarak İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin C fıkrası ile Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 27. ve 72. maddeleri gösterilmiştir. Bu noktada söz konusu tedbirlerin hukuki olup olmadığı gündeme gelmiştir. Öte yandan aynı sorun uluslararası düzeyde de güncel olarak yer almaktadır. Bu minvalde seyahat hürriyetine ilişkin sınırların hukukiliği hususunun evvela uluslararası ölçekte ardından da Türkiye özelinde tartışılması gerekmektedir.

I. SEYAHAT HÜRRİYETİNİN ULUSLARARASI ÖLÇEKTE SINIRLANABİLİRLİĞİ

A. Genel Olarak

COVID-19 salgını sonrası dünyanın dört bir yanında seyahat hürriyetine müdahale eden tedbirler hayata geçirilmiştir. Bu doğrultuda ülkesel ve bölgesel çapta önlemler söz konusu olmuştur. Dolayısı ile seyahat hürriyeti pandemide en çok müdahale edilen özgürlüklerden biri olarak öne çıkmaktadır. Bu kapsamda uluslararası seyahatler, vatandaşlık gözetilmeksizin, herkes bakımından kısıtlanmıştır. Bu minvalde ülke içi hareketlerin düzenlenmesi veya eyaletler ile bölgeler arasındaki iç sınırların kapatılması gibi önlemlere başvurulmuştur. Örneğin İtalya ve Fransa'da bireylerin yiyecek satın almak veya tıbbi destek aramak gibi zorunlu durumlar haricinde evlerinden çıkmaları yasaklanmıştır. Çin ise milyonlarca insanı tamamen karantinaya alacak kadar ileri giden tedbirler uygulamıştır.⁴

³ Öyle ki pandeminin ilk dalgasında anayasalarında bir salgın hastalık durumunda olağanüstü hâl ilan edilmesine imkan tanıyan düzenlemeler barındıran on yedi AB üyesi devletten yalnızca on tanesi olağanüstü hâl ilan etmiştir. Nitekim Hırvatistan, Almanya, Litvanya, Malta, Hollanda, Polonya ve Slovenya anayasalarında böyle bir hüküm bulunmasına rağmen salgınla olağan hukuk sistemi içinde mücadele edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Maria Diaz Crego ve Silvia Kotanidis, States of Emergency in Response to the Coronavirus Crisis, (European Parliamentary Research Service, December 2020), 1.

⁴ Alessandra Spadaro, "COVID-19: Testing the Limits of Human Rights", European Journal of Risk Regulation, S.11 (2020): 319.

AB'de ise Avrupa Hastalık Önleme ve Kontrol Merkezi tarafından 12 Mart 2020'de pandeminin etkisini azaltmak için bazı önlemler belirlenmiştir. Bunlar genel olarak; COVID-19 hastalığına yakalandığından şüphelenilen veya test sonuçlarının pozitif olduğu teyit edilen semptomatik kişilerin derhal izole edilmesi, fiziki toplantıların askıya alınması, işyerlerinde sosyal ve fiziksel mesafe önlemlerinin artırılması, uzaktan çalışmaya başlanması, okulların kapatılması ve bazı bölgelerde sokağa çıkma yasağı getirilmesidir.⁵

16 Mart 2020'de Avrupa Komisyonu tarafından birlik içinde zorunlu olmayan seyahatlerin geçici olarak (30 gün süreyle) kısıtlanması tavsiye edilmiştir. Komisyonun önerdiği bu kısıtlama, sağlık çalışanları ve uluslararası korumaya muhtaç kişiler için istisnalara izin vermektedir. Bu önlemler ile sadece AB içerisindeki değil, ayrıca AB dışına çıkmaya yönelik seyahatlerin de engellemesi amaçlanmaktadır.⁶ Komisyonun tavsiyeleri AB Konseyi tarafından kabul görmüştür, hatta 1 Temmuz 2020'ye kadar iki kez uzatılmıştır. Böylece Schengen bölgesindeki⁷ devletler iç sınırlarını yeniden kontrol altına almaya başlamıştır.⁸ Bu kapsamda birçok Üye Devlet COVID-19 ile mücadele edebilmek adına iç ve dış sınırlarını kısmen -hatta bazı üyeler tamamen- kapatmış, ayrıca ülke içindeki hareketleri de kısıtlamıştır.⁹

Bu noktada ifade etmek gerekir ki AB entegrasyonunun 60 yıllık tarihi boyunca bununla karşılaştırılabilir hiçbir örnek bulunmamaktadır. Zira bu eşi benzeri görülmemiş müdahalelerle yalnızca geçici sınır kontrolleri getirilmemiş; ayrıca AB içinde serbest dolaşım fikri fiilen durma noktasına gelmiştir. Öyle ki bu kapsamda sınır kontrolleri ile yetinilmemiş, ülkeler kendilerini dışarıya kapatmıştır. Hatta AB Komisyonu'nun kısıtlamaların kademeli olarak hafifletilmesi önerisi ilk etapta AB içinde kabul görse de üçüncü ülkeler bakımından uygulanmamıştır. Böylece AB üyesi olmayan devletlere yönelik seyahat yasağı yürürlükte kalmaya devam etmiştir.¹⁰

Bu durum aynı zamanda 1997'de *Schengen Antlaşması*'nin uygulanmasından bu yana sınırlar arasında serbest dolaşımdan yararlanan AB vatan-

⁵ Schengen bölgesindeki devletlerin aldığı tedbirler için bkz. Dumbrava, Lifting Coronavirus Restrictions, 1-2.

⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, Coronavirus Pandemic in The EU - Fundamental Rights Implications, (Publications Office of the European Union, 2020), 22.

⁷ Schengen bölgesi yirmi altı devletten oluşmaktadır. Bölge yirmi yedi üyenin yirmi iki tanesi AB üyesidir. Bunun dışında AB üyesi olmayan dört devlet de (İzlanda, Lihtenştayn, Norveç ve İsviçre) bu bölgeye dahildir. Bkz. Luisa Marin, "The COVID-19 Crisis and the Closure of External Borders: Another Stress-test for the Challenging Construction of Solidarity Within the EU?", *European Papers* 5, S.2 (2020): 1073.

⁸ Schengen bölgesindeki devletlerin aldığı tedbirler için bkz. Dumbrava, Dumbrava, Lifting Coronavirus Restrictions, 1-2.

⁹ European Union Agency for Fundamental Rights, Coronavirus Pandemic in The EU - Fundamental Rights Implications, 22.

¹⁰ Daniel Thym, The unexpected resurgence of the Schengen area, Erişim Tarihi: Temmuz 01, 2022, <https://eulawlive.com/op-ed-the-unexpected-resurgence-of-the-schengen-area-by-daniel-thym/#>,

daşlarının haklarını da etkilemiştir.¹¹ Zira pandemi Avrupa'ya sıçradığında devletler bugüne kadar karşılaşmadıkları ölçekte bir tehditle baş başa kalmıştır. Bu bakımdan kimi devletlerin mevzuatlarının salgınla mücadele etmek için yetersiz olduğu ortaya çıkmıştır. Otuz dokuz Avrupa devletini kapsayan bir çalışmada devletlerin %69'unun seyahat hürriyetini kısıtlayan tedbirler aldığı, sadece %18'inin sokağa çıkma yasağı getirdiği ve %15'inin seyahat hürriyetini kısıtlayan tedbirlere ilave farklı önlemler aldığı belirtilmektedir.¹² Bununla birlikte bazı devletler, anayasalarında COVID-19 ile mücadele etmek için olağanüstü hükümlere başvurabilmek mümkün olmasına karşın bu yolu tercih etmemiştir.¹³

B. Hukuki Çerçeve

1. İlgili Mevzuat

Seyahat hürriyetine ilişkin olarak *Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler* bünyesinde çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. Bu kapsamda, *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*'nin 13. maddesine göre herkes herhangi bir devletin sınırları dahilinde serbestçe dolaşım hakkına sahiptir. *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'nin 12. maddesi de seyahat hürriyetine yer vermektedir. Bu maddeye göre; bir Devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir kimsenin, o ülke sınırları içinde seyahat etme özgürlüğü bulunmaktadır. Öte yandan sözleşmeye göre bu hak; ulusal güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık gibi sebeplerle hukuken öngörölmüş sınırlamalara tabi tutulabilir. Dolayısıyla Birleşmiş Milletler bünyesinde yer alan sözleşmeler bağlamında seyahat hürriyeti sınırsız değildir.

Bu minvalde Avrupa çapında da birçok hukuki düzenleme mevcuttur. Nitekim *Avrupa Birliği Antlaşması* madde 3/2'de Birlik vatandaşları için kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı ve iç sınırların olmadığı bir özgürlük,

¹¹ Dorota Anna Gozdecka, "Human Rights During the Pandemic: COVID-19 and Securitisation of Health", *Nordic Journal of Human Rights* 39, S.3 (2021): 215.

¹² Ana Covic and Oliver Nikolic, *The Right to Freedom of Movement During the COVID-19 Pandemic*, Thematic Conference Proceedings of International, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, 9-10 November (2021), 425.

¹³ Bu kapsamda pandeminin ilk dalgasında anayasalarında hastalıkla mücadele kapsamında olağanüstü hâl tedbirine başvurma imkanı olan on yedi Üye Devletten yalnızca on tanesi bunu etkinleştirmeyi seçmiştir. (Bulgaristan, Çekya, Estonya, Finlandiya, Macaristan, Lüksemburg, Portekiz, Romanya, Slovakya, İspanya). Üye devletlerden yedi tanesi ise ise olağanüstü hâl ilan etmemiştir (Hırvatistan, Almanya, Litvanya, Malta, Hollanda, Polonya ve Slovenya). Öte yandan pandemi dalgalar halinde sürse de alınan tedbirler zamanla gevşetilmiş ve salgınla olağan dönem hukuki araçları ile mücadeleye başlanmıştır. Bu noktada ifade etmek gerekir ki salgın süresinde yürütme organı tarafından yasama yetkileri nadiren kullanılmıştır (Belçika, Yunanistan, İtalya, Romanya ve İspanya). Tüm bu gelişmeler dünyanın tehlikeli salgın hastalıklar karşısında sadece ekonomik ve politik olarak değil hukuken de hazırlıksız olduğunu göstermektedir. Detaylı bilgi için bkz. Maria Diaz Crego and Silvia Kotanidis, *States of Emergency in Response to the Coronavirus Crisis*, (European Parliamentary Research Service, December 2020), 1-2.

güvenlik ve adalet alanı sunulmaktadır. *Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma* madde 21'e göre ise her Birlik vatandaşı, Üye Devletlerin topraklarında serbest dolaşım hakkına sahiptir. Öte yandan *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*'nda da seyahat hürriyetine ilişkin hükümler yer almaktadır. Nitekim Şart'ın 45. maddesine göre; Birliğin her vatandaşının Üye Devletlerin topraklarında serbest dolaşım hakkı bulunmaktadır.

Bu hususa ilişkin olarak AB müktesebatı bağlamında ayrıca insanların ve malların serbest dolaşımına sahip bir iç pazarın kurulmasını hedefleyen *Schengen Antlaşması* da sayılabilir. Ancak -yukarıda izah ettiğimiz üzere- pandemi esnasında özellikle bu antlaşma hükümlerini kısıtlayan tedbirlere başvurulmuştur. Zira bu tedbirler *Schengen Sınırlar Tüzüğü*'nün istisnai durumlarda ulusal sınırların kapatılmasına imkân tanıyan 25 ve 26. maddelerine dayanılarak alınmıştır.¹⁴ Öte yandan Tüzüğün 28. maddesi uyarınca Üye Devletler -belirli koşullar altında- iç sınırlarındaki kontrollerini geçici olmak kaydıyla yeniden başlatabilmektedir. Dolayısıyla COVID-19 gibi tehlikeli bir salgın hastalık karşısında AB içindeki seyahatlerin kısıtlanması mümkündür. Yine *Serbest Dolaşım Direktifi*'nin (2004/38/EC) 27 ve 29. maddelerine göre -orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla- sağlık gerekçesiyle seyahat hürriyetini kısıtlayan önlemler getirilebilmektedir.¹⁵

Avrupa'da bu konuya ilişkin olarak Avrupa Konseyi bünyesindeki en önemli düzenleme ise *AİHS*'tir. Öyle ki Sözleşme -temel hak ve özgürlükleri bölgesel ölçekte koruyan diğer ulusalüstü düzenlemelere kıyasla- en etkin korumayı sağlayan hukuki mekanizmayı teşkil etmektedir. Bu kapsamda Sözleşme'de temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ile yetinilmeyip sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Hatta Sözleşme kapsamında olağanüstü durumlarda temel hak ve özgürlüklerin askıya alınması dahi mümkündür. Ancak çalışma kapsamında sadece olağan dönemlerde alınan tedbirler-inceleme için bu düzenleme ele alınmayacak, seyahat hürriyetinin olağan dönem hükümlerine göre sınırlandırılması hususunu incelemekle yetinilecektir.

Bu doğrultuda Sözleşme'de seyahat hürriyeti ile ilişkilendirilen iki önemli madde bulunmaktadır. Buna ilişkin ilk düzenleme olan madde 5'te herkesin özgürlük ve güvenlik hakkından bahsedilmekte, fakat bu hakkın madde kapsamında belirtilen meşru sebeplere dayanılarak ve yasayla sınırlandırabileceği ifade edilmektedir. Bu doğrultuda madde 5/1-e'de bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesi, bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının gerekçelerinden biri olarak sayılmaktadır. Bu husustaki ikinci düzenleme ise EP4'ün serbest dolaşım özgürlüğünü düzenleyen 2. maddesinin

¹⁴ Gozdecka, "Human Rights During the Pandemic: COVID-19 and Securitisation of Health", 215.

¹⁵ European Union Agency for Fundamental Rights, Coronavirus Pandemic in The EU - Fundamental Rights Implications, 22.

1. fıkrasıdır. Buna göre bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, serbest dolaşım hakkına sahiptir. EP4-2/3'te ise serbest dolaşım hakkının sınırları düzenlenmektedir.

Dolayısıyla AİHS'e göre seyahat hürriyetinin belli koşulların altında sınırlandırılması mümkündür. Nitekim maddeye göre seyahat hürriyeti ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, sağlık gibi sebeplerle yasayla öngörölmüş sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki Birleşik Krallık ve Türkiye gibi terörle mücadele konusunda geniş deneyime sahip iki devlet bu protokolün henüz tarafı değildir.¹⁶ Bu sebeple söz konusu iki devlet bağlamında seyahat hürriyetine ilişkin müdahaleler bireysel başvuruya konu edilememektedir. Ancak yine de konunun önemi nedeniyle bu hususa ilişkin AİHM kararlarına değinmekte yarar vardır.

2. AİHM Kararları Özelinde Seyahat Hürriyetinin Sınırlanabilirliği

Hem devletlerin kendi vatandaşları hem de üçüncü ülke vatandaşları dahil olmak üzere bireylerin bir ülkenin ulusal sınırları içinde özgürce hareket etme hakkı, yukarıda saydığımız düzenlemelerde de göröldüğü üzere, uluslararası insan hakları hukuku kapsamında güvence altına alınmıştır. Bu hak ancak ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ve kamu sağlığının korunması gibi istisnai durumlarda sınırlandırılabilir. Üstelik bu tür istisnai durumlarda bile, seyahat hürriyetine getirilen kısıtlamalar meşru bir amaca dayanmalı, yasal olmalı, demokratik bir toplum için gerekli ve orantılı olmalıdır.¹⁷

COVID-19 salgını dünya genelinde devletleri, virüsün yayılmasını yavaşlatmak ve bir halk sağlığı krizini önlemek için oldukça sert tedbirler almaya yöneltmiştir. Bu doğrultuda Avrupa'da acil durum önlemleri alınmış, bu tedbirler toplumsal yaşamın her yönüne sirayet etmiş ve bu gelişmeler AİHS'te düzenlenen temel hak ve özgürlükleri derinden etkilemiştir. Ancak altını çizmek gerekir ki, uluslararası ölçekte bazı haklar meşru sebeplerle sınırlandırılıyor hatta olağanüstü durumlarda askıya alınabiliyor olsa da, AİHS gibi insan hakları sözleşmeleri bu durumlarda bile belli ölçüde uygulanmaya devam etmektedir.¹⁸

¹⁶ Alan Greene, "Derogating from the European Convention On Human Rights in Response to the Coronavirus Pandemic: If Not Now, When?", 6-9, Erişim Tarihi: Temmuz 18, 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3593358.

¹⁷ Marco Stefan and Ngo Chun Luk, Limitations on Human Mobility in Response to COVID-19, (CEPS Papers in Liberty and Security in Europe, December 2021), 10; Abdulla Azizi, "Derogation of Human Rights and Freedoms in RNM During the State of Emergency Caused by COVID-19", SEEU Review, Volume 15 Issue 1: Challenges and Perspectives of Covid-19, 2020, 25.

¹⁸ Anja Radjenovic and Gianna Eckert, Upholding human rights in Europe during the pandemic, (EPRS | European Parliamentary Research Service, 2020), 1.

AİHS'in birçok hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlamanın yasal dayanaklarından biri olarak kamu sağlığının korunmasından bahsetmektedir. Bu nedenle AİHS bünyesinde yer alan hak ve özgürlüklerin büyük kısmı olağan dönemlerde sınırlandırılabilir niteliktedir.¹⁹ Bununla birlikte Sözleşme kapsamında temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi için bulaşıcı hastalık veya genel sağlık gibi meşru bir amaç öngörülmesi yeterli olmamakta, aynı zamanda alınan tedbirler için yasal bir dayanağa ihtiyaç bulunmaktadır. Diğer taraftan yapılan müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygun olması da beklenmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, AİHS kapsamında seyahat hürriyetine yönelik müdahalelerde iki madde öne çıkmaktadır: özgürlük ve güvenlik hakkı ile serbest dolaşım özgürlüğü. Bu iki madde karşılaştırıldığında 5. maddede kişinin klasik anlamdaki fiziksel özgürlüklerin korunduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu doğrultuda alınan tedbirler daha çok kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkindir. Oysa EP4-2 doğrudan serbest dolaşım özgürlüğüne dairdir ve bu çerçevedeki müdahaleler hürriyetlerin kısıtlanmasına yöneliktir.²⁰

Bu bakımdan AİHS özelinde gerçekleştirilecek bir incelemede evvela salgınla mücadele esnasında seyahat hürriyetine yönelik müdahalelerin hangi madde kapsamında ele alınacağı belirlenmelidir. Öncelikle söz konusu müdahalenin bir kısıtlama mı yoksa özgürlükten yoksun bırakma mı teşkil ettiği saptanmalıdır. Özgürlükten yoksun bırakma durumunda *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)*, öğretide *Enhorn kriterleri* olarak belirlenen iki ölçüt tespit etmiştir. Bu minvalde bir kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakılabilmek için bulaşıcı hastalığın kamu sağlığı veya güvenliği bakımından tehlikeye arz ettiği ortaya koyulmalı ve özgürlükten yoksun bırakılmaya son çare olarak başvurulmalıdır. Bu itibarla ayrıca enfekte kişi bakımından özgürlükten yoksun bırakılmadan daha az kısıtlayıcı olan tedbirlerin neden yetersiz kaldığı da izah edilmelidir.²¹

Diğer taraftan Mahkeme özgürlükten yoksun bırakmaya yönelik bir tedbir olan karantınayı değerlendirdiği tek davada, karantınanın koşullar izin verir vermez durdurulması gereken geçici bir önlem olduğu vurgulamıştır.²² Buna göre özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlerin demokratik toplumlarda gerekli olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Gereklik kavramı, müdahale ile izlenen meşru amacın birbiriyle orantılı olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu noktada Mahkeme, bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup

¹⁹ Radjenovic and Eckert, Upholding human rights in Europe during the pandemic, 4.

²⁰ Greene, "Derogating from the European Convention On Human Rights in Response to the Coronavirus Pandemic: If Not Now, When?", 6.

²¹ AİHM Kararı, *Enhorn v. İsveç*, Başvuru No: 56529/00, 25.01.2005, §44.

²² Antoine Buyse, "An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements", Erişim Tarihi: Temmuz 01, 2022, <https://www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>.

olmadığını belirlerken Sözleşmeciler Devletlere bir takdir marjı bırakıldığını da dikkate almaktadır. Bu bağlamda Mahkeme; ciddi, uzun süreli ve kalıcı kısıtlamaların -somut olaya göre değişebilmekle beraber- izlenen meşru amaç ile orantısız olarak kabul edilmesinin daha muhtemel olabileceğinin de altını çizmektedir.²³

Belirtmek gerekir ki AİHM'e göre özgürlüğün kısıtlanması ile özgürlükten yoksun bırakma arasında öz bakımından değil, yoğunluk bakımından bir ayırım bulunmaktadır.²⁴ Bu nedenle hak ve özgürlüklere yönelik kısıtlamalar belirli bir müdahale eşiğini geçerse, özgürlükten yoksun bırakma durumu ortaya çıkacaktır. Mahkeme, bu eşiğin aşılmayıp aşılmadığını değerlendirirken söz konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi bir dizi kriterin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.²⁵ Bu sebeple somut olayın koşullarına göre, olağan hayatın rutinlerinin sürdürülmesine belli ölçüde izin veren bir sokağa çıkma kısıtlaması özgürlükten yoksun bırakma olarak değerlendirilmeyebilir. Ancak aynı tedbir takriben kısa süreli olmakla beraber çok daha az güvence sağlaması durumunda bu kez özgürlükten yoksun bırakma olduğuna karar verilebilir.²⁶

Bu noktada AİHM'e göre kişi özgürlüğü ve seyahat hürriyeti arasında da nitelik veya öz değil, bir derece veya yoğunluk farkı bulunduğu belirtilmelidir.²⁷ Nitekim AİHS'in 5. maddesi kapsamında değerlendirilemeyen bir müdahalenin EP4-2 ile irtibatlandırılması mümkündür. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki AİHM içtihadında bir salgının yayılmasını durdurmak için seyahat hürriyetine yönelik kısıtlamaların Sözleşme'nin hangi maddesi kapsamında değerlendirileceği henüz belirlenmemiştir. Mahkeme'nin geçmiş içtihadında göre bu belirleme, söz konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi faktörler incelenerek gerçekleştirilecektir.²⁸

Hali hazırda uygulanmakta olan kısıtlamaların çoğu, ülkenin birçok bölgesini etkileyen veya insanların evlerinden çok kısa bir mesafeden daha fazla seyahat etmesini engelleyen niteliktedir. Bu bakımdan AİHM'in önceki kararları göz önüne alındığında müdahalelerin özgürlükten yoksun bırakma olarak kabul edilmemesi muhtemeldir. Zira ülkenin belirli yerlerine ve hatta ikamet yerlerine erişim üzerindeki kısıtlamalar, kaçınılmaz olarak AİHS 4 No'lu Protokol'ün 2. maddesi uyarınca hareket özgürlüğüne yönelik müdahalelerdir. Diğer taraftan bunlar, AİHM tarafından seyahat hürriyetine yönelik

²³ AİHM Kararı, *Kuimov v. Russia*, Başvuru No: 32147/04, 08.01.2009, §96.

²⁴ AİHM Kararı, *Guzzardi v Italy*, Başvuru No: 7367/76, 06.10.1980, §93; AİHM Kararı, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Başvuru No: 4158/05, 28.06.2010, §96.

²⁵ AİHM Kararı, *Engel and Others v. the Netherlands*, Başvuru No: 5101/71, 08.06.1976, §59.

²⁶ Greene, "Derogating from the European Convention On Human Rights in Response to the Coronavirus Pandemic: If Not Now, When?", 6-9.

²⁷ AİHM Kararı, *De Tommaso v. İtalya*, Başvuru No: 43395/09, 23.02.2017, §80.

²⁸ AİHM Kararı, *Stanev v. Bulgaria*, Başvuru No: 36760/06, 17.01.2012, §115.

müdahaleler olarak kabul edilse bile -yukarıda izah edildiği üzere- belirli koşullar altında ihlal kararı verilmeyebilir.

Nitekim EP4-2/3'e göre serbest dolaşım özgürlüğü "*...sağlık ... için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tabi tutulabilir*". Dolayısıyla genel sağlık, madde kapsamında hakkın sınırlandırılmasında meşru amaçlarından biri olarak sayılmıştır. Öyle ki AİHM'e göre serbest dolaşım özgürlüğünü kısıtlayan herhangi bir önlem, EP4-2/3 uyarınca atıfta bulunulan meşru amaçlardan birini izlemeli ve kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir denge kurmalıdır.²⁹ Bu bağlamda COVID-19 kapsamında uygulanan kısıtlamaların meşru bir amaç güttüğünden şüphe yoktur. Bunun dışında tedbirin bir yasa hükmüne dayanıp dayanmadığına bakılacaktır. Söz konusu tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin test ise iki adımdan oluşmaktadır. İlk aşamada, alınan tedbirin meşru bir amaca yönelip yönelmediği ve ikinci aşamada ise korunan haklara yönelen müdahalenin, bunu gerçekleştirmek için gerekenden daha fazla olup olmadığı tespit edilmelidir.³⁰ Bu bakımdan seyahat hürriyetine yönelik bir müdahalenin meşru amaç güttüğü ve yasaya uygun olarak gerçekleştirildiği tespit edilirse, bu kez kapsamı ve süreleri bakımından orantılı olup olmadıklarına bakılacaktır. Dolayısıyla müdahalelerin orantılı olduğuna karar verilirse seyahat hürriyeti kısıtlanmasına rağmen AİHM'den bir ihlal kararı çıkmayacaktır.

II. SEYAHAT HÜRRİYETİNİN ULUSAL ÇAPTA SINIRLANABİLİRLİĞİ

A. Genel Olarak

Türkiye'de ilk COVID-19 vakası 11 Mart 2020 tarihinde tespit edilmiştir. Bu tarihten itibaren de -başta seyahat hürriyeti olmak üzere- birçok temel hak ve özgürlük sınırlandırılmıştır. Bu doğrultuda 65 yaş üstü ve 20 yaş altı kişiler ile kronik rahatsızlığı bulunanlar gibi belirli grupların sokağa çıkmasının kısıtlanması, bu kısıtlamanın günün farklı saatleri ve hafta sonları için toplumun tamamına yayılması ve şehirler arası ulaşımın engellenmesi gibi farklı tedbirler alınmıştır. Öte yandan bu gibi tedbirlerin büyük çoğunluğu İçişleri Bakanlığı genelgeleri ile hayata geçirilmiştir. Buna dayanak olarak da İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesi ve Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 27. ve 72. maddeleri işaret edilmiştir. Ancak bu noktada ifade etmek gerekir ki -kanuni dayanağı bu şekilde belirtiliyor olsa da- söz konusu kısıtlamaların 1982 Anayasası'na uygunluğu tartışmalıdır.³¹

Nitekim 1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak olağan ve olağanüstü olmak üzere iki farklı rejim öngörmektedir.

²⁹ AİHM Kararı, De Tommaso v. İtalya, Başvuru No: 43395/09, 23.02.2017, §104.

³⁰ AİHM Kararı, Bartik v. Rusya, Başvuru No: 55565/00, 21.12.2006, §38 ve 46

³¹ Volkan Aslan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", İstanbul Hukuk Mecmuası 78, S.2 (2020): 812.

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için olağan dönemlerde Anayasa'nın 13. maddesi, olağanüstü hallerde ise 15. maddesi esas alınmaktadır. Ancak, her ne kadar Anayasa'nın 119. maddesinde tehlikeli salgın hastalıklar nedeniyle OHAL ilan edilebileceği ifade ediliyor olsa da COVID-19 sürecinde bu yol tercih edilmemiştir. Bu bakımdan çalışma kapsamında COVID-19 salgını bağlamında seyahat hürriyetine yönelik alınan tedbirler sadece Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında değerlendirilecektir.

Anayasa'nın *Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması* başlıklı 13. maddesi şu şekildedir: *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* Madde kapsamında yedi farklı koşul öngörülmüyor olsa da alınan tedbirlerin hukuka uygun olup olmadığı -aşağıda detaylı olarak izah edeceğimiz üzere- sebebe bağlılık ve kanunilik ilkeleri üzerinden somutlaşmaktadır. Öte yandan bu koşullar gerçekleşmediğinde alınan tedbirler zaten doğrudan Anayasa'ya aykırı hale gelmektedir. Bu bakımdan diğer koşulların irdelenmesi bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bu çerçevede çalışmada COVID-19 nedeniyle seyahat hürriyetine yönelik gerçekleştirilen müdahalelerde sadece bu iki koşula riayet edilip edilmediği tartışılacaktır.

B. Seyahat Hürriyetine Yönelik Müdahalelerin Sebebe Bağlılık Ölçütüne Uygunluğu

1. Kişi Hürriyeti Seyahat Hürriyeti İlişkisi ve Seyahat Hürriyetini Kişi Hürriyetinden Hareketle Sınırlamak

Anayasamızda hastalık ile temel hak ve özgürlükler arasında irtibat kuran iki madde bulunmaktadır. Bu maddeler kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19. madde ile olağanüstü hâl yönetimi başlığı altında bulunan 119. maddedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, ülkemizde salgın nedeniyle OHAL edilmediği için madde 119 çalışmamız kapsamında incelenmeyecektir. Bunun dışında AİHS'e paralel şekilde Anayasamızda da seyahat hürriyeti ile irtibatlandırılabilir iki farklı madde bulunmaktadır. Bunlar yine kişi hürriyetinin düzenlendiği 19. madde ile seyahat hürriyetinin yer aldığı 23. maddedir. Dolayısıyla tıpkı AİHS'te olduğu gibi burada da evvela müdahalenin hangi madde kapsamında ele alınacağı belirlenmelidir.

Kişi hürriyetini düzenleyen 19. maddeye göre *"hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz"*. Dolayısıyla bu madde sadece hastalık yayabilecek kişilerin tedavi, eğitim ve ıslahına yöneliktir. Bununla birlikte geniş yorumlama

ve çoğun içinde az da vardır ilkesi doğrultusunda sokağa çıkma kısıtlamalarının bu madde çerçevesinde değerlendirilebileceği düşünülebilir.³²

Ancak unutulmamalıdır ki özgürlük esas sınırlama ise istisnaidir. Haliyle Anayasa'nın 19. maddesi yalnızca hastalık yayabilecek kişiler açısından uygulama alanı bulabilir. Bu noktada tehlikeli bir salgın hastalık nedeniyle ülkedeki herkesin potansiyel bir taşıyıcı olabileceğine yönelik bir itiraz ile karşılaşılması mümkündür. Lakin maddede sadece tedavi, eğitim veya ıslahtan bahsedilmektedir. Bu sebeple söz konusu madde bu üç konu dışında uygulanamaz. Öyleyse bu madde uyarınca ülke çapında bir sokağa çıkma kısıtlaması uygulanması mümkün değildir.³³

Elbette hürriyet ve güvenlik hakkına yönelik müdahaleler kişinin hareket serbestisinden yoksun kalmasına yol açmaktadır. Ancak Anayasamızın 23. maddesinde seyahat hürriyetine ilişkin ayrı bir düzenleme yer almaktadır. Alınan bir tedbirin hangi madde kapsamında değerlendirileceği ise somut olayın koşullarına bağlıdır. Öyle ki yukarıda da ifade edildiği üzere AİHM'e göre de seyahat ve kişi hürriyeti arasında nitelik değil, yoğunluk farkı bulunmaktadır.³⁴

Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin tedbirler çok katı değilse seyahat hürriyeti kapsamında ele alınmalıdır. Nitekim kişinin olağan gündelik yaşamını büyük ölçüde sürdürebildiği durumlarda müdahalenin seyahat hürriyetine yönelik olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda şehirler arası yolculukların kısmen sınırlandırılması, sokağa çıkma kısıtlamalarının toplumun belli kesimine yönelik olması ya da ülke çapındaki uygulamalarda günün belirli saatlerinin esas alınması seyahat hürriyetine yönelik müdahaleler olarak değerlendirilmelidir.³⁵ Bu bakımdan COVID-19 kapsamında gerçekleştirilen sokağa çıkma kısıtlamalarını seyahat hürriyeti yani Anayasa'nın 23. maddesi bağlamında ele almak gerekmektedir.

2. Sebebe Bağlılık Ölçütü ve Seyahat Hürriyeti

a. 1982 Anayasası Bağlamında Sebebe Bağlılık Ölçütü

2001 tarihli değişikliklerle 1982 Anayasası'ndaki genel sınırlama sebepleri kaldırılarak temel hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilirliği düzenlenmiştir. Bu değişiklikte birlikte öğretide madde lafzında sınırlama sebebine

³² Tolga Şirin, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", Anayasa Hukuku Dergisi 9, S.17 (2020):68.

³³ Seyit Rasim Doru, "COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi", İstanbul Hukuk Mecmuası 78. S.2 (2020):783; Aslan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", 816.

³⁴ AİHM Kararı, Nada v. İsviçre, Başvuru No: 10593/08, 12.09.2012, §225.

³⁵ Şirin, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", 102-103.

yer verilmeyen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışmada -bizim de katıldığımız- görüşe göre, Anayasa'da yer alan bir hak ve özgürlüğü sınırlandırmak için mutlaka madde lafzında belirtilen sebeplere dayanmak gerekmektedir. Nitekim Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin yalnızca *Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak* sınırlandırılabilceği açıkça belirtilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklerin -kanunla dahi olsa- Anayasa'da düzenlendikleri maddede belirtilmemiş bir sebeple sınırlandırılması 1982 Anayasası'nın 13. maddesine aykırı olacaktır.³⁶

Bu konuda diğer görüşe göre ise temel hak ve özgürlükler, Anayasa'da düzenlendikleri maddelerde bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olsa bile sınırlandırılabilir. Bu doğrultuda karşıt görüş Anayasa'daki ilgili maddede bir sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve özgürlüklerin nesnel sınırları olduğunu savunmaktadır. Bu minvalde hak ve özgürlükler arasında çatışma olduğunda sınırlama sebebi öngörülmemiş hak ve özgürlüklerin de sınırlandırılabilmesi mümkün gözükmektedir. Buna göre *temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması* ile *temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı* farklı meselelerdir. *Sınırlılık* bizzat söz konusu temel hak ve özgürlüğün kendi doğasında mevcuttur. Bu temel hak ve özgürlüklerin kendi yapısından kaynaklanan sınırları olduğu anlamına gelmektedir. Bu sebeple *sınırlılık*, hak ve özgürlüklerin dışarıdan müdahale edilerek daraltılması değildir. Dolayısıyla *sınırlılık* nedeniyle Anayasada yer alan sınırlama nedenlerine dayanmak gerekmez. Öğretide bu hususa ilişkin olarak çeşitli teoriler (*objektif, içkin ve nesnel sınırlılık*) bulunmaktadır.³⁷

b. Seyahat Hürriyeti ve Sınırlandırma Sebepleri

1924 ve 1961 Anayasalarının aksine 1982 Anayasası'nda seyahat hürriyetinin genel sağlık ya da tehlikeli salgın hastalık nedeniyle sınırlandırılabilceğine dair bir ibare bulunmamaktadır. Öyle ki 1918 ile 1920 yılları arasında dünyayı kasıp kavuran İspanyol gribi salgınının hemen ardından düzenlenen 1924 Anayasası'nın 78. maddesinde yolculukların seferberlik ve sıkıyönetim halleri veyahut salgın hastalıklar haricinde kayıt altında alınamayacağı ifade edilmiştir. 1961 Anayasası'nın "*Seyahat ve yerleşme hürriyeti*" başlıklı 18. maddesinde ise seyahat hürriyetinin yalnızca millî güvenliği sağlama ve salgın hastalıkları önleme amaçlarıyla ve kanunla sınırlandırılabilceği belirtilmiştir. 1982 Anayasası'nın *Yerleşme ve seyahat hürriyeti* başlığı altında yer alan 23. maddede ise seyahat hürriyetinin sadece suç soruşturma ve kovuşturması ve suç işlenmesini önlemek maksadıyla sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir.

³⁶ Kemal Gözler, Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun Mu? (2), Erişim Tarihi: Temmuz 08, 2022, <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm>.

³⁷ Detaylı bilgi için bkz. Arda Atakan, "Friedrich Müller'in "Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı" Teorisi Üzerine Bir İnceleme", MÜHF - HAD 16, S.3-4 (2010):7-8.

Dolayısıyla 1982 Anayasası'nda -önceki Anayasaların hatta yukarıda değinmiş olduğumuz AİHS'in aksine- seyahat hürriyetinin genel sağlık sebebiyle sınırlandırabileceği öngörülmemiştir. Öyle ki 1982 tarihli Anayasa'da sağlığa yahut hastalığa ilişkin herhangi bir ibare bulunmamaktadır.

Haliyle -konu tartışmalı da olsa- kanaatimizce Anayasanın 13. maddesi göz önüne alındığında 23. madde uyarınca seyahat hürriyetini sınırlamak mümkün değildir. Zira söz konusu maddenin bu hürriyete yönelik kısıtlamaların sadece suçun soruşturulması, kovuşturulması ve işlenmesinin önlenmesinin engellenmesi amacıyla uygulanabileceği açıktır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Türk Ceza Kanunu'nun "*Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma*" başlıklı 195. maddesinde "*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" denilmektedir. Ayrıca Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda benzer şekilde adli ve idari cezalar öngörülmektedir. Bu sebeple -salgına karşı alınacak tedbirlere riayet edilmemesi esas alındığında- seyahat hürriyetinin sınırlandırılması ile suç işlenmesinin önlenmesi arasında bir irtibat kurulabileceği iddia edilebilir. Ancak böyle bir yorum bile hastalığa henüz yakalanmamış kişilere yönelik tedbirler bağlamında yeterli bir gerekçe sağlamamaktadır. Zira ceza normları kıyasen ya da yorum yoluyla genişletilemez. Madde metni sadece karantina tedbirine uymayan kişilere yöneliktir. Dolayısıyla sokağa çıkma kısıtlamaları gibi önleyici nitelikli tedbirler bakımından uygulama alanı bulamaz.³⁸

Seyahat hürriyetinin genel sağlık ya da tehlikeli salgın hastalık gibi nedenlerle sınırlandırabileceğini savunan karşıt görüşe göre ise seyahat hürriyetinin kendi niteliğinden kaynaklanan doğal sınırları bulunmaktadır. Öte yandan 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde yer alan "*Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler*" ibaresi doğrudan temel hak ve hürriyetin düzenlendiği maddeye değil, Anayasa'daki ilgili maddelerin tamamına gönderme yapmaktadır. Dolayısıyla ilgili maddelerin ne olduğuna somut olay bazında karar verilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin ağırlıklı görüşü de bu yöndedir. Mahkeme gerçekleştirdiği incelemelerde ilk olarak temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddedeki sınırlama sebeplerini ele almakta, ardından bu maddede herhangi bir sınırlama nedeni bulunmasa bile hakların doğasından kaynaklanan sınırları olduğunu belirterek Anayasa'nın diğer ilgili maddelerine eğilerek araştırmasını tamamlamaktadır. Bu kapsamda Mahkeme Anayasa'nın bütününe yönelik bir değerlendirmede bulunmakta, bu minvalde temel hak ve hürriyetlere ilişkin maddeler dışında Cumhuriyetin nitelikleri

³⁸ Çiğdem Sever, "Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Hukuku Dergisi* 9, S.17 (2020):201; Şirin, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", 66-67.

veya devlete yüklenen ödevleri de temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırma sebebi olarak kabul etmektedir.³⁹

Nitekim Mahkeme'ye göre *"temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekir"*.⁴⁰ Bu doğrultuda seyahat hürriyetini sınırlamak için Anayasa'nın 23. maddesinde belirtilen özel sınırlama sebepleri dışında; devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddeye, yaşam hakkını koruma sebebi ile 17. maddeye, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ilişkin olarak 56. maddeye dayanmak da mümkündür.⁴¹

Ancak -yukarıda da izah ettiğimiz üzere- demokratik toplumlarda hak ve özgürlüklerin korunması esas, sınırlandırılması istisnadır. Bu bakımdan 13. madde lafzını geniş yorumlayarak temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleler Anayasa'daki koruma sistemini işlemez hale getirebilir. Üstelik bu yaklaşım, 2001 yılı değişiklikleri ile genel sınırlama sebeplerini kaldırarak hak ve özgürlüklere dair korumayı güçlendirmeyi hedefleyen sisteme de aykırıdır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, olağan dönemlerde hak ve özgürlüklerin Anayasa'da öngörülmeyle sebeplerle sınırlandırılması keyfi uygulamalara da yol açabilir. Öte yandan Anayasa'da olağan dönemlerde geçerli olan koruma rejimine aykırı önlemler alabilmeye imkân veren farklı bir hukuki rejime geçmek de mümkündür.

Zira Anayasamızın 15. Maddesi şu şekildedir: *"milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir."* Dolayısıyla madde hükmüne göre hak ve özgürlükleri, OHAL ilan ederek Anayasa'da öngörülen güvencelere, yani sebebe bağlılık ilkesine aykırı olarak sınırlamak zaten mümkündür.

Öte yandan Anayasa'nın 119/6. maddesine göre: *"Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir."* Bu OHAL ilan edilmesi durumunda ayrıca olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de seyahat hürriyetine yönelik tedbirler alınabilir. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere COVID-19 ile mücadelede OHAL ilan edilmediği

³⁹ Aslan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", 817-818.

⁴⁰ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/6209, 29/6/2016, §72.

⁴¹ Aslan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", 819.

için çalışma kapsamında olağanüstü hal ilanına dair değerlendirmede mevzuat hükümlerine değinilmekle yetinilecek ve bu konuda ayrıntılı bir inceleme gerçekleştirilmeyecektir.

C. Seyahat Hürriyetine Yönelik Müdahalelerin Kanunilik İlkesine Uygunluğu

1. İl İdaresi Kanunu

Her ne kadar kanaatimiz seyahat hürriyetine yönelik müdahalelerin 23. maddede belirtilen sebeplerden herhangi birine dayanmaması nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğuna yönelik olsa da -yukarıda detaylı olarak izah edildiği üzere- alınan tedbirlerin sebebe bağlılık ilkesine uygunluğu oldukça tartışmalıdır. Ancak bir an için alınan tedbirlerin sebebe bağlılık ilkesine uygunluğu kabul edilse bile konu bir de kanunilik açısından ele alınmalıdır. Bu bakımdan çalışma kapsamında seyahat hürriyetine ilişkin kısıtlamaların bir de kanunilik ilkesi çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasamızın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlükler yalnızca kanunla sınırlanabilir. Bu noktada tekrar hatırlatmak gerekir ki COVID-19 kapsamında alınan tedbirler büyük oranda İçişleri Bakanlığı genelgesi ile hayata geçirilmiş ve yasal dayanak olarak da İl İdaresi Kanunu ile Umumi Hıfzısıhha Kanunu gösterilmiştir.

İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin C fıkrası valilere oldukça geniş yetkiler tanımaktadır. Nitekim fıkranın ilk bendine göre "İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi" valinin ödev ve görevleri olarak sayılmaktadır. Görüldüğü üzere madde metninde kamu sağlığının korunmasına yönelik herhangi bir ibare bulunmamaktadır. COVID-19 sebebiyle uygulanan sokağa çıkma kısıtlamalarının dayanağı ise fıkranın ikinci bendinde yer almaktadır. Buna göre "Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlayabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir."

Evvela belirtmek gerekir ki her ne kadar fıkranın ikinci bendinde de kamu sağlığı ibaresi yer almasa da klasik anlayışa göre kamu düzeninin kendi içinde üç farklı unsuru bulunmaktadır: kamu güvenliği, kamu esenliği ve kamu sağlığı.⁴² Diğer taraftan İl İdaresi Kanunu madde 11/C-2'ye göre maddede yer alan hükümler, kamu düzeni yahut güvenliğini bozan veya bozma şüphesi bulunan kişiler için uygulanabilir. COVID-19 süreci düşünüldüğünde

⁴² Ersin Bayra, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Derecelendirmesi -1: Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni ile İlgili Kavramlar", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, S.2 (2020):51.

kamu düzeni veya güvenliğinin kesintiye uğrayacak bir şekilde bozulacağı şüphesinin mevcut olduğu iddia edilebilir. Ancak hem bu varsayımın hem de kamu düzeni ifadesinin genel sağlığı da kapsadığının kabulünde dahi İl İdaresi Kanunu kapsamında alınabilecek önlemler -aşağıda detaylı olarak izah edileceği üzere- sadece kişilerin belli yerlere giriş çıkışına yönelik olabilmektedir. Dolayısıyla söz konusu kanuna dayanılarak ülke genelinde sokağa çıkma kısıtlaması uygulanması bu varsayımlar kapsamında bile mümkün değildir.⁴³

Öyle ki madde metnine göre vali tarafından alınabilecek tedbirler ancak *belli yerlerde veya saatlerde* uygulama alanı bulabilmektedir. Bu nedenle valiler madde 11/C'ye dayanarak il çapında sokağa çıkma yasağı ilan edemez.⁴⁴ Öte yandan bu noktada ifade etmek gerekir ki İl İdaresi Kanunu madde 11/C uyarınca sokağa çıkma kısıtlaması kararı alınabileceği varsayılsa bile bu konudaki yetkinin valilerce kullanılması gerektiği açıktır. Oysa uygulamada birçok ilde sokağa çıkma kısıtlamalarına yönelik kararlar doğrudan Umumi Hıfzıssıhha Meclisleri tarafından alınmıştır. Dolayısıyla böyle bir varsayımda dahi yetki tecavüzü söz konusudur.⁴⁵

Ayrıca belirtmek gerekir ki İl İdaresi Kanunu madde 11/C'nin lafzında kişilerin dolaşmalarından, toplanmalarından ve araçların seyirlerinden bahsedilmektedir. Bu bakımdan burada sadece bu üç eyleme yönelik kısıtlama getirilebilmektedir. Öyleyse bu düzenlemenin genel sokağa çıkma kısıtlamalarına dayanak olması mümkün gözükmemektedir.⁴⁶ Sokağa çıkma yasağının yer aldığı tek hukuki düzenleme ise Olağanüstü Hal Kanunu'nda⁴⁷ bulunmaktadır. Öyle ki Kanununun 11. maddesinin çalışmamız bağlamındaki hükmü şu şekildedir: *"...aşağıdaki tedbirler de alınabilir: a) Sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak, b) Belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını*

⁴³ Doru, "COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi", s.778.

⁴⁴ Mine Kasapoğlu Turhan, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", İnÜHFD 11, S.2 (2020): 555; Sever, "Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme", 223-225; Aslan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", 824-825;

⁴⁵ Çağrı Çeliköz, Seyahat Hürriyetine İlişkin COVID-19 Tedbirlerinin İdare Hukuku Bağlamında İncelenmesi, (Seminer Ödevi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2021), 49.

⁴⁶ Turhan, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", 555; Sever, "Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme", 223-225; Aslan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", 824-825;

⁴⁷ Bu noktada ifade etmek gerekir ki, Olağanüstü Hal Kanunu'nun ikinci kısmının birinci bölümü "Tabii Afet ve Tehlikeli Salgın Hastalıklarda Yükümlülükler ve Alınacak Tedbirler" başlığını taşımaktadır ve bu başlıktan altında sokağa çıkma yasağına dair herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Oysa kanunun ikinci kısmının üçüncü bölümünde, yani "Şiddet Hareketlerinde Alınacak Tedbirler" başlığı altında bu tedbir düzenlenmiştir. Dolayısıyla salgın kapsamında OHAL ilan edilse bile Olağanüstü Hal Kanunu'na dayanarak seyahat hürriyetini kısıtlamak mümkün değildir. Tabi ki yukarıda izah ettiğimiz üzere OHAL ilanı ile birlikte Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile bu yönde bir tedbir alınabilir.

ve toplanmalarını, araçların seyirlerini yasaklamak...".⁴⁸ Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere COVID-19 kapsamında ülkemizde OHAL ilan edilmediği için bu kanun devreye girmemiştir.

Görüldüğü üzere Olağanüstü Hal Kanunu'nda, İl İdaresi Kanunu madde 11/C'de sayılan tedbirler, yani kişilerin dolaşmalarına ve toplanmalarına yönelik müdahaleler ile sokağa çıkma sınırlaması veya yasağı aynı maddenin farklı fıkralarında düzenlenmiştir. Kişilerin belli yerlerde ve saatlerde dolaşma veya toplanmalarını kısıtlamanın, genel bir sokağa çıkma kısıtlamasını içerecek şekilde yorumlanması mümkün olsaydı, Olağanüstü Hal Kanunu'nda bu iki tedbir aynı madde içinde ayrı tedbirler olarak düzenlenmesi ihtiyacı hasıl olmazdı. Dolayısıyla sokağa çıkma kısıtlamalarının 11/C'de sayılanlardan farklı bir tedbir olduğu açıktır. Daha önce defaatle tekrar ettiğimiz üzere hürriyetler asıl, sınırlamalar istisnadır. Bu bakımdan temel hak ve özgürlükleri sınırlayan yetkilerin yasada açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Sarih olarak belirtilmeyen tedbirlerin kıyasen uygulanması mümkün değildir.⁴⁹

Son olarak belirtmek gerekir ki 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 91/4-e'de İl İdaresi Kanunu'na dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etmek göz altına alınma sebebi olarak sayılmaktadır. Oysa, yukarıda izah edildiği üzere İl İdaresi Kanunu'nda sokağa çıkma yasağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki bu hüküm de sokağa çıkma kısıtlamalarının hukuki dayanağını teşkil edemez.⁵⁰

2. Umumi Hıfzısıhha Kanunu

COVID-19 kapsamında gerçekleştirilen sokağa çıkma kısıtlamalarının bir diğer dayanağı da Umumi Hıfzısıhha Kanunu'dur. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde Kanun'un 27. ve 72. maddelerine dayanılmaktadır. Nitekim Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 27. maddesinde illerde bulunan Umumi Hıfzısıhha Kurulları'nın şehir, kasaba ve köylerdeki sağlık durumunun iyileşmesine yönelik tedbirleri alma yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir. COVID-19 salgını esnasında da sokağa çıkma kısıtlamasına ilişkin tedbirler büyük ölçüde bu kurullar tarafından alınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki Kanun'un 64. maddesinde salgın hastalıklar karşısında Sağlık Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Oysa salgın esnasında sokağa çıkma kısıtlamaları İçişleri Bakanlığı'nın çıkardığı

⁴⁸ Görüldüğü üzere sokağa çıkma sınırlamaları tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında sayılmamıştır. Dolayısıyla COVID-19 nedeniyle olağanüstü hal ilan edilse bile yürütme organının genel bir sokağa çıkma kısıtlaması getirme yetkisi bulunmamaktadır. Aynı yönde bkz. Aslan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", 829; Doru, "COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi", s.782.

⁴⁹ Aslan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", 828-829; Turhan, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", 555-556.

⁵⁰ Turhan, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", 557.

genelgelere dayanılarak İl Umumi Hıfzıssıhha Kurullarınca ilan edilmiştir. Halbuki Kanun'da İçişleri Bakanlığı'na böyle bir yetki tanınmamıştır.⁵¹ Dolayısıyla sokağa çıkma kısıtlamalarının Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na dayanılarak uygulanabileceği varsayımında bile bir yetki tecavüzü söz konusudur.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 72. maddesi sokağa çıkma kısıtlamalarının hukuki dayanağı olarak gösterilen bir diğer hükümdür. Madde metninde, Kanun'un 57. maddesinde sayılan hastalıklara yakalanan yahut yakalandığından şüphe duyulan kişilere karşı alınacak tedbirler düzenlenmektedir. Öte yandan maddede önlem alınacak hastalıklar tahdidi olarak sayılmaktadır. Tabi ki 1930 tarihli Kanun'da COVID-19 bir hastalık olarak yer almamaktadır, alması da mümkün değildir. Ancak Kanun'un 64. maddesinde, kanun kapsamındaki tedbirlerin 57. maddede sayılmayan hastalıklar bakımından da uygulanabileceği belirtilmektedir. Lakin bu ihtimal dahilinde de ülke genelinde sokağa çıkma kısıtlaması uygulanması mümkün gözükmemektedir.⁵²

Nitekim COVID-19 kapsamında alınan tedbirlere dayanak olarak gösterilen 27. ve 72. maddelerde sadece *tecrit*, *set* ve *tahliyeden* söz edilmektedir. Kanun'da zikredilen bu yetkilerin günümüzde kısmi veya süreli olarak uygulanan sokağa çıkma kısıtlamaları ile ilgisi bulunmamaktadır. Ülke çapında uygulanabilecek sokağa çıkma kısıtlamasına ilişkin bir ibare ise Kanun metninde yer almamaktadır. Kanun'da sokağa çıkma kısıtlamasına en yakın tedbir *cebri tecrittir*. Ancak bu tedbir de yalnızca hasta kişiler bakımından uygulama alanı bulabilmektedir. Tedbirlerden bir diğeri olan *set*, sadece bir yerin karantina altına alınmasına ilişkindir ve sadece belirli bölgelere giriş ve çıkışların yasaklanmasına imkân vermektedir. *Tahliye* ise seyahat hürriyetinden çok yerleşme hürriyetine yönelik bir müdahaleyi teşkil etmektedir. Dolayısıyla Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda sokağa çıkma kısıtlamasına yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa kanunilik ilkesi gereği temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar açıkça düzenlenmelidir. Bu bakımdan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun ilgili hükümleri kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamamaktadır.⁵³

III. SONUÇ YERİNE: MEVZUATTA GÖRÜLEN EKSİKLİKLER VE ÖNERİLER

Seyahat hürriyeti hem ulusal hem de uluslararası ölçekte koruma altına alınan bir özgürlük çeşidi olsa da Çin'de patlak veren salgın bu düzenlemelelerin yetersizliğini ortaya çıkarmıştır. Öyle ki uluslararası ölçekte seyahat hürriyeti *Avrupa Konseyi*, *Avrupa Birliği* ve *Birleşmiş Milletler* gibi çeşitli uluslararası ve bölgesel örgütler bünyesi altına koruma altına alınmıştır. Bunlar

⁵¹ Turhan, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", 553-557.

⁵² Aslan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", 826-828; Turhan, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", 557.

⁵³ Sever, "Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme", 207-208.

içinde en etkin koruma mekanizması elbette *Avrupa Konseyi* üyelerinin taraf olduğu *AİHS* tarafından sağlanmaktadır.

AİHS ile seyahat hürriyetine ilişkin olarak kişi özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi hürriyetler koruma altına alınmıştır. Ancak her iki hürriyet tipi de Sözleşme bağlamında sınırsız olarak düzenlenmemiştir. Zira ikisini de bulaşıcı hastalık/salgın/genel sağlık gibi sebeplerle sınırlandırmak mümkündür. Muhakkak bu yönde bir sınırlama için belli şartlara riayet edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle söz konusu müdahalenin Sözleşme'nin hangi maddesi kapsamında ele alınacağı belirlenmelidir. Bununla birlikte daha önce bu ölçekte bir tehdit ile karşılaşmadığı için AİHM'in bu konuda oturmuş bir içtihadı henüz bulunmamaktadır. Ancak mevcut içtihatlar esas alındığında COVID-19 bağlamında gerçekleştirilen müdahalelerin EP4-2 uyarınca değerlendirilmesi muhtemeldir. Buna göre söz konusu müdahalelerin AİHS uyarınca hukuka uygun olması için başta EP4-2/3'te sayılan ölçütler gözetilmelidir.

Bunun dışında Avrupa'daki birçok devlette OHAL ilan edildiği için bu kapsamda gerçekleştirilen müdahaleler Sözleşmenin 15. maddesi uyarınca ayrı bir teste tabi tutulacaktır. Öte yandan Avrupa Konseyi'ne üye devletin bir kısmı aynı zamanda Avrupa Birliği üyesidir. AB üyesi devletler ayrıca Birlik içindeki koruma mekanizmalarına da uymak zorundadır. Bu tür farklı durumlar nedeniyle Avrupalı devletlerde salgın karşısında yeknesak bir uygulama bulunmamış, bu durum COVID-19 salgınının hızla yayılmasına neden olmuştur.

Tüm bu gelişmelerin yanında Avrupa'nın geçmişindeki veba ve cüzzam salgınları düşünüldüğünde, salgın hastalıklar konusunda Avrupalı devletleri aynı doğrultuda hareket etmeye zorlayacak hukuki bir mekanizmaya ihtiyaç duyulduğu açıktır. Keza salgınlar tarihi göz önünde bulundurulduğunda COVID-19 dünyadaki ne ilk salgındır ne de son olacaktır. Bu minvalde yeni bir salgınla karşılaşmadan evvel bu eksiklik ivedi olarak giderilmelidir.

Ulusal çapta yapılacak değerlendirmede ise -uluslararası ölçekteki düzenlemelerin aksine- Türk mevzuatının salgın hastalıklar karşısında oldukça yetersiz olduğu görülmektedir. Nitekim çalışma özelinde ele aldığımız seyahat hürriyeti kapsamında -AİHS'in aksine- Anayasa'nın 23. maddesinde sağlığa ilişkin bir sınırlama nedeni bulunmamaktadır. Kanaatimizce Anayasa'nın 13. maddesi esas alındığında -konu tartışmalı da olsa- olağan dönemlerde seyahat hürriyetinin salgın hastalık nedeniyle sınırlandırılması mümkün değildir. Bu bakımdan başta Anayasamızın 23. maddesi, 2001 sonrası değişen sistematik içinde yetersiz kalmaktadır.

Bu itibarla salgınlar karşısında seyahat hürriyetine yönelik tedbirlerin Anayasa'ya uygun hale getirilmesi için Anayasa'nın 23/3 maddesinde bir değişiklik gerçekleştirilerek madde metnine salgın hastalık, tehlikeli salgın, bulaşıcı hastalık, genel sağlık ya da kamu sağlığı gibi bir ibare eklenmelidir. Öyle ki salgın dönemlerinde seyahat hürriyetine yönelik tedbirlerin çerçevesinin yasal düzeyde oluşturulabilmesi için evvela Anayasa'nın bu maddesinde bir değişiklik yapılmalıdır. Böylece salgın dönemlerinde sokağa çıkma yasağı gibi tedbirlerin hukuki zemini normatif olarak daha belirgin hale gelecektir.

Bunun dışında -Anayasa'da gerçekleştirilecek bu değişikliğe paralel olarak- Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve İl İdaresi Kanunu'nda da yeni düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu doğrultuda başta seyahat hürriyeti olmak üzere hak ve özgürlüklere yönelik -çağın gereği olan- yeni tedbirlerin çerçevesi çizilebilecektir. Bu bağlamda kanun metnine evvela sokağa çıkma kısıtlaması getirilebileceğine dair bir ibare eklenmelidir. Sonrasında ise bu yasağı ilan edilebilecek makamlar sarih olarak belirlenmelidir. Bunun dışında söz konusu yasağın hangi koşullar altında getirilebileceği, ayrıca kapsamının ve uygulamasının ne yönde olacağı da açıkça düzenlenmelidir.

Diğer taraftan, özellikle de Hıfzıssıhha Kanunu'nda, çağın koşulları gözetilerek ve gelecek yıllarda COVID-19 dışında yeni salgınlarla da karşılaşılacağı düşünülerek, değişiklikler yapılmalıdır. Bunun için de konuyla ilgili teknik bilgilerin alınabileceği bir bilim kurulu teşkil edilerek, yeni düzenlemelerde bu kurulların önerileri de dikkate alınmalıdır. Öte yandan seyahat hürriyetine yönelen müdahalelerin diğer hak ve özgürlüklerle de ilişkili olduğu göz önünde bulundurularak, yasal mevzuattaki çalışmalar bu konuyla sınırlı bırakılmamalıdır.

Her ne kadar ülkemizde salgın nedeniyle OHAL ilan edilmediği için Olağanüstü Hal Kanunu detaylı olarak ele alınmamış olsa da bu kanunda da önemli eksiklikler bulunmaktadır. Örneğin -yukarıda da değindiğimiz üzere- mevcut mevzuata göre sadece olağan dönemlerde değil, olağanüstü hallerde seyahat hürriyetinin sınırlandırılması durumunda da kanunilik ilkesini ihlal etmektedir. Keza salgın sebebiyle OHAL ilan edilmesi halinde Olağanüstü Hal Kanun'un başvurulabilecek maddeleri "*Tabii Afet ve Tehlikeli Salgın Hastalıklarda Yükümlülükler ve Alınacak Tedbirler*" başlığını altında yer almaktadır. Ancak burada sokağa çıkma yasağına dair herhangi bir ibare bulunmamaktadır.

Bu bakımdan salgın nedeniyle OHAL ilan edilse bile Olağanüstü Hal Kanunu'na dayanarak seyahat hürriyetinin kısıtlanması mümkün değildir. Dolayısıyla bu kanun kapsamında da bir değişikliği ihtiyaç duyulmaktadır. Bu doğrultuda Olağanüstü Hal Kanunu'nda salgın hastalıklar için ayrı bir hukuki rejim öngörülerek, başta sokağa çıkma yasağı olmak üzere ilgili tedbirler doğrudan bu başlık altında ele alınmalıdır.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki hukukumuz salgın hastalıklar karşısında tamamen çözümsüz değildir. Öyle ki olağanüstü hal ilan edildiği takdirde, OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Anayasa'nın 13. madde hükümlerine dayanılmaksızın seyahat hürriyetinin sınırlandırılması mümkündür. Yine de burada esas yapılması gereken, bu ölçekteki bir salgınla karşılaşılmadan evvel COVID-19 ile yaşanan süreçten dersler çıkarılarak mevzuattaki eksikliklerin ivedi olarak giderilmesi ve alınacak tedbirlerin hukuki zeminin önceden oluşturulmasıdır.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, Muzaffer; Aylin Günay Atalı; Birsen Say ve Necibe Gündoğan Gür, "Avrupa Birliği'nin COVID-19 Yönetimi", *Ekonomi, Politika & Finans Araştırmaları Dergisi*, S.5 (Özel Sayı,2020): 32-58.
- Aslan, Volkan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, S.2 (2020):809-835.
- Atakan, Arda, "Friedrich Müller'in 'Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı' Teorisi Üzerine Bir İnceleme", *MÜHF – HAD* 16, S.3-4 (2010):3-27.
- Azizi, Abdulla, "Derogation of Human Rights and Freedoms in RNM During the State of Emergency Caused by COVID-19", *SEEU Review* Volume 15 Issue 1: Challenges and Perspectives of Covid-19, (2020):24-42.
- Bayra, Ersin, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Değerlendirmesi -1: Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni ile İlgili Kavramlar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S.2 (2020):45-72.
- Covic, Ana and Nikolic, Oliver, *The Right to Freedom of Movement During the COVID-19 Pandemic*, Thematic Conference Proceedings of International, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, 9-10 November 2021, 421-435.
- Crego, Maria Diaz and Silvia Kotanidis, *States of Emergency in Response to the Coronavirus Crisis*, European Parliamentary Research Service, December 2020.
- Çeliköz, Çağrı, *Seyahat Hürriyetine İlişkin COVID-19 Tedbirlerinin İdare Hukuku Bağlamında İncelenmesi*, Seminer Ödevi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2021.
- Doru, Seyit Rasim, "COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, S.2 (2020):769-807.
- Dumbrava, Costica, *Lifting Coronavirus Restrictions, The Role of Therapeutics, Testing, and Contact-Tracing Apps*, European Parliamentary Research Service, 2020.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Coronavirus Pandemic in The EU - Fundamental Rights Implications*, Publications Office of the European Union, 2020.
- Gozdecka, Dorota Anna, "Human Rights During the Pandemic: COVID-19 and Securitisation of Health", *Nordic Journal of Human Rights* 39, S.3 (2021):205-223.
- Marin, Luisa, "The COVID-19 Crisis and the Closure of External Borders: Another Stress-test for the Challenging Construction of Solidarity Within the EU?", *European Papers* 5, S.2 (2020):1071-1086.
- Radjenovic, Anja and Eckert, Gianna, *Upholding human rights in Europe during the pandemic*, EPRS | European Parliamentary Research Service, 2020.

- Sever, Çiğdem, "Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Hukuku Dergisi* 9, S:17 (2020):187-238.
- Spadaro, Alessandra, "COVID-19: Testing the Limits of Human Rights", *European Journal of Risk Regulation*, S.11 (2020), s.317-325.
- Stefan, Marco and Chun Luk, Ngo, *Limitations on Human Mobility in Response to COVID-19*, CEPS Papers in Liberty and Security in Europe, December 2021.
- Şirin, Tolga, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Müca-deleye Giriş", *Anayasa Hukuku Dergisi* 9, S.17 (2020):43-146.
- Turhan, Mine Kasapoğlu, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", *İNÜHFD* 11, S.2 (2020):550-566.

İNTERNET KAYNAKLARI

- Antoine Buyse, An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements, Erişim Tarihi: Temmuz 01, 2022, <https://www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>.
- Daniel Thym, The unexpected resurgence of the Schengen area, Erişim Tarihi: Temmuz 01, 2022, <https://eulawlive.com/op-ed-the-unexpected-resurgence-of-the-schengen-area-by-daniel-thym/#>,
- Kemal Gözler, Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun Mu? (2), Erişim Tarihi: Temmuz 08, 2022, <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm>.
- Greene, Alan, "Derogating from the European Convention On Human Rights in Response to the Coronavirus Pandemic: If Not Now, When?", 6-9, Erişim Tarihi: Temmuz 18, 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3593358.

MAHKEME KARARLARI

- AİHM Kararı, Bartik v. Rusya, Başvuru No: 55565/00, 21.12.2006, §38 ve 46
- AİHM Kararı, De Tommaso v. İtalya, Başvuru No: 43395/09, 23.02.2017, §104.
- AİHM Kararı, Engel and Others v. the Netherlands, Başvuru No: 5101/71, 08.06.1976, §59.
- AİHM Kararı, Enhorn v. İsveç, Başvuru No: 56529/00, 25.01.2005, §44.
- AİHM Kararı, Gillan and Quinton v. the United Kingdom, Başvuru No: 4158/05, 28.06.2010, §96.
- AİHM Kararı, Guzzardi v Italy, Başvuru No: 7367/76, 06.10.1980, §93.
- AİHM Kararı, Kuimov v. Russia, Başvuru No: 32147/04, 08.01.2009, §96.
- AİHM Kararı, Nada v. İsviçre, Başvuru No: 10593/08, 12.09.2012, §225.
- AİHM Kararı, Stanev v. Bulgaria, Başvuru No: 36760/06, 17.01.2012, §115.
- AYM Kararı, Başvuru No: 2013/6209, 29/6/2016, §72.

İNSAN HAKLARI HUKUKU ALANINDA YARGISAL KARŞILAŞTIRMACILIK VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN 'SÜREGELEN ULUSLARARASI EĞİLİM' ÖLÇÜTÜ

*Bilge BİNGÖL SCHRIJER**

GİRİŞ

Dünya ülkelerinin hükümetleri ve yargı yerleri, benzer hatta tamamen aynı sorunların farklı hukuk sistemlerinde nasıl çözüme kavuşturulduğu ile yakından ilgilenmektedir. Ancak bu ilgilenme elbette pratiğe yansırken beraberinde çok ilginç tartışmaları da getirmektedir. Bir hukukçunun farklı bir ülkedeki herhangi bir meselenin düzenleniş biçimi ve yargı sistemindeki çözüm süreci hakkında bilgi edinmesi oldukça olağandır. Özellikle kanunların iktibas, hukuk akademisinde yabancı hukuk sistemlerinin belli bir meseleyi çözme biçimine yapılan atıflar yaygın olarak karşımıza çıkan örneklerdir¹. Yargı organları da bu şekilde yabancı içtihatlarla ve uluslararası hukuki düzenlemelere kimi kararlarında atıf yapmaktadır. Tartışmaların akademik alana giren yönü ise, bu "bilgi alış-verişi etkinliğinin", gayesi, gerekliliği ve metodu hakkındadır.

Çalışmamızda ilk olarak yargısal karşılaştırmacılığın olumlu ve olumsuz olarak değerlendirilen yönleri kısaca ele alındıktan sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde (AİHM) uygulanan yargısal karşılaştırmacılığın arka planında yer alan teorik sorunlara değinilecektir. AİHM, "süregelelen uluslararası trend" kavramını ya da benzer kavramları kullanarak, Avrupa Konseyi üyesi olmayan çeşitli ülkelerdeki ve bölgelerdeki yargı yerlerinin kararlarına atıf yapmaktadır. Bu açıdan ilk olarak konunun arka planındaki çözümü zor teorik sorulara atıf yapılacak; ardından AİHM'nin konuyla ilgili kararlarından örnekler sunularak, insan haklarının temellendirilmesi probleminin uluslararası yargılamada nasıl bir metot sorununa dönüştüğü ortaya konulacaktır.

I. YARGISAL KARŞILAŞTIRMACILIK VE YARGININ MEŞRUIYETİ PROBLEMİ

Yargısal karşılaştırmacılık bir ülkenin yargı yerlerinin, belli bir hukuki problemin çözümünde başka ülkelerin yargı yerlerinin ya da çeşitli uluslararası mahkemelerin kararlarına atıf yapması olarak ele alınmaktadır. Çok farklı sistem ve

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Dr. Öğretim Üyesi, E-posta: bilgebingol@akdeniz.edu.tr, kuzeyb@gmail.com.

¹ Ali Ersoy Konaç, Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi, (Ankara: Seçkin, 2021), 56-57.

gerekçelerle ortaya çıkan yargısal karşılaştırmacılık, egemenlik ve hukuk metodolojisi açısından ciddi eleştirilerle karşılaşmakta; ancak, özellikle insan haklarının evrenselliği açısından da savunulmaktadır². Mahkemeler elbette insanlardan oluşmaktadır ve bu insanlar bilgi ağının oldukça erişilebilir olduğu günümüzde dünyanın herhangi bir yerindeki mahkemenin belli bir problemi nasıl çözdüğünü öğrenmekte ve ilgilenmektedir. Hatta bunun için birçok mahkemenin kendi uluslararası araştırma birimi mevcuttur³. Ancak bu öğrenme ve ilgilenme eyleminin, bir yargı kararında, hüküm gerekçesi olarak, atıf metodu ile kullanılması halinde karşımıza doktrinel tartışmalar çıkmaktadır.

Konu insan hakları olduğunda yalnızca ulusal yargı yerleri ve özellikle anayasa mahkemeleri değil, aynı zamanda uluslararası yargı yerlerinin ve hatta BM insan hakları sözleşmelerinin denetim organları ve diğer BM ve bölgesel insan hakları organlarının da giderek daha sıkı bir diyalog içinde oldukları ve birbirlerinin kararlarına açık ya da örtülü⁴ atıf yaptıkları gözlemlenebilir⁵. Örücü, özellikle insan haklarının evrensel olma yönünün “mahkemeler arası diyalog” ile gerçekleşebileceği üzerinde durmaktadır⁶.

Mahkemeler arası bir diyalog olarak gelişimi izlenen yargısal karşılaştırmacılık aslında bir metot sorunudur. Özellikle konu uluslararası insan hakları hukuku olduğunda metodoloji tartışmaları daha da önem kazanmaktadır; çün-

² Yargısal karşılaştırmacılığın insan hakları hukuku alanında sahip olduğu olumlu yönler hakkında bkz. Esin Örücü, “Ulusal Anayasa Mahkemelerinde ‘Yargısal Karşılaştırmacılık’ ve Mahkemeler Arası Diyalog”, *Anayasa Yargısı* 34, (2007): 433-459.

Anayasa yargısında yargısal karşılaştırmacılığın dünyadaki tarihçesi, doktrindeki eleştiriler ve savunular hakkında detaylı bir inceleme ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin yargısal karşılaştırmacılık pratiği hakkında bkz. Ali Ersoy Kontacı, *Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi*, (Ankara: Seçkin, 2021).

Mahkemeler arası diyalogun ve küresel bir yargı sisteminin ‘yeni dünya düzeninin’ temel bir ögesi olması hakkında bkz. Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, (Princeton University Press, 2004): 66, 79, 100.

³ Örneğin AİHM’nin araştırma birimi ve çalışma usulü hakkında bkz. Kanstantsin Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015): 86-87.

⁴ Örücü, “Ulusal Anayasa Mahkemelerinde ‘Yargısal Karşılaştırmacılık’ ve Mahkemeler Arası Diyalog”, 453-454; Kontacı, *Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi*, 28.

⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çocuk hakları, engelli bireylerin hakları, kişi güvenliğine yönelik haklar, kimi ekonomik, sosyal, kültürel haklar alanında BM sözleşmelerinin ilgili maddelerine yer vermektedir. Bu husus, AİHM kararlarında “Uygun Uluslararası Hukuk (Relevant International Law)” başlığı altında kullanılmaktadır. Örneğin ev içi şiddet konusunda AİHM’nin uluslararası hukuka yaptığı atıflar hakkında bkz. Ebru Demir, “The European Court of Human Rights’ Engagement with International Human Rights Instruments: Looking at the Cases of Domestic Violence”, *The Age of Human Rights Journal* 17, (2021): 79-96. Yine bu konuda BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği’nin yoğun çalışmaları bulunmaktadır. Küresel koordinasyon gerektiren zorla kayıp edilmeler gibi konularda BM, Afrika ve Amerika insan hakları koruma mekanizmaları ile işbirliği protokolleri düzenlemiştir. Bkz. Erişim: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ced/cooperation-regional-mechanisms>; tarih: 25.06.2022.

⁶ Örücü, “Ulusal Anayasa Mahkemelerinde ‘Yargısal Karşılaştırmacılık’ ve Mahkemeler Arası Diyalog”, 433.

kü metotta yaşanan problemler, bir yargı kararının temel özelliklerinden birisi olan tutarlılığı zedelemektedir. Bugün çoğu hak kategorisinde karşımıza çıkan yargısal karşılaştırmacılık aslında özünde yargısal aktivizmi de barındırmaktadır. Yargısal karşılaştırmacılığa gelen eleştirilerden bir tanesi de yargısal aktivizm açısındandır⁷. Bununla birlikte karşılaştırmacılık bir erk olarak 'yargılama' faaliyetinin meşruiyeti problemi ile de yakından ilişkilidir. Ancak çalışmamız kapsam itibarıyla yargısal aktivizm ve yargılama faaliyetinin genel meşruiyeti problemlerine ilişkin detaylı bir analiz yapmamaktadır⁸. Yine de meşruiyet problemi, otorite iddiasının olduğu her yerde çözümlenmek zorunda olan bir problemdir⁹. Bu problem özellikle insan haklarının uluslararası korunması söz konusu olduğunda evrensellik ve kültürel rölativite tartışmaları ile birlikte de kendisini göstermektedir. Kültürel-ahlaki olarak tartışmalı, değer yargılarının yönlendirdiği ve doğru temellendirmenin eksik olduğu¹⁰ her durumda insan haklarının uluslararası korunması pratiğinde meşruiyet sorunu ortaya çıkmaktadır¹¹. Bu açıdan özellikle yargısal karşılaştırmacılık örneklerinde mahkemelerin yabancı ülke mahkemelerinin kararlarına atıf yapma usulü kimi zaman bir "meşruiyet atfı" biçiminde karşımıza çıkmaktadır¹². Bir başka ifade ile mahkemeler, kültürel ya da ahlaki açıdan tartışmalı, üzerinde anlaşılması zor gibi görünen konular hakkında karar verirken, kararlarının gerekçesinde yabancı mahkeme kararlarını meşruiyeti sağlamak için kullanmaktadır. Bu açıdan yargısal karşılaştırmacılığı yalnızca mahkemeler arası bir diyalog olarak

⁷ Kontacı, Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi, 143-144.

⁸ Yargının sistem içindeki meşruiyeti problemi hakkında bkz. Hans Gribnau, "Legitimacy of the Judiciary", E. Hondius and C. Joustra (red.), Netherlands Reports to the Sixteenth International Congress of Comparative Law, (Antwerpen: Intersentia, 2002), 25-45.

⁹ Örneğin Anayasa yargısının meşruiyeti sosyal ve ekonomik politikalara yönelik konularda sık sık tartışılmaktadır. Serdar Korucu, Yargısal Aktivizm-Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu, (Ankara: Seçkin, 2014), 156.

Yorumlama faaliyetinin bilme ve bilgi alanına ilişkin değil, irade alanına ilişkin bir faaliyet olduğundan söz ederek Anayasa yargısının meşruiyetini tartışan görüş için bkz. Kemal Gözler, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 61, S.3, (2006): 131 – 166.

¹⁰ Harun Tepe, "İnsan Haklarının Bilgisel Temelleri", İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar (Ankara: Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2006), 190-193.

Zeynep İspir, İnsan Haklarının Temeli Olarak İnsan Onuru Kavramı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Kamu Hukuku, 2017), 143-164, 166. Yazar insan haklarının temellendirilmesini sorunsallaştırdığı çalışmasında insan haklarının temellendirilmesinde çeşitli kaynakların kullanılabileceğini ortaya koyarak bunlardan hangisinin daha elverişli olduğunu tartışmakta ve insan haklarının insan onuru kavramı ile temellendirilmesi üzerinde durmaktadır.

¹¹ Örneğin bu problemin açıkça görülebildiği bir uygulama olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa konsensüsüne başvurması ile ilgili tartışmalar hakkında bkz. Egemen Esen, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Ulusal Makamlarla İlişkisi: Sorumluluk Paylaşımı", içinde: Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020, Cilt III, (Ankara: Ankara Barosu, 2021), 311.

¹² Kontacı, Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi, 56-57. Meşruiyet atfı örnekleri için bkz. Kontacı, Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi, 168-172.

adlandırmak, konunun arka planında yer alan karmaşık teorik sorunların görmezden gelinmesine yol açmaktadır¹³.

Yargılama faaliyeti aslında verili hukuk kurallarının yorumlanması, bir başka ifade ile anlamının ortaya çıkartılması faaliyetidir. Bu açıdan hukuk sisteminin ve hukuk normlarının geçerliliğine ilişkin teorik tartışmalar yargı için de söz konusudur. Bir hukuk sisteminin neden geçerli olduğuna dair hukuki pozitivism ve doğal hukuk yaklaşımları arasında değişen¹⁴ çok sayıda cevap verilebilir ve meşruiyet sorunu bu farklı açılardan tartışılabilir. Konuyu zor kılan bir diğer husus da hukukilik ve siyasilik arasındaki farkın kolay belirlenebilir bir sınırının olmamasıdır. Bir hukuk normu ancak “oluşturulduktan sonra uygulandığında” hukuki sonuç meydana getirir ve bu şekilde anlamı ortaya çıkmış olur. Bu da aslında hukuk normunun anlamının henüz bilinebilir olmadan önce bir otorite iddiasına sahip olduğu anlamına gelir¹⁵. Burada ortaya temel bir problem çıkar: henüz anlamı bilinmeyen bir hukuk normuna *a priori* bir itaat söz konusudur; o halde bu itaati sağlayan meşruiyetin kaynağı nedir¹⁶?

Konunun ulusal yönünü şimdilik bir kenara bırakırsak, bir uluslararası mahkeme niteliğinde olan AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) denetim organı olarak benzer bir çelişkiyle karşı karşıya kalmaktadır. Şöyle ki, AİHM sözleşmeye taraf olan devletlerin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleyen ve bunu yaparken de Sözleşmeyi bağımsız olarak yorumlayan bir organ konumundadır. İlgili devletler de, AİHS’ye taraf olarak sözleşmenin denetim organı olan AİHM’nin yargı yetkisini kabul etmişlerdir¹⁷. Bu nedenle, uluslararası bir yargı organına itaati sağlayan meşruiyetin kaynağı, devletlerin o yöndeki iradeleridir. Bir diğer yön de aslında konunun evrensellik iddiasında olan bir konu olarak insan hakları olmasıdır. Burada işi zorlaştıran husus ise, bir devletin uyma yönünde taahhüt altına girdiği bir hukuki metnin anlamının, bir başka ifade ile ilgili temel hakkın norm alanının, sonradan Mahkeme tarafından önüne gelen uyumsuzluk ile birlikte belirleni-

¹³ Carla M. Zoethout, “The Dilemma of Constitutional Comparativism”, ZaöRV 71, (2011): 806.

¹⁴ Bkz. Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019).

¹⁵ Gribnau, “Legitimacy of the Judiciary”, 6.

¹⁶ Burada klasik otorite kuramlarından Max Weber’in otorite modellerini düşünebiliriz. Weberci bakış açısıyla yargı erkinin otoritesinin kaynağı, hukukun üstünlüğüne bağlı işleyen bir toplumda, insanların yargı organlarının siyasi olarak nötr, değer yargısı yüklü olmayan, bağımsız ve tarafsız birer organ olduğu ve şeffaf ve önceden belirlenmiş kurallara göre karar verdikleri yönündeki inancıdır. Bkz. Frances P. Bernat, Craig Curtis ve Rebecca Davalos, “Weber and judicial legitimacy: A critical analysis of the U.S. Supreme Court immigration cases Nielsen v. Preap (2019) and Barton v. Barr (2021)”, Journal of Criminal Justice and Law 4, S.1, (2020): 10.

¹⁷ Burada bir devletin neden insan haklarına ilişkin bir sözleşmeye taraf olduğuna ilişkin cevaplanması zor soruyu da hatırlatmak gerek. Körfez ülkelerine yönelik böyle bir motivasyon tespiti hakkında bkz. Başak Çalı ve Nazıla Ghanea, From Ratification to Implementation: UN Human Rights Treaties and the GCC (University College London and University of Oxford Workshop Series Report, 2013), 8-11.

yor olmasıdır¹⁸. Sözleşmede yer alan, “yaşam, işkence, aile hayatı, özel hayat, demokratik toplum, ahlak, suç, ceza” gibi birçok kavram yorum ve netleştirmeye ihtiyaç duymaktadır¹⁹. Yani devletler arasında belli normlara uyacakları yönünde bir taahhütte bulunmaktadırlar ancak; AİHS'nin düzenlediği konu insan hakları olduğu için, norm alanı da sürekli bir gelişim içindedir. Zaten AİHM de bunu “dinamik yorum ilkesi” biçiminde ifade etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 26 Nisan 1995 tarihinde Prager ve Oberschlick-Avusturya davasında yargı üzerine bir tespitte bulunmuştur. Elbette bu tespit ulusal yargı yerleri hakkındadır: “Mahkemeler, adaletin garantörü, hukukla yönetilen devletlerde temel bir değeri olan kurumlardır ve görevlerini yerine getirirken başarılı olmak istiyorlarsa kamusal bir özgüvene sahip olmalıdırlar²⁰.” Bu özgüven yargının tek başına karar verme gücüne sahip olması anlamına gelmez. Bu bir otoritedir; yani yargı mutlak güç değil, meşru güç kullanır. Yargı organlarının otoritesi, onların bazı değer ve ilkelere bağlı olmasından kaynaklanır. Bunlar, tutarlılık, insicam, hukuki kesinlik, tahmin edilebilirlik (hukuki belirlilik), adalet ve objektifliktir²¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargıya özgü söz konusu ilkelerden başışık değildir. Buna ilaveten AİHM, bir “insan hakları mahkemesi” olduğu ve çok uluslu bir ortamda faaliyet gösterdiği için, kendi geliştirdiği yorum metotlarını kullanmaktadır. Mahkemenin 2002 yılındaki bir başvuruyu değerlendirirken kullandığı “süregelen uluslararası trend” ölçütü de doktrinde oldukça eleştirilmiştir. Bu husus ve örnek kararları incelemeyen önce, konunun arka planındaki çözümü zor iki teorik soruna kısaca değinmek yerinde olacaktır. Bunlar “insan hakları yargısı” kavramı ve “uluslararasılık”tır.

II. İNSAN HAKLARI YARGISI KAVRAMI, POLİTİKALAR BELİRLEMEK VE ULUSLARARASILIK

İnsan hakları yargısı kavramının kendine özgü birtakım nitelikleri bulunmaktadır ve klasik yargılama arasındaki özelliklerden farklıdır. Hukukta “klasik yargılama” olarak tanımlanan faaliyetin belli özellikleri vardır. Bunlar aşağıdaki gibidir²²:

¹⁸ Dinamik yorum, özerk yorum gibi Mahkemenin kendine özgü geliştirdiği yorum ilkeleri bir temel hakkın norm alanını belirlerken önem kazanmakta ve özellikle üzerinde anlaşılması zor konular bakımından da tartışmalara yol açmaktadır. Bir temel hak “normunun geçerlilik içeriğinin nereye kadar uzandığı, hukuk pratiği ve öğretisi içindeki tartışmalarla ve bunların sağlam temellere oturmuş bir consensus’a varmasıyla” belirlenebilir. Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), 48-50, 52.

¹⁹ Yaşar Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 139; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorum metotları hakkında bkz. Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, 139-192.

²⁰ AİHM Kararı, Prager ve Oberschlick v. Avusturya, 26 Nisan 1995, Başvuru No. 15974/90, §34.

²¹ Gribnau, “Legitimacy of the Judiciary”, 2.

²² Bu ilkeler için bkz. Abraham Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, Harvard Law Review 89, S. 7 (1979): 1282-1283.

- Bir dava birbirine zıt iki taraftan oluşmaktadır. Her davada diyametrik olarak birbirine zıt iki çıkar bulunmaktadır ve klasik yargılama sonunda kazanan her şeyi alır ilkesi temelinde işler.
- Klasik yargılama geriye yöneliktir; yani uyuşmazlık daha önceden olmuş bitmiş olaylar üzerinden yürümektedir. Davada olan, iddia edilen olayların gerçekte olup olmadığının araştırılması, bir başka ifade ile maddi gerçeğin açığa çıkartılmasıdır. Yargılama faaliyeti aslında maddi gerçeğin taraflar açısından ne gibi hukuki sonuçlar doğuracağına mahkemeler tarafından bir tespittir.
- Klasik yargılamada, haklar ve taraflar için öngörülen çözüm birbirine bağlıdır. Yani bir taraf için sunulan çözüm soyut olarak var olan bir yasanın öngördüğü yasal bir hak ile bağlantılı olmaktadır.
- Her bir dava kendi içinde bağımsızdır. Bir başka ifade ile, bir dava aslında yalnızca taraflar için bir çözüm ve tatmin ortaya çıkartmaktadır.
- Klasik yargılama taraflar tarafından harekete geçirilir ve yönetilir.

Klasik yargılamanın, yukarıda sayılan söz konusu etkilerini aşan yargılamalarda ise karşımıza daima hukukilik ve yerindelik ikilemi çıkmaktadır. Özellikle insan haklarının ve bunlardan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yargı yolu ile korunması alanında “klasik yargılama” olarak adlandırılan niteliklerin yerini, politika tasarımı benzeri ilkelere bıraktığını görmekteyiz²³. Bu açıdan insan hakları yargılamasında daima hukukilik ve siyasilik arasındaki sınırın çizileceği doğru yerin neresi olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır.

İnsan haklarına ilişkin yargılamaların hemen hepsinde anayasal ya da yasal birtakım politikalar denetlenmektedir. Mahkemenin kimi kararlarında yaşam hakkı gibi negatif statü hakkı olarak ele alınan bir hakka ilişkin olarak dahi, bir devlette düzenleme olmaması ya da düzenlemelerin hakkı koruyacak biçimde yapılmamış olması, sözleşmedeki yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir²⁴. Bu da aslında insan haklarına ilişkin “yargı yerlerinin -doğaları gereği- birer politika belirleyici kurum” konumuna gelmeleri anlamına gelmektedir. İnsan hakları yargılamalarının sonunda ilgili devlet ya da yürütme gücü, başvurucuya tazminat ödemenin ötesinde, belli politikaları gözden geçirmek ve hatta değiştirmek zorunda kalmaktadır. AİHM’nin karar-

²³ AİHM’nin eğitim hakkına ilişkin verdiği kararlarda bu durum açıkça görülebilmektedir. Eğitim hakkına ilişkin Mahkemenin norm alanı ve önemli başvuruların listeleri için bkz. ECHR, Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Right to Education, (Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022).

²⁴ AİHM Kararı, Opuz v. Türkiye, 9 Haziran 2009, Başvuru no: 33401/02, §128. Yaşam hakkı açısından devletin pozitif yükümlülüğü, ilgili yasal ve idari düzenlemelerin, hakkı korumaya elverişli bir biçimde yapılmış olmasını içermektedir. Bu tartışmalar ve AİHM kararlarından örnekler için bkz. Ayşe Özkan Duvan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 24, S. 2 (2018): 668-673.

ları yalnızca başvuru açısından bir rahatlama sağlamamakta; geleceğe yönelik bir etki ortaya çıkartmaktadır.

İkinci teorik sorun, “uluslararası” insan hakları yargısı sorunudur. Yani burada “insan hakları yargısı” olgusuna bir de “uluslararasılık” niteliği eklenmektedir. Uluslararasılık “eşit egemen devletlerden oluşan bir uluslararası alan” olarak basit bir biçimde tanımlanmaya uygun değildir²⁵. Devletlerin eşit egemenliği, daha çok egemenliğin hukuki yönünü ifade eder. Egemenlik, “*bir siyasi toplumdaki en yüksek güç olup, başka hiçbir otoriteye bağlı olmayan, diğer otoritelerin ya da dış faktörlerin meşru olarak reddedemediği bir otoritedir*”²⁶; ancak insan haklarının kurumsallaşması ile birlikte artık işbirliğine bağlı bir kullanım biçimine dönüşerek, dokunulmazlık içeren bir kavramdan hesap vermeyi gerektiren bir kavrama dönüşmüştür²⁷. Bu açıdan egemenlik hukuki ve fiili olarak iki yönlüdür. Hukuki egemenlik ile, “eylemde bulunabilme kapasitesi” anlamına gelen filli egemenlik uluslararası düzende çoğu zaman örtüşmemektedir²⁸. Öte yandan AİHM bir bölgesel mahkemedir ve AİHS’nin Avrupa kamu düzeninin bir aracı olduğu Mahkemenin kendi kararlarında ifade edilmiştir²⁹. Bu yönüyle AİHS bir çeşit Avrupa anayasası karakterini yansıtmakta ve hem bir uluslararası hukuk aracı hem de taraf devletlerin doğrudan iç hukuklarında uygulayabileceği bir yerel belge niteliğinde olmaktadır³⁰. Sözleşme’nin 46. maddesi, Mahkeme kararlarının ilgili *başvurunun tarafı olan devlet* açısından bağlayıcı olduğunu düzenlemektedir. Ancak Mahkemenin kararları söz konusu *başvurunun tarafı olmayan diğer devletler* açısından da -AİHS, Avrupa kamu düzeninin bir aracı olarak değerlendirildiği için- takip edilmesi gereken içtihatlar olarak ele alınmaktadır³¹. Bu açıdan insan hakları hukukunun uluslararası hukukunun iradeci temellerini sarsmaya başladığı da savunulan görüşlerdendir³².

²⁵ Örneğin, dünya sistemleri teorisi hakkında bkz. Immanuel Wallerstein, *World-Systems Analysis-An Introduction* (Durham and London: Duke University Press, 2004).

²⁶ Reyhan Sunay, *Tartışılan Egemenlik*, (Ankara: Yetkin, 2007), 36.

²⁷ Sunay, *Tartışılan Egemenlik*, 318-330, 364.

²⁸ Sunay, *Tartışılan Egemenlik*, 318-330.

²⁹ Mahkeme, AİHS’nin, Avrupa kamu düzeninin anayasal bir aracı olduğunu sıklıkla atf alan *Loudiziu v. Türkiye* davasında belirtmiştir. AİHM Kararı, *Loudiziu v. Türkiye*, 23 Mart 1995, Başvuru no: 15318/89, §75.

“Such a system, which would enable States to qualify their consent under the optional clauses, would not only seriously weaken the role of the Commission and Court in the discharge of their functions but would also diminish the effectiveness of the Convention as a constitutional instrument of European public order (ordre public).”

³⁰ Luzius Wildhaber, “Rethinking the European Court of Human Rights”, içinde: Jonas Christoffersen ve Mikael Rask Madsen, editör, *The European Court of Human Rights Between Law and Politics* (New York: Oxford University Press, 2011), 207.

³¹ Wildhaber, “Rethinking the European Court of Human Rights”, 207.

³² Mahmut Göçer, *Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması-Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulanmasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (Ankara: Seçkin 2002), 157-159.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin denetim organı olarak otoriteye sahiptir ve bu otoriteye dayanarak sözleşmede yer alan hakların norm alanını kendisi belirlemekte ve buna dayanarak da sözleşmeye taraf olan devletleri sorumlu tutmaktadır. Mahkeme, taraf devletlerdeki politikalara potansiyel olarak yön vermektedir. Buradaki meşruiyetin kaynağı elbette devlet iradelerinden gelmektedir ancak, temel konu olan “insan hakları”, evrensellik iddiasında olan bir konu olduğu için, Mahkemenin yargılamada kullandığı metot meşruiyeti sağlamak açısından oldukça önemli hale gelmektedir.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE YARGISAL KARŞILAŞTIRMACILIK

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, karar verirken kendine özgü ve yine kendisinin geliştirdiği metotları kullanmaktadır: dinamik yorum ilkesi, özerk kavramlar, Avrupa konsensüsü, takdir marjı doktrini gibi. Mahkeme karşılaştırmalı metodu da çoğunlukla kullanmaktadır; elbette uluslararası bir mahkeme olduğu için bu oldukça anlaşılır bir durumdur. AİHM’de başkan yardımcılığı yapmış Christos Rozakis’e göre, Mahkeme, Avrupa bölgesi dışından yargı kararlarını da kaynak olarak kullanmaktadır. Mahkeme, düzenli olarak (1) Avrupa Birliği’nin hukuk sistemi, (2) uluslararası hukuk düzeninin kuraları ve (3) diğer ülkelerin yargı kararları ile *diyaloğa* girmektedir³³.

Görüldüğü gibi Mahkeme yorum metotlarını da çok uluslu bir platformda faaliyet gösterdiği için karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak uygulamaktadır. Ancak burada Mahkemenin atf yaptığı uluslararası hukuk -mahkeme kararları, çeşitli ülkelerin yasaları gibi- ampirik olarak doğrulanabilir olmadığı sürece, kararların meşruiyet problemi ortaya çıkmakta; hatta yaşayan belge doktrini de yargısal aktivizm olarak değerlendirilerek eleştirilmektedir³⁴.

Mahkeme’nin karar verme sürecindeki metodoloji tartışmaları “yaşayan belge” doktrini ile de sınırlı değildir. Mahkeme’nin aslında Avrupa konsensüsü, dinamik yorum ilkesi, takdir marjı doktrini gibi kendi geliştirdiği yorum metotlarını kullanırken de tartışmalı kararları bulunmaktadır³⁵. Avrupa konsensüsü metodunu kullanırken çoğu zaman yanlış biçimde “konsensüs”³⁶ ve tartışmalı biçimde de benzer genelleyici kavramlar³⁷ kullanmaktadır. Aslında Mahkeme’nin

³³ Christos L. Rozakis, “The European Judge as Comparatist”, Tulane Law Review 80, S.1 (2005): 270-278.

³⁴ Yutaka Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR (Antwerpen-Oxford-New Yor: Intersentia, 2002), 192-193.

³⁵ Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, 149-153.

³⁶ Kanstantsin Dzehtsiarou, Kanstantsin, European Consensus and The Legitimacy of the European Court of Human Rights, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 2.

³⁷ Bu kavramların listesi için bkz. Ali Bal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21, S. 1 (2019): 27-82; 30-34.

burada gerek konsensüs, gerekse ortak paydayı ifade eden kavramları “trend ya da eğilim” kavramına karşılık gelmektedir³⁸; bunu da zaten kimi kararlarında kullanmaktadır. Trend sözcüğü, herhangi bir şeyin değiştiği ya da geliştiği yönü ifade etmektedir³⁹; ortak payda ya da üzerinde anlaşılmış ortak bir şeyi değil⁴⁰.

Yukarıda ifade edilen çözümü zor teorik sorunların bulunduğu bir alanda faaliyet gösteren Mahkemenin sözleşmede yer alan hakların norm alanını belirlerken kullandığı metot oldukça önemli olmaktadır; ancak mahkeme Avrupa bölgesi dışındaki ülkelerin hukuk sistemleri ile söz konusu diyalogu gerçekleştirirken, tartışmalı bir biçimde “süregelen trend”, “uluslararası eğilimler” gibi belirsiz kavramları kullanmakta; bir de bu uluslararası eğilimin varlığını kanıtlamak için belli başlı ülkelerin yargı kararlarına atıf yapmaktadır. Bu ülkeler çoğunlukla, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada yüksek mahkemeleri, Avustralya, Yeni Zelanda ve Güney Afrika yargı yerlerinin kararlarıdır. Bunlar aslında çoğunlukla common-wealth ülkeleri dediğimiz benzer bir hukuk sisteminin kullanıldığı ülkelerdir. Bir başka ifade ile Mahkeme açısından “uluslararası eğilim”, Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletlerin hukuk sistemindeki bir gelişme anlamına gelmektedir. Öte yandan bir şeyin “trend” olup olmadığına da yine mahkeme kendisi karar vermektedir. İşte burada gerekçesini kurarken yaptığı atıflar; bir başka deyişle “trendin” ne olduğuna karar verirken yaptığı farklı ülkelerdeki hukuk kaynaklarına atıflar ve kullandığı metot mahkeme kararlarını meşruiyet krizine sokmaktadır.

“Bir ‘trend’. Hatta Avrupa trendi dahi değil; ancak ‘uluslararası trend’. Görünen odur ki, ... Avrupa Konseyinin ... üye ülkeleri, Avrupa Konvansiyonundan [AİHS] kaynaklanan yükümlülüklerini tespit edebilmek için, Avusturalya ve Yeni Zelanda’daki hukuki trendleri takip etmekle yükümlüdürler⁴¹.”

IV. SÜREGELEN ULUSLARARASI TREND ÖLÇÜTÜ VE TARTIŞMALI KARARLAR

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk defa 2002 senesinde Christine Goodwin v. Birleşik Krallık⁴² kararında “süregelen uluslararası trend” isminde bir gerekçe kullanarak, verdiği hükmü desteklemek ve hatta yönlendirmek amaçlı, davaya bilgi, belge ve görüş sunan üçüncü tarafın⁴³ (amicus

³⁸ Dzehtsiarou, European Consensus and The Legitimacy of the European Court of Human Rights, 2.

³⁹ Türkçe sözlük, “trend/eğilim”: Bir şeyi sevmeye, istemeye veya yapmaya içten yönelme, meyil, temayül; 2. isim Belirli bir siyasi görüşe veya düşünceye yakın olma durumu, tandans. 3. isim Para piyasalarında zamanla oluşan değişim, alım satım işlemleriyle ilgili iniş çıkış seyri. Erişim tarihi: Ağustos 21, 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁴⁰ Dzehtsiarou, European Consensus and The Legitimacy of the European Court of Human Rights, 11-12.

⁴¹ Brauch, “The Margin of Appreciation”, 145’den naklen: Dzehtsiarou, European Consensus and The Legitimacy of the European Court of Human Rights, 70.

⁴² AİHM Kararı, Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, 11 Temmuz 2002, Başvuru no: 28957/95.

⁴³ Söz konusu davada Liberty isimli bir insan hakları kuruluşunun davaya yazılı bir rapor sunması na izin verilmiştir. Bu raporda, cinsiyet geçişinin hukuki tanınmasının Singapur, Kanada, Güney Afrika, İsrail, Avusturalya ve Yeni Zelanda da söz konusu olduğu belirtilmektedir.

curiae) sunduğu uluslararası örneklerden bir çıkarım yapmıştır. Goodwin davası, cinsiyet değişikliği ameliyatı olan trans bir kişiye, devletin yeni ulusal sigorta numarası vermemesi ile ilgili bir uyuşmazlıktır. Bu dava aslında maddi içeriğinden bağımsız olarak usul yönünden ciddi eleştirilerle karşılaşmıştır. AİHM kararda, Singapur, Kanada, Güney Afrika, İsrail, Avustralya, Yeni Zelanda ve iki eyalet haricinde Amerika Birleşik Devletleri hukukunda cinsiyet değişikliğinin hukuken kabul edildiğine ilişkin bir ifade kullanmakta ve özellikle Avustralya yüksek mahkemesinden bir yargıcın cinsiyet ile ilgili kendi ülkelerindeki bir uyuşmazlıktaki yorumuna atıf yapmaktadır⁴⁴. Eleştirilerden en önemlisi tam da bu noktada ortaya çıkmıştır. Mahkemenin, belli bir konudaki “süregelen uluslararası trend”i belirlemek için yalnızca belli başlı ve işine yarayacak örnekleri seçmesi durumu, “mahkemenin kalabalıklar içinden kendine bir arkadaş seçmesine” benzetilmiştir⁴⁵.

Konu üzerinde araştırma yapan Dzehtsiarou, Mahkemenin tutumunu karşı argüman ile eleştirmektedir:

“Mahkeme pekâlâ ‘süregelen uluslararası eğilim’ olduğunu Çin, Malezya, Mısır, İslam ülkeleri, dinden bağımsız olarak Afrika ülkelerinin çoğu, Hindistan, Bangladeş, gibi çoğunlukta olan diğer ülkelere bakarak, tam aksi yönde trans bireylerin cinsiyet geçiş ameliyatlarından sonraki kimi haklarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinin (aile ve özel hayata saygı) norm alanına girmediği sonucuna ulaşabilir ve bu yönde de uluslararası bir trend olduğunu söyleyebilirdi.”⁴⁶

Uluslararası trend kavramında yer alan “uluslararası” oldukça belirsiz ve keyfi olarak tanımlanmış bir uluslararası alandır ve dünya ülkelerinin çoğu bu alanda bulunmamaktadır.

Goodwin kararını metot problemi açısından ilginç kılan bir diğer tartışmalı husus ise, Mahkemenin cinsiyet konusunda bir Avrupa konsensüsü olmamasına rağmen konu hakkında bir uluslararası eğilim olduğunu belirtmesidir⁴⁷. Bir başka ifade ile Mahkeme, “söz konusu konuda Avrupa konsensüsü yoktur; ancak uluslararası eğilim vardır.” demektedir. Dolayısıyla bu aslında mahkemenin sıklıkla kullandığı Avrupa konsensüsü yorumunun zayıflaması ya da anlamsızlaşması sonucunu da ortaya çıkartmaktadır⁴⁸. İrlanda Yüksek

⁴⁴ AİHM Kararı, Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, 11 Temmuz 2002, Başvuru no: 28957/95, § 84.

⁴⁵ Dzehtsiarou, European Consensus and The Legitimacy of the European Court of Human Rights, 68.

⁴⁶ Dzehtsiarou, European Consensus and The Legitimacy of the European Court of Human Rights, 67-68.

⁴⁷ Avrupa konsensüsünün tutarlı biçimde uygulanmasının önemi ve ulusal hukuk sistemlerine etkisi hakkında bkz. Esen, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Ulusal Makamlarla İlişkisi: Sorumluluk Paylaşımı”, 298-312.

⁴⁸ John Murray, “Consensus: Concordance, Or Hegemony of The Majority?”, içinde: Dialogue between judges Proceedings of the Seminar (Strasbourg: European Court of Human Rights,

Mahkemesi yargıcı Murray, AİHM'nin Vo v. Fransa⁴⁹ başvurusunu örnek vererek, hamile olan başvurucuya yapılan hatalı medikal bir girişimin ardından ölen fetüsün yaşam hakkının tartışıldığı bir başvuruda, Mahkemenin Avrupa konsensüsü bulunmadığından bahisle başvuruyu reddetmesini⁵⁰; ancak buna karşılık Goodwin kararında Avrupa konsensüsü olmamasına rağmen uluslararası eğilimin varlığını tespit ederek başvuruyu kabul etmesini eleştirmiştir⁵¹.

2004 tarihli Vo v. Fransa kararında Mahkeme, “yaşamın başlangıcının bilimsel ve hukuki tanımı hakkında Avrupa konsensüsü bulunmamaktadır ... yaşam hakkının ne zaman başladığına ilişkin tespit ilgili devletin takdir marjı bulunmaktadır” ifadesini kullanmıştır⁵².

2002 tarihli Goodwin kararının 85. paragrafı ise aşağıdaki gibidir:

“Mahkeme, ortaya çıkan yasal ve pratik sorunların çözümüne yönelik ortak bir Avrupa yaklaşımının varlığına dair kanıt eksikliğine, transseksüellerin artan sosyal kabulü ile ameliyat sonrası transseksüellerin yeni cinsel kimliğinin yasal olarak tanınması lehine devam eden uluslararası eğilimin açık ve tartışmasız kanıtlarından daha az önem vermektedir [kalınlaştırma eklenmiştir]”⁵³.

2008), 25; Dzehtsiarou, European Consensus and The Legitimacy of the European Court of Human Rights, 70-71.

⁴⁹ AİHM Kararı, Vo v. Fransa, 8 Temmuz 2004, Başvuru no: 53924/00.

⁵⁰ Bu arada önemli olarak belirtelim ki Vo v. Fransa başvurusunda Mahkeme, henüz doğmamış fetüsün yaşam hakkı ile ilgili olarak kesin bir yargıya varmamıştır. Söz konusu başvuruda iki temel hukuki problem bulunmaktaydı. İlki fetüsün yaşam hakkının konusu; ikincisi yanlış tıbbi müdahale sonucu sonlanan bir gebelik nedeniyle doktorun cezalandırılmamış (taksir) olması konusu. Mahkeme, doğrudan fetüsün yaşam hakkı AİHS ile korunmaz gibi bir yargıya varmamıştır. Fransa'nın doktorun taksirle fetüsün ölümün sebep vermesini cezalandırmamış olmasının, Sözleşmenin 2. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmediği sonucuna varmış ve fetüs ile ilgili soruyu açık bırakmıştır (Karar, § 86-88). Ayrıca bkz. Burcu Dönmez, “TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması Tahlili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, S. 2 (2007): 137-139.

⁵¹ John Murray, “Consensus: Concordance, Or Hegemony of The Majority?”, 25.

⁵² AİHM Kararı, Vo v. Fransa, 8 Temmuz 2004, Başvuru no: 53924/00, § 82, 84.

⁵³ Burada AİHM'nin ilginç bir diğer kararını örnek olarak verebiliriz. 2012 tarihli Gas and Dubois v. Fransa kararı (Gas ve Dubois v. Fransa, 15 Mart 2012, Başvuru No 25951/07), aynı cinsiyetten birlikte yaşayan iki kişinin, evlat edinmesi ile ilgili bir başvurudur. Eşlerden birisi Belçika'da anonim sperm hücresi donasyonu ile bir çocuk sahibi olmuş ve bu çocuğu iki taraf da Fransa'da evlat edinmek istemektedir. Sözleşmenin 8. maddesi ile birlikte 14. maddesi kapsamında ayrımcılık yasağına aykırılık iddiasıyla yapılan bir başvurudur. Olayda, Fransız hukukuna göre yalnızca doğumu yapan anne evlat edinebilmekte; ancak aynı cinsiyetten ikinci kişi evlat edinmemektedir. Evlat edinme koşullarından birisi çiftler arasında mevcut olması gereken hukuki bağdır; Fransa hukukuna göre de aynı cinsiyetten insanların evlenmesine izin verilmemektedir. AİHM, bu başvuruda Sözleşmeye aykırılık tespit etmemiştir. Ancak kararın “Üçüncü Taraf Katılımı” başlıklı kısmında yine amicus curiae raporlarına yer vererek, söz konusu raporların bu yönde bir “giderek artan bir konsensüs (growing consensus)” olduğu iddialarına yer vermiştir. Söz konusu raporlara göre, “giderek artan

Dzehtsiarou, Avrupa konsensüsü metodunun, Sözleşmeye taraf ülkelerin örtülü bir rızası olarak kavramsallaştırılabildiği ve taraf devlet ile Mahkeme arasında bir diyalog ortaya çıkartabildiği için Mahkemenin meşruiyetini güçlendireceğini ifade etmektedir. Buna karşılık Mahkemenin uluslararası trendlere ve yabancı hukuka (Avrupa bölgesi dışındaki) dayanması ise bir metot sorunu ortaya çıkartarak, Mahkemenin kararlarının tahmin edilebilir olmasını ve içtihat tutarlılığını engelleyecektir. Mahkeme eğer uluslararası trend ölçütünü uygulayarak karar vermeyi uygun buluyorsa, hiç olmazsa bu kavramın kullanım koşulları açısından belirli ölçütler geliştirmelidir⁵⁴.

Mahkemenin, ilginç bir şekilde Goodwin kararı ile aynı yıl -2002 yılında vermiş olduğu Pretty v. Birleşik Krallık kararında⁵⁵, benzer şekilde bir yargısal karşılaştırmacılık örneği bulunmaktadır. Bu kararda boynundan aşağısı felçli olan bir kişi, destek alarak hayatını sonlandırmak istemektedir. Başvuru, Birleşik Krallık'ta tanınmayan ötanazi ve yaşam hakkının kapsamı ile ilgili bir konudur. AİHM, bilindiği üzere takdir marjı doktrinini uygularken, "demokratik toplumda gereklilik" ölçütü değerlendirmesini yapmaktadır. Öte yandan Mahkeme, özel yaşamın kişiye en özgü en mahrem kısmı söz konusu olduğunda ise takdir marjı doktrinine sınır getirmekte ve olayın koşullarına göre özgürlük lehine karar vermektedir⁵⁶. Kişinin yaşamına son vermesini istemek de aslında bu alana, yani kişinin en mahrem alanına ait bir taleptir. Yani söz konusu kararda aslında hakkın niteliği itibarıyla -AİHM içtihatları doğrultusunda-, Mahkemenin takdir marjını dar yorumlayacağı ya da takdir marjı doktrinini uygulamayacağı ve ötanaziyi yaşam hakkının norm alanına dahil edeceği düşünülebilir. Ancak AİHM söz konusu başvuruda, bu konunun ülkelerin takdir marjı dahilinde olduğunu ifade etmiştir. Bu argümanı için de Kanada Yüksek Mahkemesi'nin bir kararına atıf yaparak, "*ülkelerin, diğer kişilerin yaşam ve güvenliğine yönelik genel ceza hukuku eylemlerini ceza yasaları ile düzenleme yetkilerinin bulunduğunu*" belirtmektedir⁵⁷.

Mahkemenin, "süregelen uluslararası trend" gerekçesinin ardından, "konsensüs", "trend" gibi kavramları kullanım biçimi, Mahkemeye üye yargıçlar tarafından da eleştirilmektedir. Mahkemenin çeşitli kararlarındaki karşı oylarda söz konusu hususlar dile getirilmektedir. Örneğin Correia de Matos

konsensüs" için de 2011 yılı itibarıyla, 47 Avrupa Konseyi üyesi devletten 10 tanesinin aynı cinsiyetten partnerlerin evlat edinmesine izin verildiği ve diğer ülkelerin de buna izin vermek için mevzuat değiştirmeyi düşündüğü ifade edilmektedir (Karar, § 55).

Mahkemenin yer verdiği, üçüncü taraf raporlarında diğer ülkelerin mevzuat ve içtihadında benzer eğilimlerin (trend) bulunduğu dair kanıt ise, Kanada'nın on üç eyaleti, Amerika Birleşik Devletleri'nin elli eyaletinden on altısı ve Brezilya, Uruguay, Yeni Zelanda ve Avustralya'nın bazı bölgeleri olarak sunulmaktadır (Karar, § 56).

⁵⁴ Dzehtsiarou, European Consensus and The Legitimacy of the European Court of Human Rights, 70-71.

⁵⁵ AİHM Kararı, Pretty v. Birleşik Krallık, 29 Nisan 2002, Başvuru no: 2346/02, § 39.

⁵⁶ Zoethout, "The Dilemma of Constitutional Comparativism", 800.

⁵⁷ AİHM Kararı, Pretty v. Birleşik Krallık, 29 Nisan 2002, Başvuru no: 2346/02, § 74.

v. Portekiz⁵⁸ başvurusu, bir kişinin kendini avukatsız olarak savunması hakkına ilişkin bir başvurudur. Bu başvuruda AİHM, **yalnızca dört Avrupa ülkesinde** bu hakkın yer almadığını belirterek, çoğunluğun böyle bir hak tanıdığını ve bu nedenle bu yönde “Avrupa’da bir trend” olduğunu belirtmiştir⁵⁹. Karşı oy ise bu sayısal durumun bir “konsensüs” olarak adlandırılabilen, “trend” sözcüğünün kullanılmış olmasını eleştirmiştir. Hatta karşı oy Goodwin kararına da atıf yaparak, Goodwin kararında da **yalnızca dört Avrupa ülkesinde** cinsiyet geçiş ameliyatı olduktan sonra yeni kimlik verilmemesinin söz konusu olduğunu, Mahkemenin Goodwin kararında, “*bu konuda bir Avrupa konsensüsü olduğuna dair kanıt yoktur; ancak uluslararası trend vardır*” gerekçesiyle devletin takdir marjını arka plana ittiğini hatırlatarak, Portekiz ile Birleşik Krallığa neden farklı muamele yapıldığını sormaktadır⁶⁰. Bir başka ifade ile Mahkeme, sayısal olarak benzer bir durumu farklı açıdan nitelemiş; birinde “Avrupa trendi”, diğesinde ise, “uluslararası trend” sözcüğünü kullanmıştır.

Correia de Matos v. Portekiz kararının karşı oyunda, Mahkemenin ahlaki olarak tartışmalı ve hassas konulara ilişkin kararlarında, ulusal demokratik çoğunluğun, Avrupa’daki trende üstün geldiği ve ilgili ülkeye geniş bir takdir marjı tanındığı hatırlatılmaktadır⁶¹.

Mahkeme, 2011 yılında Avusturya’ya ilişkin bir başvuruda yardımla üreme teknikleri ile ilgili bir konuda -bu başvuruda sperm hücresi ve yumurta hücresi donörü ile tüp bebek yapmak isteyen bir başvurucu söz konudur- “clear trend (açık bir eğilim)” olmasına rağmen ilgili devletin takdir marjını geniş yorumlamıştır. Bir başka ifade ile Mahkeme Goodwin kararında “süre gelen eğilimin varlığını” yeterli görmüş; ancak “ortaya çıkmakta olan konsensüsün varlığını” yeterli görmemiştir⁶². Bu kararda Mahkemenin ifadesi aşağıdaki gibidir:

“Sözleşmeye taraf devletlerin yasalarında, yumurta veya sperm hücresi donörü kullanarak tüp bebek yöntemi ile üreme hakkı konusunda gelişmekte olan bir konsensüs (emerging consensus) bulunmaktadır. Ancak bu “emerging consensus (ortaya çıkmakta olan ya da gelişmekte olan konsensüs)”, üye devletlerin hukukunda yerleşmiş ve uzun süreden beri uygulanagelen bir

⁵⁸ AİHM Kararı, Correia de Matos v. Portekiz, 4 Nisan 2018, Başvuru no: 56402/12.

⁵⁹ AİHM Kararı, Correia de Matos v. Portekiz, 4 Nisan 2018, Başvuru no: 56402/12, § 81, 137.

⁶⁰ AİHM Kararı, Correia de Matos v. Portekiz, 4 Nisan 2018, Başvuru no: 56402/12, “Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque and Judge Sajó”, Karşıoy § 18, 19, 20.

⁶¹ AİHM Kararı, Correia de Matos v. Portekiz, 4 Nisan 2018, Başvuru no: 56402/12, “Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque and Judge Sajó”, Karşıoy § 20.

⁶² Correia de Matos v. Portekiz kararı ile S.H. ve Diğerleri v. Avusturya kararının yazımızda ifade edilen yönler açısından detaylı analizi ve belirtilen eleştiri hakkında bkz. Triestino Mariniello, editör, Judge Pinto de Albuquerque and the Progressive Development of International Human Rights Law (Judges, Band 8) (Brill-Nijhoff Publications, 2021), 202, dipnot 75, 191-230.

duruma dayanmamaktadır; daha çok kısmen hukukun dinamik bir alanının gelişme aşamasını yansıtmaktadır ve devletlerin takdir marjını da daraltmaz⁶³ [parantez ve vurgular eklenmiştir].”

Mahkemenin, ABD yüksek mahkemesine atıf yaptığı bir karar olan Appleby ve Diğerleri v. Birleşik Krallık başvurusu⁶⁴ ifade hürriyetine ilişkindir. Bu başvuruda, kamuya açık ancak özel mülkiyete tabi olan bir alış-veriş merkezinde bildiri dağıtım, imza kampanyası düzenlemek isteyen başvurucuya, alış-veriş merkezinin sahibinin izin vermemesi söz konusudur. Başvurucu devletin bu yönde bir pozitif yükümlülüğünün olduğunu, söz konusu özel mülk olsa da, devletin kamuya açık hizmet veren tüm yerler kapsamında ifade hürriyetini korumaya yönelik tedbirler alması gerektiğini iddia etmektedir. AİHM başvuruya ilişkin kararında, “yabancı hukuk” başlığı altında, yalnızca ABD ve Kanada yüksek mahkemelerine yer vermiştir. Hüküm gerekçesinde aşağıdaki gerekçeyi de ileri sürerek, ihlal kararı vermemiştir:

“Özellikle Amerika Birleşik Devletleri’ndeki davalar, ifade özgürlüğünün, halka açık özel mülklerde kabul edilmesine doğru ilginç bir eğilim göstermesine rağmen, Amerikan Yüksek Mahkemesi, özel mülkiyete ait bir alış-veriş merkezinde ifade özgürlüğü hakkı olduğuna karar vermekten kaçınmıştır. Sözleşmeye taraf devletler de çok farklı olgusal durumlarda ortaya çıkan kamu hukuku ve özel hukuk konularında farklı yaklaşımlar göstermektedir. Sözleşme’nin 10. maddesine ilişkin bu davada Mahkeme’ye yapacağı incelemede yardımcı olabilecek herhangi bir uzlaşmanın henüz ortaya çıktığı söylenemez⁶⁵.”

Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkeme’nin adının geçtiği bir diğer ilginç örnek Blokhin v. Rusya başvurusudur⁶⁶. Genç suçluluğu ve gençlerin cezalandırılması ile ilgili söz konusu başvurunun karşılığında, kararın 196. paragrafında ABD Federal Yüksek Mahkemesinin geliştirmiş olduğu ölçüte göre karar verildiği ve söz konusu ölçütlerin AİHM tarafından geliştirilen bir yaklaşım olmadığı ifade edilmiştir⁶⁷. Karşıya göre AİHM, ABD Federal Yüksek Mahkemesi kararına örtülü bir atıf yapmıştır⁶⁸.

Mahkeme, ağır suç işlemiş mahkumların ülke genel ve yerel seçimlerinde oy kullanmasının yasaklanmasına ilişkin 2005 yılındaki Hirst v. Birleşik Krallık kararının “Diğer Ülkelerden Uygun Yargı Kararları” başlığı altında

⁶³ AİHM Kararı, S. H. ve Diğerleri v. Avusturya, 3 Kasım 2011, Başvuru no: 57813/00, § 96.

⁶⁴ AİHM Kararı, Appleby ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 6 Mayıs 2003, Başvuru no: 44306/98, § 25-30.

⁶⁵ AİHM Kararı, Appleby ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 6 Mayıs 2003, Başvuru no: 44306/98, § 46.

⁶⁶ AİHM Kararı, Blokhin v. Rusya, 23 Mart 2016, Başvuru no: 47152/06.

⁶⁷ AİHM Kararı, Blokhin v. Rusya, 23 Mart 2016, Başvuru no: 47152/06; “Partly Dissenting Opinion of Judges Spielmann, Nicolaou, Bianku, Keller, Spano And Motoc” başlığı altında, “Partly Dissenting Opinion of Judge Motoc”, § 28.

⁶⁸ Örtülü atıflar hakkında bkz. Kontacı, Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi, 173.

yalnızca Güney Afrika Yüksek Mahkemesi ve Kanada yargı yerlerinin söz konusu hakkın varlığını savunan kararlarına atıf yapmıştır ve nihayetinde ihlal kararı vermiştir⁶⁹.

Mahkeme, velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin izni olmadan çocuğun velayet hakkı olan ebeveyn tarafından ülkeden çıkartılması ve ardından ulusal mahkemelerin bunu uygun bulması ile ilgili bir başvuruya ilişkin 2010 yılındaki bir diğer kararında, Avustralya yüksek mahkemesinin benzer bir uyumsuzluk hakkında verdiği karara atıf yapmıştır⁷⁰.

Örnekleri sonlandırırken kısaca AİHM yargıçlarından Françoise Tulkens ile gerçekleştirilen bir röportajda, Tulkens'in karşılaştırmalı metot ile ilgili ifadelerine yer vermek yerinde olacaktır⁷¹: "*Ünlü Lautsi ve Diğerleri v. İtalya*⁷² davasında, kararı verirken karşılaştırmalı bir analiz yapmamız istendi. Rapor-törlerden karşılaştırmalı analizi aldık ancak bunu kullanmamız mümkün değildi çünkü bu yalnızca 17 ülkenin hukukunun karşılaştırmasıydı. 17 ülkede de konu bambaşka biçimde ele alınıyordu çünkü ülkelerin içinde buldukları durumlar farklıydı. Günün sonunda karşılaştırmalı çalışmayı kararda kullan-mama kararı aldık; zaten 47 devletten yalnızca 17 devletin hukukuna atıf ya-parak nasıl kullanabilirdik ki; yeterince temsil edici değildi."

Lautsi ve Diğerleri v. İtalya davası, 2011 yılında, İtalya'da devlet okulla-rının sınıf duvarlarında haç bulunmasının sözleşmenin 9. maddesindeki din özgürlüğüne ve ayrıca eğitim hakkına aykırı olmadığına ilişkin oldukça tartışmalı davalardan birisidir⁷³.

SONUÇ

Mahkemenin "süregelen eğilim ölçütünü" kullanmasıyla giderek tartış-malı hale gelen metot sorunun ortaya çıkarttığı nihai olarak iki temel sorun bulunmaktadır.

Birincisi AİHM'nin *bölgesel bir mahkeme* olarak insan haklarının ko-runması açısından üstlendiği / üstlenmek zorunda olması gereken role iliş-kin tartışmalı husustur. Eleştirilerde dikkati çeken husus, Mahkemenin Av-rupa bölgesine ilişkin bir mahkeme olduğundan bahisle, önceliği Avrupa konsensüsü doktrinine vermesi gerektiği yönündedir. Çünkü Mahkemenin aslında varlık nedeni oldukça önemlidir. Bölgesel bir mahkeme olarak, Mah-

⁶⁹ AİHM Kararı, Hirst v. Birleşik Krallık (No.2), 6 Kasım 2005, Başvuru no: 74025/01, § 35-37 (Kanada), 38-39 (Güney Afrika Cumhuriyeti).

⁷⁰ AİHM Kararı, Neulinger ve Shuruk v. İsviçre, 6 Temmuz 2010, Başvuru no: 41615/07, § 72.

⁷¹ Röportaj Dzehtsiarou tarafından gerçekleştirilmiştir. Bkz. Dzehtsiarou, European Consensus and The Legitimacy of the European Court of Human Rights, 79.

⁷² AİHM Kararı, Lautsi ve Diğerleri v. İtalya, 18 Mart 2011, Başvuru no: 30814/06.

⁷³ Karar hakkındaki tartışmalar ve etkileri hakkında bkz. Gabriel Andreescu ve Liviu Andreescu, "The European Court Of Human Rights' Lautsi Decision: Context, Contents, Consequences", Journal for the Study of Religions and Ideologies 9, S. 26 (2010): 47-74.

kemenin en önemli işlevi ve aslında varlık nedeni, insan hakları alanında Avrupa bölgesi için belli standartlar geliştirmektir. Ancak Mahkemenin kararları tutarsızlıktan ötürü bir meşruiyet krizine girdiğinde ise bundan en çok zarar görecektir olan yine bu bölgedeki insanlardır.

Öte yandan Dzehtsiarou'ya göre, Mahkeme kararları nedeniyle meşruiyetini yitirdiğinde, bu tüm sistemin ortadan kalkacağı anlamına elbette gelmeyecektir; ancak bu durum, AİHM'nin insan haklarının korunması alanında **doğrudan etkisi olacak belli ilkeler** / standartlar geliştirebilmesini engelleyecektir⁷⁴. Ancak bugün başvuru sayılarından da anlayabileceğimiz üzere AİHM, insan hakları hukuku alanında özellikle Doğu Avrupa ülkeleri, hatta kendi ülkemiz açısından da ciddi katkıları olan bir kurum, dünyadaki uluslararası insan hakları mekanizmaları ve diğer bölgesel sistemler içinde de en gelişmiş sistemdir.

İkinci durum da aslında daha genel bir insan hakları hukuku sorunudur. AİHM'nin bu şekilde bazı haklarda, argümanına meşruiyet arayışı içindeyken, yabancı ülkelerdeki kimi mahkeme kararlarına atıf yapması, **insan haklarına ilişkin evrensel bir temellendirme sorununa** işaret etmektedir. Mahkemenin yargısal karşılaştırmacılık yaparak çeşitli biçimlerde yabancı yargı yerlerinin kararlarına atıf yapması, aslında insan haklarının doğru temellendirilmesi problemi ile ilgili bir sorundur. Bir başka ifade ile Mahkeme, insan haklarının temellendirilmesinde problem yaşadığı için doktrinde eleştirilen bir metoda -yargısal karşılaştırmacılığa- başvurmak zorunda kalıyor. İnsan haklarının değer yargıları ile ilgili her alanında bu sorun ortaya çıkacaktır.

Son olarak, AİHM'nin uluslararası kararlara atıf yapması ve karşılaştırmalı metotla çalışması hakkında kendi içinden önemli bir tespite yer vermek uygun olacaktır.

*"AİHM, görevinde her zaman tamamen başarılı olamayabilir ve Mahkemenin kararları kendisinden beklenen şekilde her zaman tutarlı ve sağlam olmayabilir. Ancak buna rağmen Mahkeme, içtihadında en yüksek kalite ve tutarlılığı sağlamak için dahili mekanizmalar oluşturmuştur. Her karar taslağı kıdemli hukukçular tarafından sistematik bir kalite kontrolünden geçmektedir ve potansiyel içtihat gelişmeleri Mahkemenin hukuki danışmanları ve personeli tarafından izlenmektedir. Mahkemenin Araştırma Bölümü, diğer uluslararası sistemlerdeki gelişmeler hakkında karşılaştırmalı çalışmalar ve raporlar hazırlamaktadır. Mahkemenin içtihadında bir çatışmanın söz konusu olacağı durumlarda, Mahkemenin, konuyu incelemek ve Dairelere nasıl hareket edileceği konusunda tavsiyelerde bulunmak üzere kıdemli yetkililerin yardımıyla Bölüm Başkanlarını bir araya getiren bir Uyuşmazlık Çözüm Kurulu bulunmaktadır"*⁷⁵.

⁷⁴ Dzehtsiarou, European Consensus and The Legitimacy of the European Court of Human Rights, 147.

⁷⁵ Jean-Paul Costa, "On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments", European Constitutional Law Review 7, S. 2 (2011): 182, dipnot 29.

KAYNAKÇA

- Andreescu Gabriel ve Andreescu, Liviu. "The European Court Of Human Rights' Lautsi Decision: Context, Contents, Consequences", *Journal for the Study of Religions and Ideologies* 9, S. 26 (2010): 47-74.
- Arai-Takahashi, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerpen-Oxford-New Yor: Intersentia, 2002.
- Bal, Ali. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, S. 1 (2019): 27-82.
- Bernat, Frances P.; Curtis, Craig ve Davalos Rebecca. "Weber and judicial legitimacy: A critical analysis of the U.S. Supreme Court immigration cases *Nielsen v. Preap* (2019) and *Barton v. Barr* (2021)", *Journal of Criminal Justice and Law* 4, S.1 (2020): 1-21.
- Çalı, Başak ve Ghanea. *From Ratification to Implementation: UN Human Rights Treaties and the GCC*. University College London and University of Oxford Workshop Series Report, 2013.
- Chayes, Abraham. "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review* 89, S. 7 (1979): 1281-1316.
- Costa, Jean-Paul. "On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments", *European Constitutional Law Review* 7, S. 2 (2011): 173-182.
- Demir, Ebru. "The European Court of Human Rights' Engagement with International Human Rights Instruments: Looking at the Cases of Domestic Violence", *The Age of Human Rights Journal* 17, (2021): 79-96.
- Dönmez, Burcu. "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması Tahlili", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 2 (2007): 99-142.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin. *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Esen, Egemen. "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Ulusal Makamlarla İlişkisi: Sorumluluk Paylaşımı", içinde: *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020, Cilt III*, Ankara: Ankara Barosu, 2021, 285-346.
- Göçer, Mahmut. *Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması-Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulanmasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme*. Ankara: Seçkin 2002.
- Gözler, Kemal. "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 61, S.3 (2006): 131 – 166.

- Gribnau, Hans. "Legitimacy of the Judiciary", içinde: E. Hondius and C. Joustra (red.), Netherlands Reports to the Sixteenth International Congress of Comparative Law Antwerpen: Intersentia, 2002.
- Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Right to Education. Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022.
- Güriz, Adnan. Hukuk Felsefesi. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019.
- İspir, Zeynep. İnsan Haklarının Temeli Olarak İnsan Onuru Kavramı. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Kamu Hukuku, 2017.
- Kontacı, Ali Ersoy. Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi. Ankara: Seçkin, 2021.
- Korucu, Serdar. Yargısal Aktivizm-Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu. Ankara: Seçkin, 2014.
- Mariniello, Tristino, editör. Judge Pinto de Albuquerque and the Progressive Development of International Human Rights Law (Judges, Band 8). Brill-Nijhoff Publications, 2021.
- Murray, John. "Consensus: Concordance, Or Hegemony of The Majority?", içinde: Dialogue between judges Proceedings of the Seminar. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2008, 17-31.
- Örücü, Esin. "Ulusal Anayasa Mahkemelerinde 'Yargısal Karşılaştırmacılık' ve Mahkemeler Arası Diyalog", Anayasa Yargısı 34, (2007): 433-459.
- Özkan Duvan, Ayşe. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 24, S. 2 (2018): 660-681.
- Rozakis, Christos L. "The European Judge as Comparatist", Tulane Law Review 80, S.1 (2005): 257-280.
- Sağlam, Fazıl. Temel Hakların Sınırlanması ve Özü. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullanıldığı Yöntem, İlke ve Usuller. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Slaughter, Anne-Marie. A New World Order. Princeton University Press, 2004.
- Sunay, Reyhan. Tartışılan Egemenlik. Ankara: Yetkin, 2007.
- Tepe, Harun. "İnsan Haklarının Bilgisel Temelleri", içinde: İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar. Ankara: Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2006, 171-195.
- Wallerstein, Immanuel. World-Systems Analysis-An Introduction. Durham and London: Duke University Press, 2004.

Wildhaber, Luzius. "Rethinking the European Court of Human Rights", içinde: Jonas Christoffersen ve Mikael Rask Madsen, editör. *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2011, 204-229.

Zoethout, Carla M. "The Dilemma of Constitutional Comparativism", *ZaöRV* 71, (2011): 787-806.

Kararlar Listesi

- AİHM Kararı, Appleby ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 6 Mayıs 2003, Başvuru no: 44306/98.
- AİHM Kararı, Blokhin v. Rusya, 23 Mart 2016, Başvuru no: 47152/06.
- AİHM Kararı, Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, 11 Temmuz 2002, Başvuru no: 28957/95.
- AİHM Kararı, Correia de Matos v. Portekiz, 4 Nisan 2018, Başvuru no: 56402/12.
- AİHM Kararı, Gas ve Dubois v. Fransa, 15 Mart 2012, Başvuru No 25951/07).
- AİHM Kararı, Hirst v. Birleşik Krallık (No.2), 6 Kasım 2005, Başvuru no: 74025/01.
- AİHM Kararı, Lautsi ve Diğerleri v. İtalya, 18 Mart 2011, Başvuru no: 30814/06.
- AİHM Kararı, Loudiziu v. Türkiye, 23 Mart 1995, Başvuru no: 15318/89.
- AİHM Kararı, Neulinger ve Shuruk v. İsviçre, 6 Temmuz 2010, Başvuru no: 41615/07.
- AİHM Kararı, Opuz v. Türkiye, 9 Haziran 2009, Başvuru no: 33401/02.
- AİHM Kararı, Prager ve Oberschlick v. Avusturya, 26 Nisan 1995, Başvuru No. 15974/90.
- AİHM Kararı, Pretty v. Birleşik Krallık, 29 Nisan 2002, Başvuru no: 2346/02.
- AİHM Kararı, S. H. ve Diğerleri v. Avusturya, 3 Kasım 2011, Başvuru no: 57813/00.
- AİHM Kararı, Vo v. Fransa, 8 Temmuz 2004, Başvuru no: 53924/00, § 82, 84.

İnternet Kaynakları

- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği. Erişim: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ced/cooperation-regional-mechanisms>; tarih: 25.06.2022.
- TDK Türkçe Sözlük. Erişim tarihi: Ağustos 21, 2022, <https://sozluk.gov.tr/> .

ARAZİ TOPLULAŞTIRMASI KAVRAMI HUKUKİ NİTELİĞİ VE YARGISAL DENETİMİ

*Özge Didem BOULANGER**

GİRİŞ

Hakların anası olarak bilinen mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlama niteliğinde bir işlem olan arazi toplulaştırması çalışmaları 20.yy'ın ortalarından itibaren ülkemizde gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Arazi toplulaştırması uygulamasıyla ekilebilir araziler oluşturularak veya ekilebilir arazilerin sayıları çoğaltılarak tarımsal verimlilik artırılır. Gerçekten de dünyada ve ülkemizde tarımsal araziler çeşitli nedenlerle parçalanmış, küçülmüşlerdir veya şekilleri bozulmuş olabilir. Bu şekilde parçalanmış arazilerde tarımsal üretime ilişkin masraflar artmakta, arazilerden olması gereken düzeyde faydalanmak mümkün olmamaktadır. Birleşmiş Milletler verilerine göre bugün için Dünyada 7,7 milyar insan yaşıyor ve 2100 yılına gelindiğinde Birleşmiş Milletler dünya nüfusunun 11,2 milyar olacağını öngörüyor¹. İnsan sayısının artmasıyla birlikte ekilebilir tarım arazilerinin sayısında artış olma ihtimali bulunmaması mevcut arazilerden azami ölçüde faydalanmayı gerekli kılmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında arazi toplulaştırması ülkemiz açısından ve tüm dünya açısından da önemli bir uygulamadır. Ancak bu uygulama mülkiyet hakkına da sınırlama getirdiğinden, yargısal denetime açık olması ve uygulamanın tüm unsurlarıyla yargı yeri tarafından etkin olarak denetlenebilmesi önemlidir. Ayrıca arazi toplulaştırmasının başarıya ulaşabilmesi için adaletli ve hakkaniyetli olması gerekir bu da toplulaştırılan alanda arazi sahiplerine eski arazilerine eşdeğer nitelikte arazilerin verilmesiyle sağlanabilir.

Arazi toplulaştırması ile ilgili olarak ülkemizde ilk uygulanmaya başlandığı 1961 yılından bugüne çok sayıda mevzuat değişikliği olmuştur, uygulayıcı kuruluşlar ve uygulama usulünde değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda arazi toplulaştırmasının kanuni dayanaklarının belirlenmesi ve son mevzuat değişiklikleriyle birlikte arazi toplulaştırmasının incelenmesi gerekir. Ek olarak arazi toplulaştırması son aşamasında tapu sicilinde de değişiklik yaratır. Bu bağlamda yargısal ve idari süreçleri olan toplulaştırma da hangi aşamada adli yargı hangi aşamada idari yargıya başvurulacaktır son mevzuat değişiklikleriyle yargı yerinin belirlenmesi önemlidir.

* Doktor, İdare Hukuku, ozgedidem@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9474-9471

¹ Population – The United Nations, Erişim Tarihi: 02.07.2022, www.un.org.

Bu çalışmada arazi toplulaştırması kavramı tanımlanmış, türleri belirlenmeye çalışılmıştır. Arazi toplulaştırmasıyla ilgili son mevzuat hükümleri değerlendirilerek, arazi toplulaştırmasının hukuki niteliği tespit edilmiştir. Arazi toplulaştırmasının hukuki niteliğinin belirlenmesi açılacak olan dava türünün ve davanın görüleceği yargı kolunun tespiti açısından önemlidir. Ek olarak çeşitli aşamalardan oluşan arazi toplulaştırma çalışmalarının aşamaları tespit edilerek hangi aşamalarda hangi davaların açılabilmesi hususlarına değinilmiştir. Son olarak arazi toplulaştırması, pek çok açıdan incelenebilecek çok yönlü bir kavramdır, bu çalışmada sadece tarımsal verimliliğin artırılması amacıyla gerçekleştirilen arazi toplulaştırma çalışmaları kavramsal olarak ve hukuksal nitelikleri açısından incelenmiştir.

I. ARAZİ TOPLULAŞTIRMASI KAVRAMI ve İLGİLİ MEVZUAT

Tarım arazileri çeşitli nedenlerle parçalanabilir, bu parçalanmalar doğal nedenlerle olabileceği gibi insan eliyle de gerçekleşebilir. Doğal nedenlerden kastımız genellikle doğal afetlerdir ki bunlar sel, deprem, heyelan, taşkın gibi afetlerdir. İnsan eliyle, beşeri nedenlerle parçalanma ise, miras ve intikal yoluyla, hisseli satışlar, kiracılık, ortakçılık, tarım arazilerinden geçen kamusal yatırımlar nedenleriyle olabilir. Bu yatırımlar karayolu yapılması, sulama kanalları yapılması, dinlenme tesisleri yapılması şeklinde gerçekleşebilir. Arazilerin her ne sebeple olursa olsun parçalanması tarım arazilerinden faydalanmayı engeller niteliktedir. Gerçekten de tarımsal işletmelerin dağınıklığı ve parçalı yapısı tarım arazilerinin sınır uzunluklarının çoğalmasına neden olmakta ve dolayısıyla işlenemeyen arazi miktarını artırarak tarımsal verimliliği düşürmektedir². Oysa tarım arazilerinden yüksek oranda fayda sağlanması geleceğimiz açısından önemlidir, zira hızlı nüfus artışı neticesinde tarım arazilerinin nüfusun beslenmesinde yetersiz olması hususu gündeme gelebilecektir, tarım arazilerinin nüfus artış hızıyla orantılı olarak artırılması mümkün olmadığından en uygun çözüm, mevcut arazilerden en yüksek düzeyde faydalanmanın yollarının bulunmasıdır. Bu yollardan biri de arazi toplulaştırmasıdır.

Dünya genelinde bilinen bir kavram olan arazi toplulaştırması (land consolidation) ülkemizde de yarım yüzyıla yakın bir zamandır gündemde olan bir uygulamadır. Tarım arazilerine duyulan önemin artması ile birlikte, dünya genelinde arazi toplulaştırması 16. yüzyılda uygulanmaya başlanmış, 19. yüzyılda arazi toplulaştırması faaliyetleri hızlanmıştır³. Ülkemiz açısından da arazi toplulaştırması, tarımsal verimliliğin artırılması için önemlidir. Gerçekten de çeşitli nedenlerle küçülen, parçalara bölünen tarım arazilerinden elde edilen verimlilik ve elde edilen gelir ülkemizde, olması gerekenin oldukça altında kalmıştır, tarım işletmelerinin sahip olduğu arazilerin eko-

² Halil Akdeniz, "Tarım Kesiminin Kalkınmasında Bir Çözüm Olarak Arazi Toplulaştırması", Amme İdaresi Dergisi 36, 4(2003):128.

³ E.İşıl Demirtaş; Mustafa Sarı, "Arazi Toplulaştırması", Derim 20, 1, 48-58 (2016): 48.

nomik işletme büyüklüklerinin istenilen düzeyin altına düşmesi, ekonomik tarım yapılmasını engeller niteliktedir, bu durumu önlemenin yolu ise arazi toplulaştırması denilen çalışmanın yapılmasıdır⁴.

Ülkemizde ilk olarak arazi toplulaştırması 1961 yılında Karkın köyünde gerçekleştirilmiştir⁵. İlk arazi toplulaştırma çalışmaları 27.02.1960 kabul tarihli 7457 sayılı mülga Ziraat Vekaleti Toprak Muhafaza ve Zirai Sulama İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanun ile mülga olan 743 sayılı Medeni Kanun'un 678. Maddesi uyarınca gerçekleştirilmekteydi⁶. Bu toplulaştırma çalışmaları bugün itibarıyla mevcut olmayan TOPRAKSU Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilmiştir⁷. Ülkemizdeki toplulaştırma çalışmaları genel olarak değerlendirildiğinde, 1961 yılından 2003 yılına kadar köy temelli basit arazi toplulaştırması gerçekleştirildiği, 2003 yılından itibaren basit arazi toplulaştırılması hızlandırıldığı, 2005 sonrası ise çok amaçlı uygulamaların araştırılmaya başlandığı söylenebilir⁸. Halihazırda ülkemizde 14.2 milyon hektar tarım alanının toplulaştırma yaptırmak açısından uygundur⁹.

Dünyada ve ülkemizde tarımsal verimliliğin artırılması için uygulama alanı bulan arazi toplulaştırması, mülkiyet hakkının kullanımına doğrudan etki eden yargısal denetime doğal olarak açık bir uygulamadır. Bu bağlamda öncelikle arazi toplulaştırması kavramının tanımı ve hukuksal niteliğinin belirlenmesi, açılacak davalarda yargı yeri ve dava türünün tespiti açısından önemlidir.

A. ARAZİ TOPLULAŞTIRMASI KAVRAMI SINIFLANDIRMASI ve FAYDALARI

Arazi toplulaştırması, herhangi bir nedenle parçalanmış ve artık üzerinde tarımsal faaliyetler yapılamayan arazilerin modern tarım işletmeciliği

⁴ AYM Kararı, 14.04.2011, E.2007/ 23, K.2011/ 64.

⁵ Karkın Köyü 2022 yılı itibarıyla mahalle olmuştur, 1961 yılında ilk arazi toplulaştırmasının olduğu Karkın, o zamanlar Konya ili Çumra ilçesine bağlı bir köydü, bu alanda toplam 8 toplulaştırma çalışmaları gerçekleştirildi. Son çalışma geçiş döneminde 10 bin 500 hektarlık alan tescil edildi. "Konya Toplulaştırma Çalışmaları Devam Ediyor", Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Erişim Tarihi: 26.05.2022, dsi.gov.tr.

⁶ 743 sayılı Medeni Kanun madde 678:Toprağın ve su yollarının ıslahı, bataklıkların kurutulması, orman yetiştirilmesi, yol açılması, orman ve köy arazisi parçalarının birleştirilmesi gibi şeyler ancak mütaaddit maliklerin iştirakiyle yapılır bunun için arsaların yarısından fazlasına malik bulunan ve adetçe maliklerin üçte ikisini teşkil eden kimseler tarafından karar verilmek lazımdır. Bu karara diğerleri ittiba mecburdurlar. Lexpera, "743 sayılı Türk Kanunu Medenisi" Erişim Tarihi: 09.06.2022. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-kanunu-medenisi>.

⁷ Gürsel Küsek, "Türkiye'de Arazi Toplulaştırmasının Yasal Durumu ve Tarihsel Gelişimi", Ç.Ü.Z.F. Dergisi 29, 1, (2014):4.

⁸ Küsek, "Türkiye'de Arazi Toplulaştırmasının Yasal Durumu ve Tarihsel Gelişimi", 4. Basit arazi toplulaştırmasıyla kastedilen köy temelli gerçekleştirilen ve dağınık ve şekilsiz parsellerin yeniden düzenlenmesidir.

⁹ "Konya Toplulaştırma Çalışmaları Devam Ediyor", Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Erişim Tarihi: 26.05.2022, dsi.gov.tr

esaslarına göre ve sulama hizmetlerinin geliştirilmesi açısından birleştirilmesi, şekillendirilmesi ve yeniden düzenlenmesidir¹⁰. 7 Şubat 2019 tarih ve 30679 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Arazi Toplulaştırması ve Tarla İçi Geliştirme Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği 'de arazi toplulaştırması kavramını tanımlamıştır, buna göre arazi toplulaştırması, tarım arazilerinin doğal ve yapay etkilerle bozulmasını ve parçalanmasını önlemeyi, parçalanmış arazilerde ise doğal özellikleri, kullanım bütünlüğü ve mülkiyet hakları gözetilerek birden fazla arazi parçasının birleştirilip ekonomik, ekolojik ve daha işlevsel yeni parsellerin oluşturulmasını, bu parsellerin arazi özellikleri ve alanı değerlendirilerek kullanım şekillerinin belirlenmesini ve arazi gelişimi hizmetlerinin sağlanmasını ifade eder. Bir başka tanımla arazi toplulaştırması işlemi kadastro yapılmış tarım alanlarında, tarım arazilerinin bozulmasını ve parçalanmasını önlemek ve rasyonel kullanımını sağlamak amacıyla birden fazla arazi parçasının birleştirilip, ulaşım, modern sulama ve tarımsal mekanizasyon tekniklerinin gereksinimlerine göre daha işlevsel yeni parsellerin oluşturulmasını sağlayan bir arazi düzenlemesidir¹¹.

Arazi toplulaştırması çalışmaları neden gerçekleştirilir, faydaları nelerdir sorusuna çok kapsamlı yanıt vermek mümkündür. Gerçekten de arazi toplulaştırmasının birçok faydası bulunmaktadır, en önemlisi dağınık arazilerin birleştirilmesi suretiyle ekilebilecek arazilerin sayısal olarak çoğalmasıdır, zira parçalı arazilerin ekilemeyecek alan sınırları da daha fazla olacağından, arazilerin birleştirilmesiyle sınırlar azalacak ve ekilebilir arazi miktarı artacaktır. Ek olarak arazi toplulaştırılması tarım arazilerinin şekillerindeki bozuklukları giderecektir ve arazi toplulaştırmasıyla kullanılmayan küçük araziler ekilebilir tarım arazileri haline gelmektedir. Ayrıca her bir tarlanın yola ulaşabilmesi arazi toplulaştırmasının bir başka faydasıdır. Ulaşım, hisseli tapu ve sulama ile ilgili sorunlar toplulaştırma ile çözülmektedir, sorunların büyük oranda çözümü ile yargının da iş yükü azalmaktadır. Özetle arazi toplulaştırmasıyla birlikte tarım arazilerinde gerçekleştirilecek çalışmaları engelleyecek ekonomik, teknik, hukuki ve sosyal sorunlar ortadan kaldırmakta ve tarım alanında iş yapanlar ve arazi sahiplerinin yaşam kalitesi yükselmektedir¹².

İlk bakışta arazi toplulaştırması kamulaştırmaya benzediği düşünülebilir, zira ikisinde de malikin rızası dışında mülkiyet hakkında değişiklik meydana gelmektedir. Ancak aralarında çok temel bir farklılık söz konusudur, kamulaştırmada kamulaştırma bedeli peşin olarak malike ödenirken, toplulaştırmada yeni ve düzenlenmiş parselle arazi sahibine yeni mülkiyet hakkı tanınmaktadır. Dolayısıyla arazi toplulaştırması kamulaştırma gibi mülkiyet

¹⁰ T.C. Ankara Valiliği, İl Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü, Erişim Tarihi: Mayıs 21, 2022, <https://ankara.tarimorman.gov.tr/>.

¹¹ Danıştay Başkanlar Kurulu, 20.09.2013, E.2013/ 140, K.2013/ 167.

¹² Demirtaş; Sarı, "Arazi Toplulaştırması", 2.

hakkına etki etse de meydana gelen hukuksal sonuç açısından kamulaştırmadan oldukça farklıdır. Toplulaştırmayla, arazi sahiplerine eski topraklarının yerine geçecek yeni topraklar verilip zorunlu bir trampa ilişkisi kurulur¹³. Bu açıdan değerlendirildiğinde arazi toplulaştırmasında önemli bir hususun eşdeğerlik ilkesinin göz önünde bulundurulmasıdır. Bu ilke arazi sahiplerine toplulaştırmanın ardından verilecek yeni arazilerin eski arazilerle eşdeğer olmasını ifade eder¹⁴.

Doktrinde arazi toplulaştırması dar ve geniş anlamlarda tanımlanmaktadır. Dar anlamda arazi toplulaştırması aynı kişinin, işletmenin veya çiftçi ailesinin sahip olduğu parçalanmış, dağılmış, şekli bozuk tarım arazilerinin düzgün şekilde bir araya getirilmesidir¹⁵. Dar anlamda arazi toplulaştırması, her ne kadar hızlıca gerçekleştirilse de ıslah çalışmaları gerçekleştirilmeden ve sulama konusu dikkate alınmadan yapıldığı için, arazi toplulaştırmasından beklenen tarımsal üretime ilişkin artışı sağlayamayabilecektir¹⁶. Geniş anlamda arazi toplulaştırması ise arazi parçalarının birleştirilmesi yanında tarım arazilerinden mümkün olduğunca çok yararlanmasının sağlanması amacıyla sulama, toprak koruması, ıslahı gibi teknik önlemlerin tümüdür¹⁷. Esasen günümüzdeki anlamıyla değerlendirdiğimizde arazi toplulaştırması, dağınık parsellerin bir araya getirilmesi hususunu içerdiği gibi, zirai, teknik, ekonomik ve sosyal anlamda alınabilecek önlemleri de içermektedir¹⁸.

İsteğe bağlı ve zorunlu toplulaştırma arazi toplulaştırmasının bir başka şekilde sınıflandırılmasıdır. Bu sınıflandırma mevzuatta da yer alır. Arazi toplulaştırmasını düzenleyen 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu ile 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne Yürütülen Hizmetler Hakkında Kanun incelendiğinde toplulaştırmanın isteğe bağlı veya zorunlu olarak gerçekleştirilebileceği hususu yer almaktadır. İsteğe bağlı arazi toplulaştırmasında belirli büyüklük ve sayıdaki arazi sahiplerinin istekleri göz önünde bulundurulur, bu bağlamda isteğe bağlı toplulaştırmalarda arazi sahiplerinin isteğine bağlı olduğu için arazi sahibinin sayıca az olduğu toplulaştırma projeleri başarıya ulaşmakta-

¹³ Y 8.HD, 13.03.2007, E.2007/ 943, K.2007/ 1529.

¹⁴ 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanununda açıklanan toprak derecelendirmesiyle ki derecelendirme toprağın uygulama tarihindeki rayiç bedelinin, konumunun, verimliliğinin, özelliklerinin, yerleşim yerine olan mesafesinin tespit edilerek değiştirilecek toprak ile denkleğin sağlanmasıdır eşitlik ilkesi sağlanır. Şenol, arazi toplulaştırmasının temel ilkelerini eşdeğerlik ilkesi, tarımsal üretime elverişli parsel oluşturulması ilkesi, aynı yerde ve tek parsel verilmesi ilkesi, çiftçi tercihlerinin belirlenmesi ilkesi, kamu hizmetlerine katılım ilkesi, sabit tesislerin korunması ilkesi olarak zikretmiştir. Feruzan Şenol, Arazi Toplulaştırması ve İptal Davası Yoluyla Yargısal Denetimi, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 91-93.

¹⁵ Küsek, "Türkiye'de Arazi Toplulaştırmasının Yasal Durumu ve Tarihsel Gelişimi", 2.

¹⁶ Şenol, Arazi Toplulaştırması ve İptal Davası Yoluyla Yargısal Denetimi, 24.

¹⁷ Küsek, "Türkiye'de Arazi Toplulaştırmasının Yasal Durumu ve Tarihsel Gelişimi", 2.

¹⁸ Şenol, Arazi Toplulaştırması ve İptal Davası Yoluyla Yargısal Denetimi, 24.

dır¹⁹. İsteğe bağlı arazi toplulaştırması, Arazi Topplulaştırması ve Tarla İçi Geliştirme Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği uyarınca, toplulaştırma etüt sahasındaki arazi sahiplerinin sayıca ve sahip oldukları arazilerin alansal olarak yüzde elliden fazlasının imzalı muvafakati alınarak yapılan arazi toplulaştırmasını ifade eder. Zorunlu arazi toplulaştırması ise arazi sahiplerinin onayı olmadan gerçekleştirilen toplulaştırma çalışmalarıdır. Burada tarım arazisi maliklerinin onayı aranmamaktadır, bu bağlamda toplulaştırmanın gerçekleştirilmesi kamu yararı gerekçesiyle gerçekleştirilmeli ve toplulaştırma, ekonomik, sosyal, hukuki gibi nedenlerle mutlaka gerekli olmalıdır²⁰.

Dar - geniş anlamda ve isteğe bağlı - zorunlu olarak sınıflandırabildiğimiz arazi toplulaştırması yanı sıra mevzuatımızda özel amaçlı arazi toplulaştırması kavramı da düzenlenmiştir. Özel amaçlı arazi toplulaştırması, kurumlar hizmet konuları ile ilgili olarak arazi toplulaştırması yaptıklarında gündeme gelir²¹. Zira arazi toplulaştırmasında uygulayıcı kuruluş olarak Devlet Su İşleri (DSİ) yetkilidir. Özel amaçlı toplulaştırmaları köy tüzel kişiliği, belediyeler, kooperatifler, birlikler gibi tüzel kişilikler veya kamu kuruluşlarının yapacakları arazi toplulaştırmasını ve tarla içi geliştirme hizmetlerini ifade etmektedir. Bu durumda bu toplulaştırmanın bu kuruluşların hizmet konularıyla ilgili olması ve arazi etütleriyle toplulaştırma alanının tespiti ile ilgili gerekçeli raporlarını DSİ'ye sunmaları gerekir. Bu kuruluşlar proje idaresi sıfatı taşırlar. Faaliyetlerini DSİ'nin iznine bağlı olarak yürütürler.

B. ARAZİ TOPLULAŞTIRMASI ve İLGİLİ MEVZUAT

Anayasa 13. madde temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmadan Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlandırılabilceğini, bu sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeni ve laik Cumhuriyetin gerekleriyle ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını söylemektedir. Ayrıca temel hak ve hürriyetler Anayasamızda öngörülen sınırlama sebeplerine bağlı olarak ancak kanunla sınırlandırılabilir.

Anayasamızın 35. maddesi herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu hükmüne haizdir. Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı malikin taşınmazı kullanma, taşınmazdan yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerini içerir, esasen toplulaştırma işlemi sonunda taşınmaz el değiştirir bu bağlamda toplulaştırma işlemi mülkiyet hakkıyla sıkı sıkıya ilişkili bir işlemdir. Anayasa uyarınca mülkiyet hakkının sınırlanması ancak kanunla mümkün olabilir. Gerçekten de Anayasamızın 35. maddesi mülkiyet

¹⁹ Şenol, Arazi Topplulaştırması ve İptal Davası Yoluyla Yargısal Denetimi, 87-88.

²⁰ Şenol, Arazi Topplulaştırması ve İptal Davası Yoluyla Yargısal Denetimi, 88.

²¹ İsmet Arıcı, Tülin Akkaya Aslan, Arazi Topplulaştırması Planlama ve Projelemesi, (Bursa: Dors Yayınevi, 2013), 3.

hakkını sınırlandırılmaz bir hak olarak düzenlememiştir, mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Nitekim Anayasamızın 44. maddesi de Devletin toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alacağını hüküm altına almıştır. Buna göre Devlete, toprağın verimli olarak işletilmesini sağlama, yeterli toprağı olmayan çiftçileri topraklandırma, tarım işletmelerinin uygun büyüklüklerini belirleme, tarım arazilerini gruplandırma, toprağın bölünmesini önleme, tarım topraklarını koruma ve geliştirme ödevleri yüklenmiştir. Söz konusu maddeyle Devlete yüklenen ödevler kapsamında, tarım topraklarının iyileştirilmesi ve korunması amacıyla mülkiyet hakkının sınırlandırılması mümkündür²².

Yukarıda zikrettiğimiz üzere, mülkiyet hakkına getirilen sınırlama niteliğinde olan arazi toplulaştırması kavramı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkı ile yakından ilgilidir²³. Zira malikin muvafakati bulunmadan mülküyle ilgili getirilen sınırlamalar, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder. Gerçekten de *“Arazi toplulaştırması ve tarla içi geliştirme hizmetleri de idareye arazilerin parçalanmasını önleme, parçalanmış arazileri birleştirme ve kullanım şekillerini belirleme yetkisi tanırken malikin dilediği gibi tasarruf etme, kullanma ve yararlanma yetkilerini sınırlamaktadır”*²⁴.

Anayasamız dışında Medeni Kanun’da arazi toplulaştırması ile ilgili hüküm içermektedir. Medeni Kanun’un 754. maddesi; *“Taşınmaz mülkiyeti hakkının kamu yararı için kısıtlanması, özellikle yapı, yangın, doğal afetler ve sağlıkla ilgili kolluk hizmetlerine; orman ve yollara, deniz ve göl kıyılarındaki ana ve tali yollara sınır işaretleri ve nirengi noktaları konulmasına; toprağın iyileştirilmesine veya bölünmesine, tarım topraklarının veya yapıya özgü arsaların birleştirilmesine; eski eserler, doğal güzellikler, manzaralar, seyirlik noktaları ve ender doğa anıtları ile içmeler, ılıcalar, maden ve kaynak sularının korunmasına ilişkin mülkiyet kısıtlamaları, özel kanun hükümlerine tâbidir”* hükmüne haizdir.

Anayasa ve Medeni Kanunumuzda yer alan bu düzenlemeler arazi toplulaştırmasına dayanak oluşturabilecek niteliktedir. Bu düzenlemeler dışında doğrudan arazi toplulaştırmasını düzenleyen iki temel kanundan söz etmek mümkündür;

I. 22.11.1984 tarih ve 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu,

II. 18.12.1953 tarih ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünce Yürütülen Hizmetler Hakkında Kanun

²² AYM Kararı, 16.07.2020, E.2018/ 104, K.2020/39.

²³ D 17.D, 24.03.2015, E.2015/ 9249, K.2015/ 841.

²⁴ AYM Kararı, 16.07.2020, E.2018/ 104, K.2020/39.

Bu kanunlar dışında 07.02.2019 tarih ve 30679 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Arazi Topluştırması ve Tarla İçi Geliştirme Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği (Uygulama Yönetmeliği) mevcuttur.

22.11.1984 tarih ve 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanununda Kanunun amaçları arasında, parçalanmış olan tarım topraklarının genişletilmesi yoluyla toplulaştırılması ve tarım arazilerinin ailenin geçimini sağlamaya ve aile gücünü değerlendirmeye yeterli olmayacak derecede parçalanması ve küçülmesinin önlenmesi hususları yer almaktadır. Kanunun 6. maddesi toplulaştırma ile ilgili temel esasları düzenlemektedir.

Kanunun genel gerekçesinde sulama alanlarında, verimin ve dolayısıyla üretimin artırılmasını engelleyen faktörlerin ortadan kaldırılmasının hedef alındığı, özellikle sulama ile verimi artırabilmek için sulama alanlarında bulunan tarım topraklarının mülkiyet ve tasarruf şekline ait özel hükümlerin düzenlendiği, bu yerlerdeki küçük ve parçalı arazinin imkânlar ölçüsünde genişletilmek suretiyle toplulaştırılabileceği hususları yer almıştır. Gerekçe uyarınca söz konusu Kanunla ekonomik üretime imkân vermeyen küçük ve parçalanmış tarım toprakları toplulaştırılacak ve miras hükümlerine göre ekonomik bir normun altında parçalanmasını önlenecektir. Yine Kanunla tarımsal verimlilik ve üretimi dolayısıyla çiftçi reformu artırılması hedeflenmiştir. Kanun toplulaştırma işlemleri için uygulayıcı kuruluş olarak DSİ Genel Müdürlüğü'nü belirlemiştir.

18.12.1953 tarih ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne Yürütülen Hizmetler Hakkında Kanun ek madde 9 arazi toplulaştırmasıyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. İlgili maddede arazi toplulaştırmasının amaçları şu şekilde belirlenmiştir:

- Arazilerin tabii ve suni etkilerle bozulmasının ve parçalanmasının önlenmesi,
- Parçalanmış arazilerde ise tabii özellikleri, kullanım bütünlüğü ve mülkiyet hakları gözetilerek birden fazla arazi parçasının birleştirilerek ekonomik, ekolojik ve toplumsal yönden daha işlevsel yeni parsellerin oluşturulması,
- Oluşturulan parsellerin arazi özellikleri ve alanı değerlendirilerek kullanım şekillerinin belirlenmesi,
- Gerektiğinde köy ve arazi gelişim hizmetlerinin sağlanması.

6200 sayılı Kanun'da uygulayıcı kuruluş olarak DSİ 'yi belirlemiştir. DSİ dışında da bazı kurumların belirli bazı şartlar dahilinde arazi toplulaştırması yapması mümkündür. Esasen Kanunun 9. ek maddesi toplulaştırma usulüyle ilgili oldukça detaylı düzenlemeler içermektedir, bu düzenlemelerin bir kısmına aşağıda değinilmiştir.

Toplulaştırmayı düzenleyen Uygulama Yönetmeliği ise arazi toplulaştırma kavramı ve aşamalarını detaylı olarak açıklamaktadır, aşağıda bu aşamalar aktarılmıştır.

II. ARAZİ TOPLULAŞTIRMASI KAVRAMININ YARGISAL DENETİMİ

Arazi toplulaştırmasının yargısal denetiminin belirlenmesi için öncelikle toplulaştırmanın aşamalarının bilinmesi gerekir. Arkasından arazi toplulaştırmasının hukuksal niteliğinin tespiti önemlidir. Zira arazi toplulaştırmasının idari işlem niteliğinde olması hususunun tespiti tabi olacağı yargı yerinin belirlenmesi açısından önemlidir. Bilindiği üzere idari işlemler kural olarak idari yargı yerinde yargısal denetime tabi tutulurlar²⁵.

Bu bağlamda idari işlemlerin özellikleri göz önünde bulundurularak arazi toplulaştırmasının bu özelliklere haiz olup olmadığı hususu da incelenmelidir.

A. ARAZİ TOPLULAŞTIRMASININ AŞAMALARI

Arazi toplulaştırmasının aşamaları Uygulama Yönetmeliği 'nde detaylı olarak belirlenmiştir. Uygulama Yönetmeliği uyarınca arazi toplulaştırması aşağıdaki aşamalardan oluşur:

Aşama 1: Arazi toplulaştırma proje sahasının belirlenmesi

Uygulama Yönetmeliği uyarınca öncelikle ön etüt çalışmaları gerçekleştirilir, arazi toplulaştırma projesinin uygulanacağı alanın sınırları ve bu sınırlar içerisinde kalan alan; yapılacak ön etüt çalışmaları ile arazi toplulaştırma proje sahası olarak belirlenir. Bu proje sahası arazi toplulaştırması projesinin uygulanacağı alanın sınırlarıdır. Ön etüt çalışmalarının ardından ilgili alanın kadastro durumu, toprak ve sulama durumları gibi bilgilerin yer aldığı bir ön etüt raporu hazırlanır. Bu etüdün gerçekleştirilmesinin ardından toplulaştırmaya uygun bulunan yerler Cumhurbaşkanlığı Kararı ile uygulama alanı olarak ilan edilir²⁶. Uygulama alanı olarak ilan edilen Cumhurbaşkanlığı tarafından sınırları belirlenen alandır. Bu bağlamda arazi toplulaştırma çalışmaları,

²⁵ "Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayırımına gidilmemiş ve idari uyumsuzlukların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda, idari yargının görev alanına giren bir uyumsuzluğun çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyumsuzluğun çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde kanun koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir" D, İDDK, 26.02.2020, E.2019/3395, K.2020/468.

²⁶ Şenol, Arazi Toplulaştırması ve İptal Davası Yoluyla Yargısal Denetimi, 95.

3083 sayılı Kanun ve ilgili Uygulama Yönetmeliği uyarınca ancak uygulama alanı olarak belirlenmiş yerlerde gerçekleştirilebilir.

Cumhurbaşkanı Kararı Resmi Gazete 'de yayımlandıktan sonra bir ay içerisinde o yöredeki en büyük mülki amir olan vali veya kaymakama duyurulmak üzere bildirilir. Ayrıca toplulaştırmayı gerçekleştiren DSİ 'nin (duruma göre proje idaresinin) internet sayfalarında ve köy ile mahalle muhtarının çalışma yerlerinde 30 gün süreyle ilan ettirilir, ayrıca ilgili kurumlara da konu ile ilgili olarak bildirim yapılır.

Aşama 2: Toplulaştırma sahası ilan edilen yerlerin arazi toplulaştırması kapsamına alındığına dair tapu kütüğüne şerh

Bu bağlamda toplulaştırma alanı ilan edilen yerlere ilişkin olarak tapu kütüğü beyanlar hanesine "6200 sayılı Kanunun Ek 9 uncu maddesi gereğince arazi toplulaştırması kapsamına alınmıştır" ifadesi yazılır. Bu ifadenin yazılması DSİ veya proje idaresince talep edilir. Bu şerh ile birlikte parseller yeniden düzenlenene kadar tapuda gerçekleşmesi gereken, her tür devir, temlik, ipotek ve diğer hukuki işlemler artık toplulaştırmayı yürüten proje idaresinin iznine bağlıdır. Bu şerh toplulaştırma işlemi tamamlanana kadar devam eder.

Aşama 3: Arazi derecelendirmesinin gerçekleştirilmesi ve ilanı

Arazi derecelendirmesi arazi değerlendirme komisyonu tarafından DSİ veya proje idaresince yapılır veya yaptırılır. Arazi derecelendirmesi, arazi toplulaştırma sahasında bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile devlete ait arazilerde yapılacak toprak etütleri ve laboratuvar analizleri ile belirlenen toprak özellikleri, verimlilik ve arazinin konumuna bağlı olarak hesaplanan ve arazinin konum ile büyüklüğünün değişimine esas olacak değerlerin tespit iş ve işlemi ifade eder. Derecelendirme arazi toplulaştırmasının oldukça önemli bir aşamasıdır, zira, projenin uygulandığı alanda maliklere projenin uygulanması öncesi ve sonrasında aynı değerle arazi temin edilmesi derecelendirmenin sağlıklı yapılmasıyla mümkün olmaktadır²⁷. Gerçekten de toplulaştırma işleminin adil olması ve toplulaştırmadan sonra maliklerin ya da işletmelerin bu toplulaştırmadan memnuniyeti derecelendirmenin yardımıyla gerçekleştirilir. Arazi derecelendirmeleriyle, arazi derecelendirme haritası oluşturularak derecelendirme komisyonu üyeleri tarafından onaylanır.

Arazi derecelendirme komisyonu tarafından tespit edilen denklik dönüşüm katsayılarını ve parsellerin birim değeri cinsinden karşılıklarını gösterir mülkiyet listesi ve arazi derecelendirme haritası, mahallinde; muhtarlık binası, köy konağı, köy camilerinden biri ve kaymakamlığın ilan tahtalarında ve

²⁷ Beste Köken, Tayfun Çay, "Arazi Toplulaştırma Çalışmalarında Derecelendirmenin Dağıtım Etkileri: Çaltı-Konya Örneği", Türk Tarım ve Doğa Bilimleri Dergisi 6, S.2, (2019): 244.

uygun olması durumunda internet ortamında otuz gün süre ile askıya çıkarılarak ilan olunur. İlgililer, derecelendirme ile ilgili itirazlarını, ilan süresi boyunca ve ilanın kaldırıldığı iş gününün mesai bitimine kadar DSİ'ye (veya proje idaresine) yapabilirler. Yapılan itirazlar arazi derecelendirme komisyonu tarafından değerlendirilir, bu değerlendirme askı bitim tarihinden itibaren on beş gün içinde yapılır. İtirazlar kabul edildiğinde ve bu kabul derecelendirme içeriğinde değişiklik yapıyorsa, ikinci kez aynı şekilde otuz gün süreyle ilan edilir, bu ilana karşı da itiraz mümkündür. İlk ilan sonunda derecelendirmeye itiraz yoksa, derecelendirmede bir değişiklik itiraza rağmen yapılmadıysa derecelendirme kesinleşir. İkinci kez ilana itiraz edilmediyse kesinleşir. İtiraz edildiğinde de DSİ veya proje idaresi tarafından otuz gün içinde verilen karar artık kesindir.

Aşama 4: Toplulaştırma kriterlerine göre blok planlarının oluşturulması

Toplulaştırma kriterlerine göre çizilmiş, sulama, yol ve drenaj projeleri ile hali hazırda haritaya göre oluşturulmuş uygulama koordinatları olan blok planlar oluşturulur.

Aşama 5: Arazi malikleriyle yeni parselasyon planına yönelik tercihlerinin alınacağı mülakatlar yapılması

Arazi malikleri ile yeni parselasyon planına yönelik görüşmeler yapılır. Söz konusu görüşmelerin (mülakatların) yapılacağı gün önceden arazi sahiplerine duyurulur. Bu görüşmeler de aynı zamanda malikler derecelendirme haritaları, blok planlar, mülkiyet listeleri kullanılarak bilgilendirilir.

Aşama 6: Parsellerin yeniden düzenlenmesi, yeni parsel planlarının askıya çıkarılması ve onaylanması

Bu aşamadan evvel, ortak tesislere katılım payı belirlenir. Proje alanındaki arazilerin parsel değer sayılarından yol, kanal, tahliye kanalı gibi proje gereği ihtiyaç duyulan ve kamunun ortak kullanacağı yerler için en fazla %10'a kadar ortak tesislere katılım payı kesintisi yapılır.

DSİ veya proje idaresince arazi derecelendirmeleri esas alınarak yapılan veya yaptırılan yeni parselasyon planı ve yeni mülkiyet listeleri mahalinde muhtarlık binası, köy konağı, köy cami, yerleşim biriminin bağlı olduğu mal müdürlükleri ve belediyelerin ilan tahtalarında otuz gün süreyle askıya çıkılarak ilan edilir. Bu ilanlara karşı on beş gün içinde yazılı itiraz mümkündür, bu itirazlar da on beş gün içinde karara bağlanır ve itiraz sonrası değerlendirilen parselasyon planları aynı ilan yöntemleriyle otuz gün süreyle askıya çıkarılarak kesinleşir. Yeni parselasyon planı ve mülkiyet listeleri uygulamayı yapan DSİ veya proje idaresi tarafından onaylandıktan sonra kesinleşir.

Kesinleşen parselasyon planına uygun olarak yeni parseller hak sahiplerine yer teslim tutanağı ile dağıtılır.

Aşama 7: Kesinleşen parselasyon planının tapuya tescili

Kesinleşen parselasyon planı araziye uygulanır. Yeni durumun teknik dosyası DSİ veya proje idaresi tarafından kadastro müdürlüğüne iletilir. Kadastro müdürlükleri kontrolleri yaparak, tapu müdürlüklerine yollar, tescil işlemleri gerçekleştirilir.

B. ARAZİ TOPLULAŞTIRMASININ HUKUKSAL NİTELİĞİ / ARAZİ TOPLULAŞTIRMASI BİR İDARİ İŞLEM MİDİR?

Atay idari işlemlerin özelliklerini şu şekilde sınıflandırmaktadır²⁸:

- İdari işlemler kural olarak idari makamlar tarafından kamu gücüne dayanılarak yapılır.
- İdari işlemler tek yanlı irade açıklamalarıdır, muhatabın rızasına bağlı olmadan hukuki sonuçlarını doğurur.
- İdari işlemler icraidir, başka bir işlemin varlığına gerek olmaksızın hukuki sonuçlar doğurur, ilgililer hakkında doğrudan etkisini gösterir.
- İdari işlemler resen icra edilebilir. Resen icra yetkisi idarenin almış olduğu kararın idare tarafından icrasıdır²⁹.

Toplulaştırmada DSİ veya proje idaresi tarafından gerçekleştirilmektedir, dolayısıyla toplulaştırmada yetkili makam idari makamlardır. Proje idaresi tarafından gerçekleştirilebilecek toplulaştırmaların kooperatifler ve birlikler gibi tüzel kişilikler tarafından gerçekleştirilmesi mümkünse de bu kurumların toplulaştırmayı DSİ'nin izni ile yürütmesi gerekmektedir. Özellikle zorunlu toplulaştırmada kamu gücü kullanımı mevcuttur, esasen isteğe bağlı toplulaştırmada da çeşitli aşamalarda kamu gücü kullanımından bahsetmek mümkündür. Zira isteğe bağlı toplulaştırma da maliklerin muvafakatlari alındıktan sonra zorla toplulaştırma ile aynı aşamalara haizdir. İdari işlemin tek yanlılık özelliği de toplulaştırmayla uyumludur, zira arazi toplulaştırmasında proje alanında yer alan parseller idare tarafından tek taraflı olarak düzenlenir³⁰. Resen icrada yine toplulaştırma için geçerlidir, zira arazi toplulaştırmasında parseller yeni baştan düzenlenerek tapuya tescil edilir. Arazi toplulaştırmasında resen zira, parseller düzenlendikten sonra idarenin

²⁸ Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 212.

²⁹ Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt II*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 29.

³⁰ Şenol, zorunlu arazi toplulaştırmasının maliklerin rıza ve onayı olmadan gerçekleştirildiğinin, isteğe bağlı toplulaştırmanın arazi maliklerinin rızası ile gerçekleştirilse de toplulaştırma kararı alındıktan sonra rıza göstermeyen malikler açısından da zorunlu olduğunun altını çizmektedir, bu bağlamda her ikisi de idarenin tek yanlı irade beyanı ile gerçekleştirilir. Şenol, *Arazi Toplulaştırması ve İptal Davası Yoluyla Yargısal Denetimi*, 106.

projeyi alana uygulamasıyla ve arazi sahiplerine düzenlenmiş parselli arazilerin teslimiyle gerçekleşmiş olur³¹.

Bu özelliklere hukuka uygunluk karinesini de eklemek mümkündür. Bu karine işlemin hukuka uygun olduğunun aksi yargı yerince tespit edilinceye kadar kabul edilmesidir. Eski parseller arazi toplulaştırmasında yeniden düzenlenerek yeni parseller oluşturulur ve idare tarafından düzenlenen yeni parseller hukuka uygunluk karinesinden faydalanır.

Danıştay'da, arazi toplulaştırma işleminin *"bir uygulama alanında proje uygulanması şeklinde gerçekleşmesine rağmen kişilerin maliki oldukları taşınmazların her biri açısından subjektif etkiler doğuran bireysel bir işlem niteliğinde olduğu"*³² görüşündedir.

C. ARAZİ TOPLULAŞTIRMASININ YARGISAL DENETİMİ

Toplulaştırma işlemi sonrasında yeni oluşan parseller arasında hatalı sınırlandırma yapıldığından bahisle tapu kaydının düzeltilmesi istemiyle açılan çok yakın tarihli bir kararda Uyuşmazlık Mahkemesi şu sonuca ulaşmıştır:

"Bu itibarla, ilgililerin mülkiyetinde bulunan taşınmazları kullanamama sonucunu doğurma ihtimali olan toplulaştırma işlemlerinin her aşamasının idari yargı denetimine açık tutulması, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkelere bir gereğidir. Bununla birlikte, toplulaştırma işleminin tamamlanması ve kesinleşmesinden sonra toplulaştırma işlemine yönelik olmayan, tapu sicilinin hatalı tutulması ya da kaydedilmesinden kaynaklı tapu kaydının düzeltilmesine ilişkin uyuşmazlıkların, ...adli yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir³³". O halde arazi toplulaştırması, sadece kamu hukuku değil özel hukuk açısından da bir takım sonuçları olan bir uygulamadır³⁴ yorumunu yapmak mümkündür.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere toplulaştırma işleminin aşamaları idari yargı denetimine tabiyken, toplulaştırma ile ilgili olmayan tapu kayıtlarının tutulmasıyla ilgili hususlar adli yargı denetimine tabi olacaktır. Buna göre toplulaştırma işleminin temelinde idari tasarruf bulunduğundan, toplulaştırma sonucu oluşan sicillerin temelini idari işlemler zinciri teşkil ettiğinden bu işlemlere karşı açılacak davanın idari yargı yerinde idari işlem olan toplulaştırma işlemi aleyhine açılması gerekir. Özetle, yukarıda Uyuşmazlık Mahkemesi kararında da belirtilen durumlar dışında toplulaştırma işlemi aleyhine iptal davası açılıp toplulaştırma işleminin iptalinin idari yargı yeninden talep edilmesi gerekecektir.

³¹ Şenol, Arazi Toplulaştırması ve İptal Davası Yoluyla Yargısal Denetimi, 118.

³² D 17.D, 24.03.2015, E.2015/ 9249, K.2015/ 841.

³³ UYM, Hukuk Bölümü, 27.12.2021, E.2021/ 535, K.2021/ 670.

³⁴ Şenol, Arazi Toplulaştırması ve İptal Davası Yoluyla Yargısal Denetimi, 107.

Hukuksal niteliğini idari işlem olarak belirlediğimiz arazi toplulaştırması, esasen bir dizi idari işlemlerden oluşan ve son aşamada tapuya tescille tamamlanan idari ve adli süreçleri olan süreçtir. Bu bağlamda yukarıda yer alan arazi toplulaştırmasının aşamaları incelendiğinde arazi toplulaştırmasının birden fazla zincirden oluşan işlemlerden teşekkül ettiği görülebilir. Zincir işlemler, birbiri ardına gerçekleşen irade açıklamalarından oluşan işlemlerdir. Bir başka deyişle zincir işlemleri belirli bir sonuca ulaşmak için birbirini takip eden ve tamamlayan birden fazla işlem olarak tanımlayabiliriz³⁵. Zincir işlemlerde zincir işlemin aşamalarını oluşturan her bir işlem bağımsız bir idari işlemdir³⁶, bu bağlamda zincir işlemlerde ayrılabilir işlem kuramı gereği, zinciri oluşturan bazı işlemlerin dava konusu yapılabileceği kabul edilmektedir³⁷. Dolayısıyla arazi toplulaştırması işlemlerinde zinciri oluşturan işlemler aleyhine dava açılıp bu işlemlerin iptali talep edilebileceği gibi, bir bütün olarak arazi toplulaştırmasının da genel hükümlere göre iptalinin talep edilmesi mümkündür.

Çağlayan'da aşamalı işlemlerin iptal davasına konu olması hususunda, ayrılabilir işlem teorisinden söz etmektedir. Gerçekten de bu teori uyarınca birbirini takip eden işlemler arasındaki hukuksal bağ birbirinden ayrılamaz nitelikteyse, ancak son işlemin dava konusu edilmesi mümkün olabileceken, hukuksal bağın zayıf olması durumunda, her bir işlem kişilerin hukuksal durumlarını etkileyebilecek nitelikteyse bu işlemler tek başına iptal davasına konu olabilecektir. Bu teoriye göre nihai işlemle birlikte önceki işlemlerde dava konusu edilebilecektir³⁸. Özetle, zincir işlemin halkalarını oluşturan işlemlerden bazıları tek başına hukuki sonuç doğurabilecek nitelikte icraiyse, bu işleme karşı doğrudan iptal davası açabilmek mümkündür³⁹.

Ancak toplulaştırma işleminin aşamaları aleyhine iptal davası açabilmek için bu işlemlerin kesin ve yürütülmesi gereken işlem niteliğinde olması gerektiği unutulmamalıdır. Kesin ve yürütülmesi gerekli işlemler, öğreti ve içtihadta idari makam ve mercilerin kamu gücüne dayanarak idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları ve ilgililer hakkında çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğurmak suretiyle hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir anlatımla ilgililerin hukukunu etkileyen irade açıklamaları olarak tanımlanmaktadır⁴⁰. Özetle, idarenin tek yanlı olarak hukuksal durumlarda değişiklik yaptığı, hukuksal ilişki ve durumları etkilediği kararları ancak iptal davasına konu olabilir⁴¹.

³⁵ Celal Erkuş, İdari İşlemin Kimliği, (Ankara: Danıştay Yayınları no 50), 148.

³⁶ Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 358.

³⁷ A. Şeref Gözübüyük; Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 451.

³⁸ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Seçkin Hukuk, 2021), 448.

³⁹ Oğuz Sancakdar; Eser Us; Mine Kasapoğlu Turhan; Lale Burcu Öğüt ve Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, (Ankara: Seçkin Hukuk, 2017), 313.

⁴⁰ D 17.D, 24.03.2015, E.2015/ 9249, K.2015/ 841.

⁴¹ Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Astana Yayınları, 2019),77.

Arazi toplulaştırması işleminin aşamaları incelendiğinde bir bütün olarak arazi toplulaştırması aleyhine dava açılacağı takdirde, arazi toplulaştırması projenin DSİ Genel Müdürlüğü veya proje idaresi tarafından onaylanmasının ardından kesin ve yürütülmesi gereken işlem haline gelir yorumunu yapmak mümkündür⁴². Ama bunun dışında aşama 1 'de yer alan uygulama alanı ilanı işlemi, aşama 3 arazi derecelendirmesinin gerçekleştirilmesi ve ilanı, aşama 6 parsellerin yeniden düzenlenmesi ve ilanı, aşama 7 kesinleşen parsellerin tescili ayrı ayrı davaya konu olabilecek nitelikte ilgililerin hukuksal durumlarını etkileyen işlemlerdir.

Davanın İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca, taşınmazın bulunduğu yer idare mahkemesinde açılması gerekir. Bu aşamada bir ayrık durumdan bahsetmek gerekir uygulama alanı ilanına ilişkin CB kararı aleyhine dava açılacağı takdirde, görevli yargı yeri değişecektir. Zira burada diğer aşamalardan farklı bir durum söz konusudur, zira söz konusu karar düzenleyici işlem niteliğindedir. *Ulusoy*'un isabetle belirttiği gibi, düzenleyici işlemler genel kural koyucu niteliktedir, bu bağlamda işlemin kapsama alanına giren herkese yönelik genel bir norm koyarlar⁴³. Bir alanın uygulama alanı ilan edilmesine ilişkin Cumhurbaşkanı Kararı 'da işlemin kapsama alanındaki tüm arazi malikleri açısından genel kural koyucu nitelik taşıdığı için düzenleyici işlem niteliğindedir.

Bu bağlamda üzere eğer iptal davası herhangi bir bireysel işlemle birlikte veya tek başına uygulama alanı ilanına ilişkin Cumhurbaşkanı Kararının iptali için açılacaksa davanın Danıştay Kanunu 24. maddesi gereği Danıştay'da açılması gerekir.

İptal davası ile ilgili olarak akla gelebilecek bir başka soru Uygulama Yönetmeliğinde zikredilen itirazlar ve bu itirazların iptal davasının açılması için gerekli bir zorunlu başvuru olması hususudur. Aşama 3 ve aşama 6 'da askı süreleri ve itiraz usulleri düzenlenmiştir, bu itirazlar sonucu ilgili idareler tarafından verilen kararların kesin olduğu hükmü Uygulama Yönetmeliğinin ilgili maddelerinde yer almaktadır. Dolayısıyla dava açmadan evvel bu itirazların yapılması gerekli mi sorusunun yanıtı önemlidir. Kanaatimizce Uygulama Yönetmeliğinin lafzından anlaşılan ilgililerin, itiraz etmesinin ihtiyari olması hususudur, zira Yönetmelik ilgililerin "itiraz edebileceğinden" söz etmektedir. İtiraz edilmediyse dahi iptal davasının açılmasının mümkün olması gerekir. Bu bağlamda Uygulama Yönetmeliğinde yer alan arazi derecelendirmesi ve parselasyon planlarının askıya çıkarılması ile kesinleşeceği ibaresinin de yargısal anlamda bir kesinlik değil, idari anlamda bir kesinlik olduğunun altını çizmek gerekir. Dolayısıyla ilgililer örneğin derecelendirme işlemi aleyhinde itiraz etmemiş olsalar dahi altmış gün içerisinde idari yargıda iptal davası açabilirler⁴⁴.

⁴² Şenol, Arazi Toplulaştırması ve İptal Davası Yoluyla Yargısal Denetimi, 184.

⁴³ Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, 244.

⁴⁴ Merve Türkmen Kaplan, Arazi Toplulaştırmalarında İtiraz Sürelerini Kaçırmanın, Türk Tarım ve Orman Dergisi, Erişim tarihi: Haziran 23, 2022, <http://www.turktarim.gov.tr>.

Dava açma süresi ile ilgili olarak bir yenilik 6200 sayılı Kanuna 2018 yılında getirilmiştir. Kanun'un ek 9. madde hükmüne göre arazi toplulaştırması sonuçlarına karşı tescil tarihinden itibaren on yıl süreyle dava açılabilir. O halde zincir işlemin parçaları aleyhine değil ancak toplulaştırma işleminin sonuçlarına karşı dava açılacaksa bu sürenin 60 gün değil, 10 yıl olarak yeniden düzenlendiği hususu unutulmamalıdır.

Dava açma süresinin ne zaman başlayacağı konusunda 6200 sayılı Kanunun ek 9. Maddesine bakmak gerekir. Madde hükmü şu kurala haizdir: *“Arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri muhtevasında yapılacak duyurular DSİ veya özel arazi toplulaştırmasını gerçekleştiren proje idaresinin internet sayfalarında ve ayrıca köy veya mahalle muhtarının çalışma yerinde otuz gün süre ile ilan ettirilir. Bu madde gereğince yapılan ilanlar, ilgili gerçek kişilere, kamu ve özel hukuk tüzel kişilerine şahsen tebliğ edilmiş sayılır. Arazi toplulaştırması sonuçlarına karşı tescil tarihinden itibaren on yıl içerisinde dava açılabilir”*. Şahsen tebliğ edilmiş sayılır ibaresinin hak arama özgürlüklerini ve başvuru imkânını ortadan kaldırdığı, Anayasa'nın 36., 40. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek açılan davada, Anayasa Mahkemesi, *“tescilden itibaren on yıl içinde dava açılabileceği dikkate alındığında söz konusu işlemlerin bir an önce sonuçlandırılarak kesinleştirilmesi için ihtiyaç duyulan ilan tebliğ usulünün dava açmayı aşırı derecede zorlaştırmadığı da açıktır. Bu çerçevede kuralla bireyin hakları ile kamu yararı arasındaki makul dengenin gözetildiği, dolayısıyla kuralın hak arama hürriyeti yönünden ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımadığı”* sonucuna ulaşmıştır.

Son olarak ekleyelim ki 6200 sayılı Kanunun Ek 9. Maddesi'nin 9. fıkrasında arazi toplulaştırmasına ilişkin davaların öncelikle görüleceği hüküm altına alınmıştır. Bu durum toplulaştırmanın mülkiyet hakkı ile doğrudan ilgili olmasının bir sonucudur.

Açılacak iptal davasını idari işlemin unsurları açısından değerlendirdiğimizde yetkili kurum DSİ 'dir. DSİ, ülkemizin tamamında su kaynaklarının plânlanması, yönetimi, geliştirilmesi ve işletilmesinden sorumlu, özel bütçeli yatırımcı bir kuruluştur. DSİ Genel Müdürlüğü 6200 Sayılı Kanun'la 18 Aralık 1953 tarihinde kurulmuş ve 1954 yılında teşkilatlanmıştır. 15 Temmuz 2018 tarihli ve 30479 Sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (4 sayılı Kararname) ile Tarım ve Orman Bakanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, merkezi Ankara'da bulunan özel bütçeli DSİ'nin görev ve yetkileri ile kuruluş, teşkilat ve gelirleri düzenlenmiştir.

Ancak yukarıda aktardığımız üzere arazi toplulaştırması konusunda tek yetkili DSİ değildir, DSİ dışındaki kurum ve kuruluşlarda hizmet konuları ile ilgili olarak arazi toplulaştırma hizmetlerini yürütebilirler, bu kurum ve ku-

ruluşlar proje idaresi olarak adlandırılır. Uygulama Yönetmeliği proje idaresini DSİ'nin iznine tabi olarak toplulaştırma hizmetlerini yürütmeye yetkili kuruluş olarak tanımlamaktadır. Bu kuruluşlar, köy tüzel kişiliği, belediyeler, birlikler, gibi tüzel kişilikler veya kamu kuruluşları olabilir. Ancak zikrettiğimiz üzere bu kuruluşların DSİ'den izin almaları ve yürütecekleri arazi toplulaştırmasının hizmet konularıyla ilgili olması gerekir.

Şekil açısından yukarıda arazi toplulaştırmasının aşamalarına aykırı bir uygulama toplulaştırma işlemi hukuka aykırı hale getirecektir. Gerçekten de arazi toplulaştırması birçok aşamadan oluşan bir idari işlemdir, bu aşamaların mevzuatta belirlenmiş usule uygun olarak gerçekleştirilmemesi işlemi şekil açısından sakatlar. Sebep unsuru Cumhurbaşkanı kararı olan uygulama alanı belirlenmesiyken, konu unsuru şekilsiz arazilerin düzenli ve verimli parseller haline getirilerek malike eş değer arazinin toplulaştırma sonucunda verilmesidir. Amaç unsuru idari işlemlerin tamamında kamu yararadır. Burada da arazi toplulaştırmasının kamu yararı amacıyla yapılması gerekir. Aksi durum işlemi hukuka aykırı hale getirecektir. Bu noktada Cumhurbaşkanı Kararının, arazi toplulaştırması açısından kamu yararı kararı sayıldığıının altını çizelim.

SONUÇ

Ülkemiz ve dünya açısından oldukça önem taşıyan arazi toplulaştırma çalışmaları kişilerin mülkiyet hakkını etkiler niteliktedir. Arazi toplulaştırmasını doğrudan düzenleyen üç temel mevzuat bulunmaktadır. Bunlar 22.11.1984 tarih ve 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu, 18.12.1953 tarih ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne Yürütülen Hizmetler Hakkında Kanun ve 07.02.2019 tarih ve 30679 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Arazi Topplulaştırması ve Tarla İçi Geliştirme Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'dir. Söz konusu mevzuat hükümlerinde arazi toplulaştırma işlemlerinin aşamaları detaylı olarak düzenlenmiştir.

2021 yılında Uyuşmazlık Mahkemesi verdiği bir kararda arazi toplulaştırması işleminin iptal davasına konu olacağını ancak, toplulaştırmanın kesinleşmesinden sonra tapu sicilinin hatalı tutulmasıyla ilgili tapu kaydının düzeltilmesine ilişkin uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözüleceğini karara bağlamıştır. Bu itibarla, ilgililerin mülkiyetinde bulunan taşınmazları kullanamama sonucunu doğurma ihtimali olan toplulaştırma işlemlerinin her aşamasının idari yargı denetimine açık tutulması, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir. Bununla birlikte, toplulaştırma işleminin tamamlanması ve kesinleşmesinden sonra toplulaştırma işlemine yönelik olmayan, tapu sicilinin hatalı tutulması ya da kaydedilmesinden kaynaklı tapu kaydının düzeltilmesine ilişkin uyuşmazlıklar adli yargı yerince çözümlenecektir.

Gerçekten de arazi toplulaştırması bir uygulama alanında proje uygulanması şeklinde gerçekleşen bir işlemdir. Ancak buna rağmen kişilerin sahip oldukları taşınmazların her biri açısından subjektif etkiler doğuran bireysel bir idari işlem niteliğindedir. Mevzuatta düzenlenen arazi toplulaştırmasının aşamalarının icrai nitelikte olanları ayrılabilir işlemler teorisi kapsamında iptal davasına konu olabilecektir. O halde+ arazi toplulaştırmasının icrai nitelikteki aşamalarının idari yargıda iptal davasına konu edilmesi mümkün olduğuna gibi, bir bütün olarak da arazi toplulaştırmasının iptal davasına konu olması mümkündür.

Arazi toplulaştırmasıyla ilgili, dava açma süresi ile ilgili olarak bir yenilik 6200 sayılı Kanuna 2018 yılında getirilmiştir. Buna göre arazi toplulaştırması sonuçlarına karşı tescil tarihinden itibaren on yıl süreyle dava açılabilir. Bu durum da idari yargıda genel dava açma süresi olan 60 gün arazi toplulaştırma sonuçlarına karşı açılan iptal davaları açısından uygulanmayacaktır. O halde toplulaştırma işleminin sonuçlarına karşı dava açılacaksa bu sürenin 60 gün değil, 10 yıl olarak yeniden düzenlendiği hususu unutulmamalıdır. Bu düzenleme her ne kadar idari işlemlerin uzun süre iptal edilebilirlik yaptırımına maruz kalması gibi idare hukukunda mevcut idari istikrar ilkesiyle bağdaşmaz nitelikte görülmeğe de arazi toplulaştırması mülkiyet hakkına müdahale eder nitelikte olduğundan, hak arama hürriyeti açısından olumlu bir gelişme olduğu da söylenebilir.

KAYNAKÇA**KİTAPLAR**

- Arıcı, İsmet ve Aslan, Akkaya, Tülin. *Arazi Toplulaştırması Planlama ve Projelemesi*. Bursa: Dors Yayınevi, 2013.
- Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin Hukuk, 2021..
- Erkut, Celal. *İdari İşlemin Kimliği*. Ankara: Danıştay Yayınları no 50
- Gözübüyük, A. Şeref ve Tan, Turgut. *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010
- Kalabalık, Halil. *İdare Hukuku Dersleri Cilt II*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021
- Şenol, Feruzan. *Arazi Toplulaştırması ve İptal Davası Yoluyla Yargısal Denetimi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Sancakdar, Oğuz; Us Eser; Kasapoğlu Turhan, Mine; Öğüt, Lale Burcu ve Seyhan, Serkan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara: Seçkin Hukuk, 2017.
- Yıldırım Ramazan ve Çınarlı Serkan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Astana Yayınları, 2019.

MAKALELER

- Akdeniz, Halil. "Tarım Kesiminin Kalkınmasında Bir Çözüm Olarak Arazi Toplulaştırması", *Amme İdaresi Dergisi* 36, 4(2003):127-151.
- Demirtaş E.İşil ve Sarı Mustafa. "Arazi Toplulaştırması", *Derim* 20, 1, 48-58 (2016): 48.58.
- Köken, Beste ve Çay, Tayfun. "Arazi Toplulaştırma Çalışmalarında Derecelendirmenin Dağıtım Etkileri: Çaltı-Konya Örneği", *Türk Tarım ve Doğa Bilimleri Dergisi* 6, S.2, (2019): 243-257.
- Küsek, Gürsel. "Türkiye'de Arazi Toplulaştırmasının Yasal Durumu ve Tarihsel Gelişimi", *Ç.Ü.Z.F. Dergisi* 29, 1, (2014):1-6.

İNTERNET KAYNAKLARI

- Kaplan, Merve Türkmen. Arazi Toplulaştırmalarında İtiraz Sürelerini Kaçırmanın, *Türk Tarım ve Orman Dergisi*, Erişim tarihi: Haziran 23, 2022, <http://www.turktarim.gov.tr>. "Konya Toplulaştırma Çalışmaları Devam Ediyor", Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Erişim Tarihi: 26.05.2022, dsi.gov.tr
- Lexpera, "743 sayılı Türk Kanunu Medenisi" Erişim Tarihi: 09.06.2022. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-kanunu-medenisi>.
- Population – The United Nations, Erişim Tarihi: 02.07.2022, www.un.org.
- T.C. Ankara Valiliği, İl Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü, Erişim Tarihi: Mayıs 21, 2022, <https://ankara.tarimorman.gov.tr>.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA MEŞRU SAVUNMADA ORANTI

Ahmet BOZDAĞ*

GİRİŞ

Genel olarak hak ile haksızlığın mücadelesi şeklinde özetleyebileceğimiz meşru savunma müessesenin varlığı noktasında herhangi bir tartışma bulunmasa da, bilhassa sınırlarının belirlenmesi hususu oldukça önemli ve bir o kadar da sorunlu bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim meşru savunma, yakın zamana kadar; varlığı, anlamı, sonuçları ve kendine has yapısıyla ceza hukuku müesseseleri arasında en açık ve şüphe götürmez bir müessese olarak kabul edilmiş olsa da, yakın zamanda, bilhassa hukuki esası ve sınırlarına ilişkin olarak doktrinde ciddi tartışmalar başgöstermiş ve bu durum yasal düzenlemelere ve yargı kararlarına da yansımıştır.¹

Türk Ceza Kanunu'nun meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesinin 1. fıkrası, bu müessesenin uygulama alanını şu şekilde öngörmektedir: “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*”.²

İnsanın tabiatı gereği, bir saldırıya maruz kalan kişi, söz konusu saldırıya karşı savunmada bulunmak için tepkide bulunur. Hakkı, hukuku korumak amacıyla gösterilen bu tepki hiçbir hukuk sistemi tarafından hukuka aykırılık olarak kabul edilmemiştir.³ Dolayısıyla meşru savunma, devletin kendisine ait olan saldırılara karşı kişilerin haklarını koruma görevini belirli ve sıkı şartlarla kişilere bırakmış olmasıdır.⁴

* Doç. Dr., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: bozdaghukuk@gmail.com.

¹ Melik Kartal, Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, (İstanbul: Doktora Tezi, Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 10.

² “Meşru (haklı) savunma” kavramı, Alman hukukunda “Notwehr”, İngiliz hukukunda “Legitimate defence” kavramları ile ifade edildiği görülmektedir. Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu, (İstanbul: Beta Yayınları, 2. Baskı, 2015), 25.

³ Bu durum Alman öğretisinde, “hukuk haksızlığa yol vermez” olarak ifade edilmiştir. Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım -I, (Editör: Yener Ünver), (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 215, p. 339.

⁴ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, 2021), 278.

Meşru savunma, kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak haksız bir saldırıyı defetmek amacıyla ve orantılı olarak saldırıya karşı koymasudur. Bir fiilin meşru savunma olarak kabul edilebilmesi için saldırıya ve savunmaya yönelik birçok şartın bulunması gerekir. Bulunması gereken bu şartlardan en önemlisi ise “savunmanın saldırı ile orantılı olması” şartıdır. Çünkü savunma, saldırıyı etkisiz kılmak - defetmek amacıyla yapılır. Bunun için savunmanın orantılı olması gerekir.⁵

I. MEŞRU SAVUNMADA ORANTI

Bir fiilin meşru savunma kapsamında kabul edilebilmesi için en önemli şart, “savunmanın saldırı ile orantılı olmasıdır”. Bu durum TCK’nın meşru savunmaya ilişkin kanun hükmünde de “*saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*” şeklinde açıkça vurgulanmıştır.

Savunmanın saldırı ile orantılı olması gerektiği savunmanın mahiyetinde, gayesinde ve kapsamından da açıkça anlaşılabilir. Çünkü genelde savunmadan ve özeldede ise meşru savunmadan kasıt, hukuka aykırı haksız saldırının bertaraf edilmesidir. Yoksa saldırıya karşılık saldırıda bulunmak değildir.⁶

A. ORANTI KAVRAMI⁷

Sözlükte orantı, birden fazla şey arasında bulunması gereken uygunluk, benzerlik ve denklik anlamlarında kullanılmaktadır.⁸ Dolayısıyla orantı kelimesi, iki şey arasındaki mutlak benzerlik, birebir aynılık veya eşitlik anlamları

⁵ YCGK, 31.10.2017, E: 2017/841, K: 2017/440.

⁶ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: US-A Yayıncılık, 12. Baskı, 2019), 220; “Meşru savunmanın hukuki niteliğini açıklamaya yönelik iki temel görüş bulunmaktadır: “sübjektif görüş ve objektif görüş. Sübjektif görüş, meşru savunmanın merkezine saldırıya maruz kalan kişiyi koymaktadır. Zira bu görüşün dayanak noktasını, saldırıya maruz kalan kişinin; hareket serbestisinin sınırlandırılması, kalmış olduğu zor ve çaresiz durum, saldırıyı bertaraf etme tecrübesinin bulunmaması ve devletin mutlak yetkisinin istisnaları oluşturmaktadır. Bu görüşün aksine objektif görüş, meşru savunma ile kişinin kendisinden ziyade, hukuk düzeninin müdafaa edildiğini kabul etmektedir. Hatta bu düşünce bağlamında, kişinin kendisini ve hukuki menfaatini koruması, hukuk düzeninin korunmasının bir refleksinden ibarettir”. Kartal, Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, 10-45.

⁷ “Ölçülülük ilkesinin amacı da, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini deyimleyen oranlılık unsurlarını içermektedir” (AYM Kararı 4/7/2013, E.2012/100, K.2013/84); AYM Kararı, E: 2013/1614, T: 03.04.2014, p. 49.

⁸ <https://sozluk.gov.tr/>.

rına gelmez. Bunun içindir ki kanun koyucu eşitlik, aynılık, mutlak benzerlik ifadelerini kullanmamış, orantılılık kelimesini bilinçli olarak kullanmıştır.⁹

Ceza hukukunun bir kavramı olarak orantı, saldırı fiili ile savunma fiili, saldırıya uğrayan hak ile savunma kapsamında ihlal edilen **hak (değer) arasında adil ve makul bir dengenin bulunması gereğidir**. Dolayısıyla orantı koşulunun amacı, meşru savunma hakkına sahip olan kişinin, bu hakkını kötüye kullanmasını engellemek ve bu hakkın kullanımında hukukun izin verdiği sınırın aşılmasını engellemektir. Her hakkın bir sınırı vardır, işte meşru savunma hakkının da sınırını orantı koşulu sağlamaktadır. Meşru savunmanın saldırıya ve savunmaya ilişkin diğer şartları meşru savunma hakkının bulunup bulunmamasını belirlerken, orantı şartı ise kullanılacak meşru savunma hakkının sınırını belirlemektedir.¹⁰ Dolayısıyla orantı koşulu, meşru savunmanın meşruluk sınırını oluşturmaktadır.¹¹

B. ORANTININ KAPSAMI VE TESPİTİ

Kanunda saldırı ve savunma arasında orantı bulunması gerektiği düzenlenmiş ancak bulunması gereken orantının kapsamı hakkında bilgi verilmemiştir. Gerek öğretilerdeki görüşler gerekse de yargı kararları dikkate alındığında, savunma ve saldırı arasında bulunması gereken orantının kapsamını, savunma fiilinde orantılılık ve haklar arasında orantılılık olarak iki ana başlıkta toplamak mümkündür.¹² Ancak orantının kapsamının her olaya özgü olarak somut saldırı ve savunma dikkate alınarak tespit edilmesi gerekmektedir.¹³

1. Savunma Fiilinde Orantılılık

Meşru savunmada orantılılık için öncelikle, savunma amacıyla yapılan fiillerin saldırı fiilleriyle orantılı olması gerekir. Savunma fiillerinin orantılı olması, saldırı amacıyla saldırganın yapmış olduğu fiiller ile savunma amacıyla yapılan fiiller arasında orantı bulunmasını ifade etmektedir. Bu savunma fiillerinin orantılı olup olmadığı, objektif olarak hal ve şartlar ölçüsünde,

⁹ Kartal, Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, 60.

¹⁰ "Orantılılık ilkesi gereğince, amaca ulaşmak için seçilen aracın bireylere yüklediği külfetlerin ağırlığı ile sınırlamanın toplumun geneli için sağlayacağı faydalar arasında makul, kabul edilebilir bir ilişki olmalıdır. Bir başka deyişle, yapılacak bir tartımda müdahalenin ağırlığı ile müdahaleyi haklı kılabilecek sebepler arasında ölçüsüz bir orantının bulunmaması gerekir." Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, (2017), 13-14.

¹¹ Koca/İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 284.

¹² Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (İstanbul: Beta Yayınevi, 11. Baskı, 2020), 323.

¹³ Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Adalet Yayınevi, 8. Baskı, 2021), 558; Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 284; Kartal, Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, 60.

saldırının mahiyeti, saldırıda kullanılan araçlar, araçların kullanılış şekli ve süresi dikkate alınarak her somut olayda tespit edilmelidir.¹⁴

Saldırı ve savunma fiilleri arasında orantı bulunması, savunma fiillerinin saldırıyı ve saldırganı etkisiz kılacak ölçüde, nitelikte ve şekilde icra edilmesini gerektirir. Bu durum ise savunmada kullanılan fiillerin niteliğinin, fiillerin icrasında kullanılan araçların niteliği, türü ve kullanılış şeklinin somut olayda bir bütün olarak orantılı olmasını gerektirir.¹⁵ Bu orantının iradi olarak sağlanmaması, savunma amacıyla gerçekleştirilen fiilin, savunma özelliğini kaybederek saldırıya dönüşmesine neden olacaktır. Ancak fiiller arasında bulunması gereken orantının, somut olayın şartları ve savunma yapanın imkanları dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Başka bir ifadeyle fiiller arasında orantılılık, somut olayda orantılı davranma imkanına sahip olan kişiden beklenebilir. Savunmada kullanılan araçlarda orantının bulunmasının yanında ayrıca araçların kullanılma şekli ve kullanılma süresinde de orantının bulunması gerekmektedir.

Yargıtay da verdiği kararlarda; *“bıçaklı saldırganı karşı ateşli silahla savunma yapmanın araçlar bakımında orantılı olduğunu ancak ateşli silahla yaralama imkanı olan savunma yapanın yaralama yerine doğrudan öldürmeyi seçmesinin orantılı olmadığına”*¹⁶; *“motorlu araç ile kaçmaya çalışan hırsızlık suçu şüphelilerini durdurmaya çalışırken hafif şekilde yaralanan kolluk görevlisinin havaya uyarı ateşi açtıktan sonra araç içindeki şüphelileri hedef alarak ateş etmesi sonucu şüphelilerden birinin yaralanmasında, kullanılan ateşli silahın orantılı kullanılmadığına”*¹⁷; *“Evinin alt katında bulunan marketine hırsızların girdiğini gören ve balkondan hırsızları sözlü ve silahla havaya ateş etmek suretiyle uyararak savunma yapanın, olay yerinden kaçmayan hırsızların bıçak sallamak suretiyle tehdit edilerek malları götürmeye çalışması üzerine tüfekle araç içindeki hırsız hedef alınarak ateş etmek suretiyle hırsızın ölmesinde orantılılığın var olduğuna”*.¹⁸ hükmetmiştir.

Dolayısıyla fiilin orantılı olması için savunmada bulunanın hal ve şartlara göre, saldırıyı defetmeye yetecek nitelikteki fiil veya fiillerle savunma yapmış olması gerekir.

¹⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 323-324.

¹⁵ “Araçlar bakımından orantılılık; saldırganın saldırıda kullandığı araç ile savunma yapanın savunmada kullandığı araç arasında bir oran veya ölçünün bulunmasıdır. Bu kural, saldırı yapanın elindeki aracın aynısının, kendini savunmak zorunda bulunan kişide bulunması olarak anlaşılmalıdır. Kendisine bıçakla saldıran kişiye karşı savunma yapanın tüfekle ve sopa ile kendini koruması mümkündür.” YCGK, 31.10.2017, E: 2017/841, K: 2017/440.

¹⁶ YCGK, 04.01.1997, K: 1997/215

¹⁷ Y3.CD, 01.12.2016, E:2016/2004, K:2016/19864.

¹⁸ Y1.CD, 10.10.2013, E: 2013/2791, K: 2013/5664.

2. Haklarda Orantılılık

Meşru savunmada bulunması gereken ikinci orantı, saldırıya uğrayan hak ile savunma kapsamında ihlal edilen hak arasında bulunması gereken orantıdır. Meşru savunma bir hakkın korunması amacıyla gerçekleştirildiğinden, savunulan hak ile savunma kapsamında ihlal edilecek hak arasında da makul bir oranın bulunması gerekir.

Meşru savunmayı düzenleyen TCK'nın 25. maddesinde ve madde gerekçesinde, meşru savunma kapsamında korunacak haklar konusunda bir sınırlandırma veya sınıflandırma yapılmamıştır. Aksine madde gerekçesinde açıkça her hak için meşru savunma yapılabileceği belirtilmiştir.¹⁹ Madde metninde ve gerekçede savunulan hak ile ihlal edilen hak arasında bir orantı bulunması gerektiğine ilişkin doğrudan bir hükme yer verilmemiştir. Fakat gerek öğretide gerekse yargı kararlarında meşru savunma hükmünde ifade edilen orantılılığın hem fiil hem de haklar arasında bulunması gerektiği kabul edilmektedir.²⁰ Dolayısıyla savunulan hak ile savunma kapsamında ihlal edilen hak arasında da bir orantının bulunması gerekir. Ancak haklar arasında bulunması gereken bu orantının da mutlak bir benzerlik, aynılık veya eşitlik olarak değil, hakların insan hayatındaki önemi bakımından benzer olması başka bir ifadeyle haklar arasında büyük bir dengesizlik bulunmaması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır.²¹ Haklar arasında mutlak bir benzerliğin ya da aynılığın aranması, meşru savunma hakkının ve kurumunun ruhuna uygun olmayacağı gibi bazı durumlarda kişinin hakkını savunamamasına da yol açacaktır.²² Örneğin, mülkiyetinde bulunan malların çalınmakta olduğunu gören bir kişinin, hırsızlık yapan kişileri durdurmak için balkondan mülkiyet hakkı ve vücut bütünlüğü arasında mutlak orantı bulunmaması sebebiyle silahla arkalarından ateş etmek suretiyle vücut bütünlüğü hakkını ihlal etmemek için hırsızların aldıkları malları alıp kaçmasına seyirci kalmak zorunda bırakacaktır. Bu durum ise saldırıda bulunarak kişilerin haklarını ihlal eden kişilerin haklarının, savuma yapan masum kişilerin haklarından daha üstün tutulması sonucunu doğuracaktır. Bunun için meşru savunmada haklar

¹⁹ “Bir kere her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gerekçelere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmesi istenilmiştir. Ayrıca, şu husus da belirtilmelidir ki, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir”. (TCK m. 25 gerekçesi)

²⁰ Özgenç'e göre; “Önemli olan, savunma sadedinde gerçekleştirilen fiilin, tecavüzü defedecek ölçüde olmasıdır. Bu ölçüye riayet edildikten sonra, tecavüze uğrayan hukuki değer ile bu tecavüzü defetmek için kendisine zarar verilen değer arasında bir oranın bulunması gerekmez”. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayınları, 17. Baskı, 2021), 363, 501. dipnot; Kartal, Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, 60-61.

²¹ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 324.

²² Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, (İstanbul: Filiz kitabevi, 1992), 246; Kartal, Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, 60-61.

arasında aranan orantının, mutlak bir orantı değil, hal ve şartlar içinde aranan nispi bir orantı olması gerekir.²³

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu konuda verdiği bir kararda bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: *“Hak ve korunan yararlar bakımından orantılılık; hakların veya değerlerin bir derecelendirmeye tabi tutulması halinde, birçok durumda yasal savunma halinin uygulanması mümkün olmaz. Burada önemli olan, yasal savunma konusu hakkın veya faydanın var olup olmadığıdır. Bir hakkın korunması için, ondan daha değerli bir hakka veya yarara zarar verilebilir. Irza geçmek isteyen saldırganı başka türlü uzaklaştırma olanağı bulamayıp öldüren kişinin yasal savunma kapsamında hareket ettiği kabul edilir. Burada cinsel dokunulmazlık hakkı karşılığında hayat hakkının feda edilemeyeceği, dolayısıyla fayda veya yarar bakımından oran bulunmadığı söylenemez”*.²⁴

3. Orantılılığın Mutlak Olarak Aranmaması

Ancak meşru savunmada orantının bulunması mutlak bir zorunluluk olmayıp, somut olayın gerçekleşme hal ve şartları içinde failden imkanlar ölçüsünde beklenen bir davranıştır. Bu nedenle her somut olayda failin meşru savunmada orantıyı aşmış olduğunu tespiti yapılırken, olayın gerçekleşme şartları içinde failin orantılı davranma imkan ve iktidarına sahip olup olmadığının da ayrıca tespit edilmesi gerekir.²⁵ Objektif olarak somut olayda orantılı davranma imkan ve iktidarına sahip olmayan failden orantılı davranması beklenemeyeceği gibi orantılı davranmamış olması halinde sorumlu tutulması da mümkün değildir.

4. Orantılılığın Bulunmamasının Ceza Hukukundaki Sonuçları

Meşru savunmada bulunması gereken orantının bulunmamasının ceza hukukuna ilişkin bir takım sonuçları olacaktır. Buna göre savunmada orantının bulunmaması halinde;

- Savunma yapan kişinin hal ve şartla içinde orantılı davranma imkanı ve iktidarı yoksa, sınırın aşılması söz konusu olamayacağı için herhangi bir cezai sorumluluğu da bulunmayacaktır.

²³ “Savunmanın meşruiyetini belirleyen temel kriterler, esasen saldırı ve savunmaya ilişkin hukuki değerler arasında bir orantılılık mecburiyetini öngörmemektedir. Ancak elbette ki aşırı orantısız vs. durumlar bunun istisnasını oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle, saldırgan tarafından gerçekleştirilen, gerçekten de savunmayı gerektirmeyecek ölçüde lüzumsuz saldırılara karşı orantısız bir savunmada bulunulamayacağı bir hakikatken; saldırıya maruz kalan kişinin korunan hukuki değer ölçütünü saldırganla aynı seviyeye indirmek, meşru savunmanın ağır sonuçlarını saldırganla birlikte savunmacıya yüklemek anlamına geleceğinden, savunmacıya böyle bir yükümlülük yüklenmemelidir. Kaldı ki meşru savunmanın doğal ve hukuki yapısı, buradaki orantılılığın, zorunluluk halinde olduğu gibi katı bir şekilde yorumlanmasına izin vermemektedir.” Kartal, Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, 63

²⁴ YCGK, 31.10.2017, E: 2017/841, K: 2017/440.

²⁵ Kartal, Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, 65.

- Sınırın aşılması, savunmada bulunan kişi tarafından kasten aşılmışsa, fail işlemiş olduğu fiilden kasten sorumlu olacak ve meşru savunmadan yararlanamayacaktır.
- Sınırın aşılması, savunmada bulunan kişi tarafından taksirle aşılmışsa, taksirle işlenen fiilin taksirli bir suç oluşturması halinde fail bu taksirli suçtan sorumlu olacaktır. Ancak taksirli fiilin, taksirli bir suç oluşturmaması halinde ise failin, sınırın aşılmasından cezai sorumluluğu olmayacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İnsanın tabiatı gereği, bir saldırıya maruz kalan kişi, söz konusu saldırıya karşı savunmada bulunmak için tepkide bulunur. Hakkı, hukuku korumak amacıyla gösterilen bu tepki hiçbir hukuk sistemi tarafından hukuka aykırılık olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla meşru savunma, devletin kendisine ait olan saldırılara karşı kişilerin haklarını koruma görevini belirli ve sıkı şartlarla kişilere bırakmış olmasıdır.

Modern ceza hukukuna uygun bir şekilde Türk ceza hukukunda da bir saldırıya uğrayan hakkın savunulması, meşru bir hak olarak düzenlenmiştir. Ancak bu hakkın kullanımı, sınırsız olarak düzenlenmemiş, yasal olarak bir takım şartlara tabi tutulduğu gibi bazı sınırlar da çizilmiştir. Her hakkın bir sınırı vardır, işte meşru savunma hakkının da sınırını orantı koşulu sağlamaktadır. Meşru savunmanın saldırıya ve savunmaya ilişkin diğer şartları meşru savunma hakkının bulunup bulunmamasını belirlerken, orantı şartı ise kullanılacak meşru savunma hakkının sınırını belirlemektedir. Dolayısıyla orantı koşulu, meşru savunmanın meşruluk sınırını oluşturmaktadır.

Sözlükte orantı, birden fazla şey arasında bulunması gereken uygunluk, benzerlik ve denklik anlamlarında kullanılmaktadır. Dolayısıyla orantı kelimesi, iki şey arasındaki mutlak benzerlik, birebir aynılık veya eşitlik anlamlarına gelmez. Bunun içindir ki kanun koyucu eşitlik, aynılık, mutlak benzerlik ifadelerini kullanmamış, orantılılık kelimesini bilinçli olarak kullanmıştır.

Ceza hukukunun bir kavramı olarak orantı, saldırı fiili ile savunma fiili, saldırıya uğrayan hak ile savunma kapsamında ihlal edilen **hak (değer) arasında adil ve makul bir dengenin bulunması gereğidir**. Dolayısıyla orantı koşulunun amacı, meşru savunma hakkına sahip olan kişinin, bu hakkını kötüye kullanmasını engellemek ve bu hakkın kullanımında hukukun izin verdiği sınırın aşılmasını engellemektir. Yoksa savunmanın orantı olması, savunma ile saldırı fiili ve savunulan hak ile ihlal edilen hak arasında her hal ve şartta mutlak aynılık veya benzerlik bulunması olarak anlaşılmalıdır.

Meşru savunmayı düzenleyen TCK'nın 25. Maddesi ve madde gerekçesi incelendiğinde, savunmanın orantılı olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Ancak öğretilerde, savunmada orantılılığın hem savunma fiilinde orantılılık hem de haklar (değerler) arasında orantılılık olarak anlaşılması gerektiğini savunan görüşler olduğu gibi savunmada orantılılığın sadece fiiller arasında bulunması gereken bir orantılılık olduğunu savunan görüşler de bulunmak-

tadır. Kanaatimizce, Kanun hükmünde tüm savunmanın orantılı olması gerektiği açıkça vurgulandığından, orantılılığın hem savunma ve saldırı fiilleri arasında hem de haklar arasında bulunması gerekir. Ancak gerek fiiller arasında bulunması gereken orantılılığın hem de haklar arasında bulunması gereken orantılılığın, somut olayın hal ve şartları içinde savunma yapanın imkanları ölçüsünde dar ve sınırlı olarak aranması gereken bir orantılılık olduğunu düşünüyoruz. Dolayısıyla her olayda savunma yapandan aynı derecede orantılı davranması gerektiği şeklinde anlaşılması ve uygulanması, düzenlemenin amacına uygun olmayacaktır. Çünkü savunmanın orantılı olması gerektiğine ilişkin düzenlemenin amacı, meşru savunma hakkının saldırıya dönüşmesini, kötüye ve ölçüsüz kullanımına engel olmaktır. Bu nedenle her somut olayda açıkça savunma hakkının hem fiil bakımından hem haklar bakımından orantısız olarak kullanıldığı tespit edilmedikçe, yapılan savunmanın meşru savunma sınırında olduğu kabul edilmelidir.

Bu konuda Yargıtay'ın, haklar arasında orantı bulunması gerektiğine ilişkin verdiği kararlarda, birbirinden oldukça farklı kararlar verdiği görülmektedir. Bazı kararlarından haklar arasında orantılılık oldukça dar yorumlanırken, bazı kararlarında haklar arasında orantılılık oldukça geniş yorumlanmaktadır. Bu sorunun giderilmesi için bu konuda bir içtihadı birleştirme kararının verilmesi uygulamaya büyük katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 8. Baskı, 2021.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınevi, 11. Baskı, 2020.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yayıncılık, 12. Baskı, 2019.
- Heinrich, Bernd. *Ceza Hukuku Genel Kısım -I*. (Editör: Yener Ünver), Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Kartal, Melik. *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık*. (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018).
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 14. Baskı, 2021.
- Metin, Yüksel. "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?". Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, (2017).
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz kitabevi, 1992.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 17. Baskı, 2021.
- Yenisey, Feridun ve Plagemann, Gottfried. *Alman Ceza Kanunu*. İstanbul: Beta Yayınları, 2. Baskı, 2015.

UKRAYNA'DA YAŞANAN GÜNCEL GELİŞMELER İŞİĞİNDE ULUSLARARASI HUKUKTA SÜREKLİ TARAFSIZLIK KAVRAMINI YENİDEN DÜŞÜNMEK: İSVÇRE ÖRNEĞİ

*Tolga CANDAN**

GİRİŞ

24 Şubat 2022 günü Rusya'nın Ukrayna topraklarına askeri müdahalede bulunması, 2. Dünya Savaşı sonrası kurulan Birleşmiş Milletler (BM) sisteminde önemli sarsıcı etkiler doğurmuştur. Ukrayna'ya yönelik bu saldırı, uluslararası toplumda büyük tepki toplamıştır. Özellikle başta Amerika Birleşik Devletleri (ABD) olmak üzere, Avrupa Birliği'ne (AB) üye devletler de Rusya'ya yönelik çeşitli yaptırım kararları almıştır¹. Uluslararası barış ve güvenliğe yönelik yaşanan bu olumsuz gelişme sonrası, uzun süredir askerî olarak "tarafsızlık ve bağlantısızlık doktrinini" takip eden Finlandiya ve AB üyesi olmasına rağmen askeri açıdan bağlantısız kalarak NATO'da yer almayan İsveç, 18 Mayıs 2022 tarihinde NATO üyeliği için başvuruda bulunmuştur². Yine AB'nin kuruluş aşamasında imzalanan Maastricht Antlaşması'nda özel bir statü ile AB savunma ve güvenlik politikasının dışında kalma hakkından (opt out) yararlanan Danimarka, 1 Haziran 2022 tarihinde yapılan referandum sonucunda AB Güvenlik ve Savunma Politikasına katılma kararı almıştır³. Bu konuda güncel bir diğer gelişme ise Federal Almanya'nın dış politika alanında ortaya çıkmıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana izlediği barışçıl güvenlik ve savunma politikasından vazgeçen Almanya'da, mevcut hü-

* Doç. Dr., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, candan@tau.edu.tr.

¹ Rusya Federasyonu'na uygulanan yaptırımların güncel ve tam listesi için bakınız: "Aktuelle Sanktionen gegen Russland," CORRECTIV Recherchen für die Gesellschaft, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, <https://correctiv.org/aktuelles/2022/02/28/sanktionstracker-aktuelle-sanktionen-gegen-russland%E2%80%8B/>.

² "Finland, Sweden Apply to Join NATO," Rosa Gabriela Hernandez, Arms Control Association, Erişim Tarihi: Temmuz 30, 2022, <https://www.armscontrol.org/act/2022-06/news/finland-sweden-apply-join-nato>.

³ AB Güvenli ve Savunma Politikası konusunda genel bilgi için bakınız: Graham Butler, "The European Defence Union and Denmark's Defence Opt-out: A Legal Appraisal," European Foreign Affairs Review, Cilt 25, Sayı 1, (2020): 117-150; Referandum sonucu için bakınız: "Danes vote yes to abolish EU defence opt - out - here are the next steps," News from the Ministry of Foreign Affairs of Denmark, Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022, <https://via.ritzau.dk/pressemeddelelse/danes-vote-yes-to-abolish-eu-defence-opt-out-here-are-the-next-steps?publisherId=13560888&releaseId=13652552&lang=da>.

kümet, “Sıcak çatışmaların olduğu bölge ve ülkelere silah satmama prensibi” uygulamasından vazgeçerek Ukrayna’ya askeri yardımda bulunacağını açıklamıştır⁴.

Ortaya çıkan bu yeni gelişmeler karşısında, 200 yıldır geleneksel olarak tarafsızlık statüsünü sürdüren İsviçre Konfederasyonu, Avrupa Birliği’nin Rusya yönelik uygulamaya koyduğu yaptırımlara katılacağını açıklamıştır⁵. İsviçre’nin, 28 Şubat 2022 tarihli Federal Konsey kararıyla Rusya’ya yönelik yaptırımlara katılması, ki bu yaptırımlar arasında ekonomik yaptırımların yanı sıra, ulusal hava sahasının kapatılması, Rus diplomatları da dahil olmak üzere Rusya vatandaşlarına verilen vizelerin askıya alınması gibi ağır uygulamalar da bulunmaktadır, uluslararası kamuoyunda, İsviçre’nin daimî tarafsızlık statüsüne ilişkin yeni tartışmaları beraberinde getirmiştir⁶. İsviçre’nin aldığı bu tutum karşısında iç kamuoyunda ortaya çıkan tepkiler üzerine, İsviçre Federal Konseyi yaptığı açıklamalar ile İsviçre’nin tarafsızlık statüsünü bozma niyetinde olmadığını açıklamak durumunda kalmıştır⁷. Ayrıca, İsviçre Dışişleri Bakanlığı tarafından bağımsız uzmanlardan oluşan bir Komisyon oluşturularak ilki 1993 yılında hazırlanan “Tarafsızlık Raporu” benzeri yeni bir raporun güncel gelişmeleri kapsayacak biçimde yeniden hazırlanacağı

⁴ Federal Hükümet tarafından alınan kararlar için bakınız: “Militärische Unterstützungsleitungen für die Ukraine,” Die Bundesregierung, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/krieg-in-der-ukraine/lieferungen-ukraine-2054514>.

⁵ İsviçre dış politikasının temellerinden birisi olan tarafsızlık, İsviçre’nin silahlı çatışmalara katılmasını ve askeri ittifaklara girmesini yasaklamaktadır. İsviçre, 1815 yılından bu yana uluslararası toplum tarafından resmi olarak tarafsız bir ülke olarak tanınmaktadır: “Schweiz übernimmt EU-Sanktionen gegen Russland”, İsviçre Dışişleri Bakanlığı, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2022/2/28/87386>; İsviçre Parlamentosu’nun açıklaması için ayrıca bakınız: “Die Erklärung des Ständerats zum Ukraine-Konflikt im Wortlaut,” Die Bundesversammlung – Das Schweizer Palament, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2022/20220301101817991194158159038_bsd077.aspx.

⁶ Bu tartışmaları başlatan ilk makale, 28 Şubat 2022 tarihli New York Times gazetesinde yayınlanmıştır. Daha sonra Avrupa basınında da konu yoğun biçimde tartışılmıştır. Bakınız: “Switzerland says it will freeze Russian assets, setting aside a tradition of neutrality,” New York Times, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://www.nytimes.com/2022/02/28/world/europe/switzerland-russian-assets-freeze.html>; “Das Verhalten der Schweiz ist mit Neutralität nicht zu entschuldigen,” Süddeutsche Zeitung, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/schweiz-ukraine-sanktionen-russland-1.5536796>; “Für Russland ist die Schweiz nicht mehr neutral – der Bundesrat sucht in der Krise seine Rolle,” Neue Zürcher Zeitung, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022, <https://www.nzz.ch/schweiz/fuer-russland-ist-die-schweiz-nicht-mehr-neutral-der-bundesrat-sucht-in-der-krise-seine-rolle-ld.1678456?reduced=true>; “Welche Neutralität soll es denn sein? Fragen und Antworten zum brennendsten Thema der Schweizerischen Aussenpolitik,” Aargauer Zeitung, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022, <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/die-schweiz-unter-druck-welche-neutralitaet-soll-es-denn-sein-fragen-und-antworten-zum-brennendsten-thema-der-schweizerischen-aussenpolitik-ld.2283910>.

⁷ “Flexible Neutralität: Eine neutralitätsrechtliche und -politische Verortung der Sanktionen der Schweiz gegen Russland,” Anna Petrig, VerfBlog, Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2022, <https://verfassungsblog.de/flexible-neutralitaet/>.

açıklanmıştır⁸. Ağustos 2022 sonu açıklanması beklenen bu rapor, Federal Konsey'e sunulduktan sonra kamuoyuna da açılacaktır⁹.

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 30. kuruluş yılına ithafen 04 – 06 Temmuz 2022 tarihlerinde düzenlenen Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresinde bildiri olarak sunulan bu çalışmada, öncelikle uluslararası hukukta tarafsızlık kavramına değinilerek, Rusya'nın uluslararası hukuka aykırı biçimde Ukrayna toprak bütünlüğüne yönelik askeri müdahalesi sonrasında, İsviçre'nin Rusya'ya yönelik uygulamaya başladığı yaptırımların, İsviçre dış politikasının temel ilkesi olan daimî tarafsızlık statüsüne olası etkileri incelenecektir.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Türkçe günlük dilde "tarafsız (neutral)" kavramı taraf tutmayan, yansız, önyargısız anlamına gelmektedir¹⁰. Latince "Nötr" teriminden gelen tarafsızlık ise, "ne" ve "uter" kelimelerinden oluşmakta ve "hiçbiri" anlamını taşımaktadır¹¹. Ayrıca, "tarafsızlık" kavramı uluslararası politikada, bir devletin diğer devletlerin savaşına katılmaması olarak anlaşılmaktadır. Uluslararası hukuka göre ise, savaşa katılmamanın gerçekte neyi gerektirdiği, zamana ve olaylara göre değişim göstermektedir¹². Tarafsızlık, uluslararası hukuk ve siyasetin çok katmanlı bir kavramı olup, 18. ve 19. yüzyılların özel güç ilişkileri altında hukuki ve siyasi düzenin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.

⁸ Tarafsızlık Raporu ilk olarak 1993 yılında hazırlanmıştır. Bu yeni hazırlanan raporda, son 30 yıl içinde ortaya çıkan gelişmeler ışığında İsviçre dış politikasının ve tarafsızlık anlayışının olası gelişimine dair bir bakış açısı sunulması beklenmektedir: "Fragen und Antworten zur Neutralität der Schweiz," Schweizerische Eidgenossenschaft, Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2022, <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/newsuebersicht/2022/03/neutralitaet.html>.

⁹ Bu çalışma sırasında rapor henüz açıklanmadığı için içeriğe ilişkin bir değerlendirme yapılamamaktadır.

¹⁰ Bakınız: "Güncel Türkçe Sözlük," Türk Dil Kurumu, Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

¹¹ "Etymologisches Wörterbuch des Deutschen: Neutral," Wolfgang Pfeifer (digitalisierte und von Wolfgang Pfeifer überarbeitete Version im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache), Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, <https://www.dwds.de/wb/etymwb/neutral>: "Bedeutungsübersicht: an einer (kriegerischen) Auseinandersetzung nicht beteiligt, keiner der streitenden Parteien angehörnd, keine der streitenden Parteien unterstützend

a) nicht am Krieg beteiligt

b) ständige Neutralität während

c) eine Politik der positiven, aktiven Neutralität betreibend

d) unparteiisch, unbeteiligt, sich der Stellungnahme enthaltend."

¹² 1907'den bu yana, tarafsız devletlerin hak ve yükümlülükleri V ve XIII Lahey Sözleşmelerinde kısmen kodifiye edilmiştir. İsviçre'de her iki sözleşme 11 Temmuz 1910 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konuya ilişkin diğer uluslararası anlaşmalar (örneğin 1949 ve 1977 tarihli Savaş Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmeleri) ve uluslararası teamül hukuku (örneğin hava savaşı) ile birlikte, belirlenen kurallar tarafsız devletler ve savaşan tarafların hukuki statüsünü ve karşılıklı yükümlülüklerini belirlemektedir.

Uluslararası hukukta tarafsızlık kavramı ve tarafsız devletlerin hak ve yükümlülükleri, İsviçre'nin 1910 yılında onayladığı, 1907 tarihli *Karada ve Denizde Savaş Halinde Tarafsız Güçlerin ve Kişilerin Hak ve Görevlerine İlişkin Lahey Sözleşmelerinde* düzenlenmiştir. Bu kurallar, uluslararası örf ve adet kuralları olarak evrim geçirerek günümüzde hava savaşlarını da kapsayacak biçimde kodifiye edilmiştir. Ayrıca 1949 ve 1977 tarihli *Savaş Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmeleri* ve ilgili uluslararası teamül hukuku kuralları ile birlikte, günümüzde tarafsız statüdeki devletler ve savaşan devletler için bağlayıcı uluslararası hukuk kurallarının birincil kaynağını oluşturmaktadır.

Uluslararası hukukta "tarafsızlık,, kavramı, tarih boyunca büyük ölçüde savaş kavramıyla birlikte kullanılmıştır¹³. İki ya da daha fazla devlet arasındaki bir savaşta, bazı devletler tarafsızlıklarını ilan ederek savaş dışında kalmayı tercih edebilirler. Savaş sırasında bir devletin yansız kalacağını açıklaması geçici bir tarafsızlık statüsüdür¹⁴. Söz konusu devlet, bu şekilde çatışmalara katılmamayı ve savaşan taraflara yardım etmemeyi taahhüt etmektedir. Buna karşılık, savaşan devletler de, tarafsız devletin ülkesini, karasularını ve hava sahasını ihlal etmek gibi tarafsızlığın bozulması anlamına gelecek eylemlerde kaçınma yükümlülüğü taşıyacaktır¹⁵. Tarafsız devletin savaşın taraflarına kendi askeri birliklerinin yardımını sunması, operasyonel üsler sağlaması, birliklerin geçişine ve uçuşuna izin vermesi, kendi topraklarında savaşan devletlerin asker toplamasına izin vermesi, devletin kendi stoklarından savaş malzemesi tedarik etmesi, savaşan taraflara devlet kredisi vermesi ve topraklarından savaşan taraflara askeri mesajların iletilmesine müsamaha göstermesi de ayrıca yasaklanmıştır. Tarafsız devlet, kendi topraklarında tarafsızlığa aykırı eylemlere müsamaha gösteremez; bunları da cezalandırmalıdır¹⁶. Öte yandan, tarafsız devlet mültecilere sığınma hakkı tanıma ve savaşan tarafların muhariplerini enterne etme hakkına da sahiptir. Bir istisna dışında, savaşan devletlerle ekonomik ilişkilerini sürdürme hakkını devam ettirmektedir. Özellikle, savaş malzemelerinin ihracatının ve transit geçişinin kısıtlanması veya yasaklanması halinde, tarafsız devletin savaşan taraflara eşit muamele yükümlülüğü devam etmektedir. Tarafsızlık hakkı, ayrıca tarafsız devletin özellikle BM Şartı'nın ihlali anlamını taşıyan askeri saldırı ve kuvvet kullanma eylemlerine karşı, ekonomik yaptırımlar uygulamasını veya başka devletler tarafından uygulanan ekonomik yaptırımlara katılmasını yasaklamaz.

¹³ Leus Müller, *Neutrality in World History*, (Routledge, 24.01.2019), 5.

¹⁴ Edgar Bonjour, *Swiss Neutrality, Its History and Meaning*, (George Allen & Unwin, 01.01.1946), 11.

¹⁵ Roderick Ogle, *The Theory and Practice of Neutrality in the Twentieth Century*, (Routledge & Kegan Paul PLC, 1970), 41-65.

¹⁶ "Checkliste zur Neutralität der Schweiz," Alois Riklin, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://unser-recht.ch/2022/08/04/aloes-riklin-checkliste-zur-neutralitaet-der-schweiz/>.

Öte yandan, bazı devletler, üçüncü ülkelerle imzaladıkları uluslararası antlaşmalarla egemenlik yetkilerinin kısmen kısıtlayarak savaşlara katılma, uluslararası savunma örgütlerine üye olma veya kendisine savaşa sokabilecek uluslararası antlaşmalar yapma haklarından vazgeçmek suretiyle sürekli tarafsızlık statüsünü tercih edebilirler. Üçüncü ülkelerin, bir uluslararası antlaşma aracılığı ile hukuki güvence altına alınan bu statüye saygı göstermesi beklenmektedir. Geçici tarafsızlığın aksine, uluslararası düzenlemelerin yokluğunda uygulamalar ile şekillenen daimî tarafsızlık kavramının en başta gelen örneklerden birisi İsviçre Konfederasyonunun tarihsel tarafsızlık statüsüdür.

Uzun bir tarihi geleneğe sahip İsviçre'nin askeri tarafsızlığı, bazı coğrafi, diplomatik ve pragmatik nedenler ile 16. yüzyıldan itibaren komşularının çatışmalarında kademeli olarak tarafsızlığı seçmesine ve daha sonra Dünyanın en bilinen tarafsız ülkesini kurmasına yol açmıştır¹⁷. İsviçre'nin bu tarafsızlığı, Konfederasyonların 1515 yılında Marignano'da yenilgiye uğratılmasına ve Otuz Yıl Savaşları'nın sona erdiren 1648 Westphalia Barış Antlaşması'na kadar uzanmaktadır¹⁸. Ancak, bu statü 1815 Viyana Kongresi'ne kadar uluslararası toplum tarafından tanınmamıştır¹⁹. İsviçre Konfederasyonu ilk defa, 20 Kasım 1815 tarihli Beyanname ile daimî tarafsızlık niyeti açıklamış ve bu irade açıklaması teyit altına alınmıştır. 1907 yılında imzalanan savaş zamanlarında tarafsız devlet ve kişilerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen Lahey Konvansiyonu'na katılarak bu tutumunu resmileştirmiştir²⁰. Her ne

¹⁷ İsviçre'nin tarafsızlığının evrimi, İsviçre'nin kendi gelişimiyle örtüşmektedir ve genel olarak Tarafsızlık tesisi (1516-1815), tarafsızlığın tanınması (1815-1914) ve tarafsızlık onaylanması (1914 sonrası) şeklinde üç ana döneme ayrılmıştır. Daha geniş açıklama için bakınız: "Swiss Neutrality: The Anatomy of Success," Tamás Orbán, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://danubeinstitute.hu/en/research/swiss-neutrality-the-anatomy-of-success>; Dietrich Schindler, "Neutrality and Morality: Developments in Switzerland and in the International Community," *American University International Law Review*, Cilt 14, Sayı 1 (1998): 155-170.

¹⁸ "Keeping Out of Combat: How the Swiss Fought to be Neutral," Ian Harvey, *War History Online*, 13.09.2018, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://www.warhistoryonline.com/instant-articles/swiss-neutrality.html?chrome=1>; "Why is Switzerland a neutral country?," Evan Andrews, *History*, 12.07.2016, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://www.history.com/news/why-is-switzerland-a-neutral-country>.

¹⁹ 20 Kasım 1815 tarihli Beyanname (Act of Recognition and Guarantee of the Perpetual Neutrality of Switzerland and of the Inviolability of Swiss Territory - Acte portant reconnaissance et garantie de la neutralité perpétuelle de la Suisse et de l'inviolabilité de son territoire) metni için bkz. Bonjour, "Swiss Neutrality, Its History and Meaning," 5 vd..

²⁰ Lahey Antlaşmalarına ulaşmak için bakınız: "Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkriegs," Schweizerische Eidgenossenschaft: Fedlex-Die Publikationsplattform des Bundesrechts, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/26/499_376_481/de veya "Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkriegs," Schweizerische Eidgenossenschaft: Fedlex-Die Publikationsplattform des Bundesrechts, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/26/793_530_775/de.

kadar bu durum İsviçre Anayasasında düzenlenmemiş olsa da, İsviçre'nin daimî tarafsızlığının o dönemden günümüze kadar kesintisiz olarak devam ettiği kabul edilmektedir²¹.

Ancak İsviçre'nin tarafsızlık statüsünün, Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler dönemlerinde devam etmesine karşın, dönemsel olarak uluslararası gelişmeler ve dış politika tercihlerine göre değişiklik gösterdiği görülmektedir. Örneğin, Milletler Cemiyeti (MC) döneminde İsviçre'nin "farklılaştırılmış tarafsızlık" olarak adlandırılan politika izleyerek MC'nin bazı devletlere yönelik ekonomik ve mali tedbirlere katıldığı dikkat çekmektedir. Özellikle, Soğuk Savaş döneminin sona ermesinden sonra İsviçre'nin dış politika aracı olarak tarafsız tutumunu gözden geçirmek zorunda kaldığı gözlenmiştir. Öte yandan "bütüncül tarafsızlık" politikası olarak adlandırılan yaklaşımı nedeniyle İsviçre'nin, başta BM Güvenlik Konseyi yaptırımları olmak üzere, 1938-1991 döneminde uluslararası hiçbir yaptırım kararına katılmaması, özellikle Rodezya ve Güney Afrika'daki ırkçı rejimlerine karşı yaptırımlara konusunda ciddi biçimde eleştirilmiştir.

İsviçre'nin bu tutumunu, BM Şartı'nın ve uluslararası hukukun açık bir şekilde ihlal edilmesi gerekçesiyle 1990 yılında Irak'ın Kuveyt'i ilhak etmesi sonrası değiştirmiş ve 1991 yılında ilk Körfez Savaşı sırasında BM tarafından Irak'a karşı uygulanan ekonomik yaptırımlara katılmıştır. İsviçre Federal Konseyi, 1993 tarihli ilk tarafsızlık raporunda, bu yeni politikayı teyit ederek belirli koşullar altında İsviçre'nin BM Güvenlik Konseyi kararlarına dayanmayan ekonomik yaptırımları dahi uygulayabileceğini belirtmiştir²². Sonraki dönemde bu tutum sürdürülerek İsviçre 1996 yılında NATO tarafından oluşturulan, "Barış için Ortaklık" hareketine katılmış, 1999 yılında Kosova'daki barış çabalarını desteklemek üzere ülkeye silahsız gönüllüler göndermiştir. Sonraki dönemde bu tutumun devam ettirildiği ve hatta 2001 yılında yapılan referandum sonucunda, barış koruma misyonları için İsviçre kuvvetlerinin silahlandırılması yönünde karar alınmıştır. İsviçre izlediği bu yeni aktif bir tarafsızlık politikasının sonucu olarak, 2002 yılında BM'ye üye olmuştur²³. 2014 yılında Rusya'nın Kırım'ı ilhakı sonrası uygulanan yaptırım kararları da aktif tarafsızlık politikasının devamı olarak gösterilmektedir²⁴.

²¹ Alois Riklin, "Neutralität," Historisches Lexikon der Schweiz, Band 9 (Basel: Schwabe Verlag, 2010): 209–214; Online erişim için bakınız: "Das Historische Lexikon der Schweiz HLS," Alois Riklin, Erişim Tarihi: Temmuz 15, 2022, <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/016572/2010-11-09/>.

²² 1993 Tarafsızlık Raporu için bakınız: "Bericht zur Neutralität," Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/de/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/bericht-neutralitaet-1993_DE.pdf.

²³ İsviçre'nin dış politikasındaki dönemsel değişimler ve tarafsızlık yaklaşımı için bakınız: Riklin, "Neutralität," 209–214.

²⁴ Rusya'nın 2014 yılında Kırım'ı ilhak etmesi üzerine Federal Konsey tarafından alınan yaptırımlara ilişkin Tüzük için bakınız: "Verordnung über Massnahmen zur Vermeidung der Umgehung internationaler Situationen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine," Schweizerische Eidgenossenschaft, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2014/486/de>.

Bütün bu gelişmeler göstermektedir ki, İsviçre'nin en önemli dış politika araçlarından birisi olan tarafsızlık statüsü, dönemsel uluslararası gelişmelere ve ulusal güvenlik kaygılarına göre değişiklik göstermektedir²⁵. Bu nedenle son dönemde Rusya'ya yönelik uygulanmaya başlanan güncel yaptırım kararlarının da aktif tarafsızlık yaklaşımı açısından değerlendirilmesi yanlış olmayacaktır.

II. İSVİÇRE HUKUKUNDA TARAFSIZLIK KAVRAMI

A. İSVİÇRE TARAFSIZLIĞININ ÖZELLİKLERİ

İsviçre hukukunda bugüne kadarki uygulandığı biçimiyle tarafsızlık kavramının dikkat çeken iki temel özelliği bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, daimi tarafsızlıktır (*Immerwährende oder dauernde Neutralität*). Daimi tarafsızlık, bir devletin ya uluslararası antlaşma ya da deklarasyon ve genel tanınma yoluyla tarafsız bir dış politika izlemesi yönündeki temel yükümlülüğünü ifade eder. Bu özellik İsviçre'nin, savaşın zamanı, yeri ve tarafları kim olursa olsun, gelecekteki herhangi bir çatışmada tarafsız kalmayı taahhüt etmesi anlamını taşımaktadır²⁶. İsviçre'nin daimi tarafsızlığının teamül hukuku haline geldiği ve uluslararası hukukta iç hukuktan çok daha büyük bir rol oynadığı günümüzde artık kabul edilmiştir²⁷. İkinci özellik ise silahlı tarafsızlıktır (*Bewaffnete Neutralität*)²⁸. 1907 tarihli V. Lahey Sözleşmesi (Madde 10) uyarınca, askeri savunma hakkı teyit etmektedir²⁹. Bu özellik ise; İsviçre'nin bağımsızlığına yönelik herhangi bir saldırı durumunda veya İsviçre topraklarında tarafsızlığa aykırı ortaya çıkan eylemleri önlemek amacıyla saldıran tarafa karşı elindeki tüm araçlarla askeri olarak müdahale etmektedir³⁰.

²⁵ "Neutralität: ein Grundprinzip," Daniel Warner, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.swissinfo.ch/ger/neutralitaet--ein-grundprinzip/5808412>.

²⁶ "Wie weiter mit der Neutralität?," René Rhinow, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://unser-recht.ch/2022/07/07/rene-rhinow-wie-weiter-mit-der-neutralitaet/>;

"Checkliste zur Neutralität der Schweiz," Alois Riklin, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://unser-recht.ch/2022/08/04/alouis-riklin-checkliste-zur-neutralitaet-der-schweiz/>.

²⁷ "Die dauernde Neutralität der Schweiz – eine Ergänzung," Mark E. Villiger, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://unser-recht.ch/2022/08/04/mark-e-villiger-die-dauernde-neutralitaet-der-schweiz/>. İsviçre'nin daimi tarafsızlığının teamül hukuku haline geldiği ve uluslararası hukukta iç hukuktan çok daha büyük bir rol oynadığı günümüzde artık tartışılmamaktadır.

²⁸ Tarihsel açıdan silahlı tarafsızlık uygulamaları için bakınız: "Bewaffnete Neutralität und Aktivdienst," Schweizerische Eidgenossenschaft: Schweizerisches Bundesarchiv, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/der-erste-weltkrieg-in-der-schweiz/bewaffnete-neutralitaet-und-aktivdienst-in-der-schweiz.html>.

²⁹ Madde 10, "Tarafsız bir gücün, tarafsızlığının ihlal edilmesini güç kullanarak da olsa karşı koyması, düşmanca bir hareket olarak değerlendirilemez."

³⁰ Bakınız: EDA, "Bericht zur Neutralität," 5.

B. İSVİÇRE FEDERAL ANAYASASI'NDA TARAFSIZLIK

Halen yürürlükte bulunan 1999 tarihli İsviçre Anayasası'nda "tarafsızlık" kavramının içeriğine ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Federal Anayasa incelendiğinde, tarafsızlık kavramının ne giriş bölümünde, ne amaç maddesinde (Md. 2), ne de dış politika (Md. 54) ve güvenlik politikası (Md. 57) amaçlarının düzenlendiği hükümler bölümünde yer aldığı görülecektir. Anayasa'da tarafsızlık ifadesine, sadece federal organların yetkilerinin düzenlendiği bölümde yer verilmiştir. Federal Konsey (Md. 185/1)³¹ ve Parlamento'nun (Md. 173/1(a))³², İsviçre'nin dış güvenliğini, bağımsızlığını ve *tarafsızlığını* korumak için önlemler almak zorunda olduğu şeklindeki düzenlemeden tarafsızlık ifadesi kullanılmıştır³³. Federal Federal Anayasayı hazırlayan yasa koyucuların, İsviçre'nin güvenlik ve dış politikada karar alma yetkisini bilinçli olarak kısıtlamamak amacıyla, tarafsızlık kavramına, Anayasa'nın amaç veya dış politika ilkelerini düzenleyen maddelerine dahil etmedikleri ifade edilmektedir³⁴. Bu yaklaşım nedeniyle, mevcut Anayasa metninin, mevcut tarafsızlığın korunmasına ilişkin herhangi bir yükümlülük içermediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte, uzun süredir uygulamanın bir sonucu olarak, tarafsızlığın artık teamül hukuku kapsamında maddi anayasa hukuku haline geldiği ve bu nedenle tarafsızlıktan vazgeçilmesi için bu konuyla ilgili olarak özel bir referandum yapılması gerektiği öğretide savunulmaktadır³⁵. Öte yandan Federal Anayasada, NATO'ya katılım örneğinde olduğu gibi mevcut üyelere askeri saldırı yapılması halinde yardım etme yükümlülüğü getiren bir askeri ittifaka katılmak istenmesi durumunda, tarihi tarafsızlık yaklaşımından vazgeçilmesi için referandum yapılmasını (Md. 140) zorunlu kılınmıştır.³⁶ Öte yandan bir grup milletvekili tarafından 2005 yılında Federal Anayasa da değişiklik yapılarak tarafsızlık statüsünün açıkça tanınması teklifinde bulunmuştur. Ancak, İsviçre Federal Anayasası'nın 54. maddesinin değiştirilmesine yönelik yapılan bu teklif, *İsviçre'nin tarafsız*

³¹ Art. 185/1 "Der Bundesrat trifft Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz".

³² Art. 173/1 (a) "Sie trifft Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz".

³³ İsviçre'nin 1848, 1874 ve 1999 anayasalarını hazırlayanlar, Konfederasyonun amaçları arasında dış politika ilkeleri arasında tarafsızlıktan bahsetmekten kasıtlı olarak kaçınmışlardır. 1848 tarihli ilk Federal Anayasa'nın hazırlık çalışmalarının tutanakları bu durum şu şekilde belirtmektedir: "Tarafsızlık (bir) amaca yönelik bir araçtır; İsviçre'nin bağımsızlığını güvence altına almak için o anda uygun görünen siyasi bir önlemdir" bakınız: Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger, Jörg Paul Müller, Rene A. Rhinow ve Dietrich Schindler, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblatt, (Basel/Zürich/Bern: Komm. aBV, 1987-1996): Rz 27 zu Art. 8.

³⁴ Bu kararın gerekçesi, tarafsızlığın "amaca giden bir araç", "şu anda İsviçre'nin bağımsızlığını korumak için uygun görünen" bir tedbir olmasıydı.

³⁵ Bakınız: Riklin, "Checkliste zur Neutralität der Schweiz."

³⁶ "Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft," Swissrights, Art. 140, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.swissrights.ch/gesetz/Artikel-140-BV-2020-DE.php>.

devlet statüsünün, dış ilişkilerinde tüm dünya devletleri ve BM tarafından kabul edildiği ve tanındığı için herhangi bir ek garantiye ihtiyaç duymadığı gerekçesiyle Federal Meclis tarafından reddedilmiştir³⁷.

C. İSVİÇRE’NİN EKONOMİK YAPTIRIMLARA KATILIMI- AMBARGO YASASI

İsviçre’nin, BM, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) veya AB gibi İsviçre’nin "en önemli ticari ortakları" tarafından alınan uluslararası yaptırım veya zorlayıcı tedbirlere katılması, uluslararası hukuka ve özellikle insan haklarına saygının sağlanmasına hizmet etmeleri koşuluyla mümkün görülmektedir³⁸. Bu şekilde alınacak yaptırımlara katılım kararının İsviçre hukukundaki hukuki dayanağını Ambargo Yasası (*Embargogesetz, EmbG*) oluşturmaktadır³⁹. Açık ismi "Uluslararası Yaptırımların Uygulanmasına İlişkin Federal Yasa" (*Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen*) olan bu ulusal düzenleme, 22 Mart 2022 tarihinde kabul edilerek 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁰. Yasanın bütünü incelendiğinde, uygulanacak yaptırımların genel olarak uygulanabilir olgularının (amaç, sorumluluklar, bilgi sağlama yükümlülüğü, kontrol, veri koruma, idari ve hukuki yardım, yasal koruma, cezai hükümler) düzenlendiği bir çerçeve yasa biçiminde düzenlendiği görülmektedir. Somut olarak bir devlete veya rejime karşı alınacak özel yaptırımların içeriği, bu yasaya dayanarak Federal Konsey tarafından çıkarılan tüzüklerle belirlenmektedir⁴¹. Bu yasanın yanı sıra, Fe-

³⁷ Federal Meclis, daimi tarafsızlığın, İsviçre'nin dış ve güvenlik politikasının bir düsturu olarak değerini kanıtladığını, Federal Anayasa'nın 173. ve 185. maddelerinin, 160 yıllık anayasal tarihi boyunca defalarca ve uzun uzadıya yürütülen bir tartışmanın sonucu ortaya çıktığını, hiçbir büyük olay ve hiçbir temel jeopolitik değişikliğin, İsviçre anayasal düzenindeki tarafsızlık konumunun değişmesini haklı gösteremeyeceğini belirterek, tarafsızlığın Anayasa'da zaten iki yerde açıkça belirtildiği göz önünde bulundurulduğunda, 54. maddede üçüncü bir ifadenin yer alması herhangi bir değer katmayacağı gerekçesiyle değişiklik teklifini reddetmiştir. Önerilen değişiklik İsviçre Federal Anayasası'nın (FC) 54. Maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmelidir: "Konfederasyon, İsviçre'nin refahı kadar bağımsızlığının ve sürekli silahlı tarafsızlığının korunmasını da destekleyecektir." Karar için bakınız: "Bessere Verankerung der Neutralität in der Verfassung," Die Bundesversammlung — Das Schweizer Parlament, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20053213>.

³⁸ Ambargo Yasası Md. 1/1.

³⁹ Bundesgesetz vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz, EmbG).

⁴⁰ Kanun metninin Almanca için bakınız: "Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen," Schweizerische Eidgenossenschaft: Fedlex-Die Publikationsplattform des Bundesrechts, Erişim Tarihi: Ağustos 16, 2022, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/564/de>.

⁴¹ Federal Konsey'e askeri nitelikte olmayan uluslararası yaptırımların uygulanması amacıyla genel bir şekilde tüzükler yoluyla zorlayıcı tedbirler alma yetkisi vermektedir (Md. 2). Şu ana kadar Sudan, Yemen, Güney Sudan, Somali, Mali, Libya, Demokratik Kore Halk Cumhuriyeti, Merkezi Afrika Cumhuriyeti, Burundi, Zimbabve, Irak gibi devletlere yönelik yaptırım kararlarının uygulanmasına yönelik Tüzükler çıkarılmıştır. Bakınız: "Bundesgesetz vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen," Schweizerische Eidgenossenschaft: Fedlex-Die Publikationsplattform des Bundesrechts, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/564/de/quotes>.

deral Anayasa'nın 184. maddesinin 1. Fıkrası; Federal Konsey'e İsviçre'nin dış politika çıkarlarını korumak için geçici kararname çıkarma yetkisi de tanımaktadır.

III. İSVİÇRE'NİN RUSYA'YA YÖNELİK GÜNCEL YAPTIRIMLARI

Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik askeri müdahalesine tepki olarak AB ülkeleri tarafından, Rusya'nın savaşı finanse etme kabiliyetinin engellemesi, yapılan askeri saldırının gerçekleşmesinden sorumlu olan ya da bu saldırının gerçekleşmesinde rol oynayan Rusya yönetici siyasi elitine bedel ödetilmesi amacıyla çok sayıda Rus vatandaşı kişi ve kuruluşlarına yönelik çeşitli kısıtlayıcı tedbirler alınmıştır⁴². Alınan bu tedbirler arasında, bireysel mal varlıklarının dondurulması, seyahat yasakları ve vize kısıtlamalarının uygulamaya alınmasının yanı sıra, ekonomi ve finans sektörlerine yönelik geniş kapsamlı ticareti kısıtlamalar da yer almaktadır⁴³.

Söz konusu, ekonomik yaptırımlar arasında; *“Rusya ile ticaret veya Rusya'da yatırım amacıyla kamu finansmanı veya mali yardımların yasaklanması, Rus hükümeti ve Merkez Bankası'nın finansmanının durdurulması, Merkez Bankası'nın rezerv ve varlıklarının yönetimiyle ilgili tüm işlemlerin yasaklanması, Rusya ile bir dizi finansal etkileşim, finansal derecelendirme hizmetleri ve işlemlerine ilişkin yasakların yanı sıra banknotların sağlanması ve menkul kıymetlerin satışına ilişkin yasaklar, bazı Rus bankalarının SWIFT mesajlaşma sisteminden ayrılması”* gibi yaptırımlar yer almaktadır⁴⁴. Bu yaptırımların yanında ayrıca, 264/2014 sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 2. maddesi uyarınca EK1 Listede yer alan kişi ve kuruluşların mal varlıklarının dondurulması ile fon ve ekonomik kaynakların kullanılmasının yasaklanması gibi bireysel yaptırımlar da uygulanmaya başlanmıştır⁴⁵.

⁴² AB'nin uyguladığı yaptırımlar için bakınız: “EU-Sanktionen gegen Russland: ein Überblick,” Europäischer Rat (Rat der Europäischen Union), 22.07.2022, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/>.

⁴³ “Neutral Swiss join EU sanctions against Russia in break with the past,” Michael Hields ve Silke Koltrowitz, Reuters, 28 Şubat 2022, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.reuters.com/world/europe/neutral-swiss-adopt-sanctions-against-russia-2022-02-28/>; “Schweiz übernimmt EU-Sanktionen gegen Russland,” Medienmitteilung, 28.02.2022, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2022/2/28/87386>.

⁴⁴ “concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine,” European Council, Council Decision 2014/512/CFSP of 31 July 2014, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014D0512>; “Wirtschaftssanktionen gegen Russland und ihre rechtlichen Grenzen,” Matthias Valta, Verfassung (blog), 28.02.2022, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://verfassungsblog.de/wirtschaftssanktionen-gegen-russland-und-ihre-rechtlichen-grenzen/>.

⁴⁵ Tüzük için bakınız: “Council Regulation (EU) No 269/2014 of 17 March 2014,” European Council, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014R0269-20220421&from=EN>.

Bu gelişmeler karşısında, İsviçre Federal Konseyi'nin 28 Şubat 2022 tarihli kararında, AB'nin Rusya'ya yönelik 23 ve 25 Şubat tarihli yaptırım paketlerinin tam olarak İsviçre tarafından kabul edileceği duyurulmuştur⁴⁶. Federal Konsey, böylece AB'nin Rusya'ya yönelik yaptırımlarını kabul ederek AB ile koordinasyon halinde bu kararları uygulayacağını kabul etmiştir. Alınan bu kararın uygulanması amacıyla, İsviçre Federal Konseyi tarafından, Federal Anayasa'nın 184. maddesinin 3. fıkrasına ve 22 Mart 2002 tarihli Ambargo Yasası'nın (Ambargo Yasası) 2. maddesine dayanarak 4 Mart 2022 tarihinde "*Ukrayna'daki Durumla Bağlantılı Tedbirler Hakkında Tüzük*" kabul edilmiştir⁴⁷. Tüzük sonrası alınan tedbirler arasında yer alan, Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin, Başbakan Mikhail Mishustin ve Dışişleri Bakanı Sergey Lavrov'a uygulanan mali yaptırımlar derhal yürürlüğe konulmuştur. Ayrıca, Kırım ve Sivastopol ile ilgili olarak 2014 yılından bu yana yürürlükte olan ithalat, ihracat ve yatırım yasağı, artık Ukrayna hükümetinin kontrolü altında olmayan Donetsk ve Luhansk bölgelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ayrıca AB'nin yaptırım listesinde bulunan kişi ve şirketlerin mal varlıkları derhal geçerli olmak üzere bloke edilirken, yeni iş ilişkilerinin kurulması, eskiden olduğu gibi yasaklanmaya devam etmektedir. Yine yaptırımlar kapsamında, öncelikle Rus vatandaşlarına yönelik vize kolaylığına ilişkin 2009 tarihli anlaşma kısmen askıya alınmış, ayrıca İsviçre ile bağlantısı olan ve Rusya Devlet Başkanına yakın olan bazı kişilere İsviçre topraklarına giriş yasağı getirilmiştir. Buna ek olarak - diğer Avrupa ülkelerindeki hava sahası kapatmalarına paralel olarak - İsviçre hava sahasını, insani, tıbbi veya diplomatik amaçlı uçuşlar hariç olmak üzere, Rusya'dan gelen tüm uçuşlara ve Rus işaretli tüm hava araçlarına kapatmıştır. Ancak, AB'nin Sputnik ve Russia Today gibi bazı Rus yayıncıların içeriklerinin yayılmasına karşı aldığı yasaklayıcı tedbirler, gerçeğe aykırı ve zararlı ifadelerin yasaklanması yerine bunlara karşı gerçek haberlerle karşılık vermenin daha etkili ve demokratik olacağı gerekçesiyle Federal Konsey tarafından kabul edilmemiştir.

Tüm bu yaptırımlar incelendiğinde; Federal Konseyin, AB yaptırımlarına katılma kararı kapsamındaki ulusal uygulamalarını dört kategori altında toplamak mümkündür. Bunlar: ekonomik ve finansal yaptırımlar, seyahat kısıtlamaları ve hava sahasının kapatılması, Ukrayna'lı göçmenlere geçici koruma statüsü tanınması, Ukrayna'ya yardım malzemesi gönderilmesi olarak sayılabilir. Bu kısıtlamalar çerçevesinde başta Rusya Devlet Başkanı olmak üzere, hükümet üyeleri ve Rusya yöneticilerinin mal varlıkları dondurulmuş, ayrıca

⁴⁶ Bakınız: "Schweiz übernimmt EU-Sanktionen gegen Russland," Schweizerische Eidgenossenschaft: Der Bundesrat, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-87386.html>.

⁴⁷ Bakınız: "Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine," Schweizerische Eidgenossenschaft: Fedlex-Die Publikationsplattform des Bundesrechts, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2022/151/de>.

Kırım ve Sivastopol ile ilgili olarak 2014 yılından bu yana yürürlükte olan ithalat, ihracat ve yatırım yasağı, artık Ukrayna hükümetinin kontrolü altında olmayan Donetsk ve Luhansk bölgelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Rus vatandaşlarına yönelik vize kolaylığı antlaşması askıya alınmış ve İsviçre hava sahası Rusya uçaklarına kapatılmıştır. Savaştan kaçan Ukrayna vatandaşlarına bir yıl süreyle geçici koruma statüsü tanınmıştır. Ve ayrıca İsviçre, Polonya'nın başkenti Varşova'ya sekiz milyon İsviçre Frangı değerinde yaklaşık 25 ton yardım malzemesi göndermiştir. Bu malzemeler arasında defibrilatör, solunum cihazı ve yanık sargısı gibi malzemeler de bulunmaktadır⁴⁸.

DEĞERLENDİRME

Rusya'nın Ukrayna topraklarına yönelik 24 Şubat 2022 tarihinde başlattığı askeri saldırı, uluslararası toplumda büyük tepki toplamıştır. Rusya'nın BM Güvenlik Konseyi üyesi olarak veto hakkını kullanması karşısında, başta ABD olmak üzere AB ülkeleri Rusya'ya yönelik geniş kapsamlı yaptırımlar uygulamaya koymuşlardır. Her ne kadar AB üyesi olmamakla birlikte ikili anlaşmalar aracılığıyla AB İç Pazarı'na dahil olan İsviçre, BM Sözleşmesinde açıkça yasaklanan kuvvet kullanma yasağı ilkesinin ihlal edilmesi üzerine, 28 Şubat 2022 tarihli Federal Konsey kararı ile AB'nin aldığı yaptırım kararlarına katılacağını açıklamıştır. Bu kapsamda Ukrayna'daki durumla bağlantılı olarak Rusya'ya yönelik yaptırımların uygulanmasına ilişkin Tüzük, 4 Mart 2022'de yürürlüğe girmiştir.

İsviçre Federal Konseyi'nin aldığı yaptırımlara katılım kararı, gerek İsviçre içinde gerekse İsviçre dışında farklı tepkilere yol açmıştır. Merkez sağ eğilimli İsviçre Halk Partisi (SVP) yaptırımlara katılma kararına İsviçre'nin daimi tarafsızlık statüsünü bozacağı gerekçesiyle karşı çıkarken, Federal Devlet Başkanı Cassis, yaptığı basın toplantısında "İsviçre'nin daimi tarafsızlığı bugünkü adımdan etkilenmeyecektir. Ukrayna'ya karşı yürütülen savaş her şeyden önce özgürlüğe, demokrasiye, sivil halka ve özgür bir ülkenin kurumlarına yönelik bir saldırdır. Bir saldırganın ekmeğine yağ sürmek tarafsızlık değildir." açıklamasını yapmıştır⁴⁹.

⁴⁸ AB'nin ve dolayısıyla İsviçre'nin Rusya'ya yönelik yaptırım kararları süreç içinde farklı alanları da kapsayacak şekilde genişlemektedir. Son değişiklik 17 Ağustos 2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tam liste için bakınız: "Verwirrung um die Neutralität: Fand in der Schweiz gerade eine Zeitenwende statt oder nicht?," Neue Zürcher Zeitung, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022, <https://www.nzz.ch/schweiz/neutralitaet-fand-in-der-schweiz-gerade-eine-zeitenwende-statt-ld.1672706?reduced=true>; "Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine," Schweizerische Eidgenossenschaft: Staatssekretariat für Wirtschaft SECA, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/sanktionsmassnahmen/massnahmen-zur-vermeidung-der-umgehung-internationaler-sanktionen.html.

⁴⁹ İsviçre'nin en önemli günlük siyasi gazetesinde çıkan konuşma için bakınız: Neue Zürcher Zeitung, "Verwirrung um die Neutralität: Fand in der Schweiz gerade eine Zeitenwende statt oder nicht?."

Konuyla ilgili, Basel Üniversitesinden Prof. Goetschel, AB yaptırımlarının kabul edilmesinin İsviçre'nin tarafsızlığıyla çelişmediği görüşünü ileri sürerek: *"Federal Konsey, doğrudan anayasaya dayanarak başka tedbirler almaya bile karar verebilir. Tarafsızlık yasası sadece İsviçre'nin Rusya ya da Ukrayna'ya askeri olarak desteklememesini öngörmektedir."* şeklinde görüş beyan etmiştir⁵⁰. Tarihçi ve uzun yıllar diplomat olarak görev yapan Paul Widmer da, *"tarafsızlık politikasının, İsviçre'nin bir çatışmada taraf tutmayacağı anlamına geldiğini, ancak İsviçre'nin ilkeleri gereği uluslararası hukukun açıkça ihlal edildiği durumlarda diğer tüm Batılı devletlerin uyguladığı yaptırımlara katılmamanın dolaylı olarak taraf tutmak anlamına geldiği"* görüşündedir⁵¹.

İsviçre'nin söz konusu yaptırımlara katılmasının eleştirilmesine yol açan sebeplerden birisi de, İsviçre'nin 2. Dünya Savaşı sırasında savaşan taraflardan birisi olan Almanya ile ilişkilerde uyguladığı tutumunun uluslararası hukuk tarafından düzenlenen tarafsızlığa ilişkin kurallara uyum içinde olduğuna ilişkin genel görüşten farklılık göstermesidir⁵². 2. Dünya savaşı sırasında Almanya tarafından işgal edilen ülkelerden kaçırılan altın ve değerli eşyaların İsviçre Merkez Bankasında muhafaza edilmesi veya savaşın tarafı olan Alman vatandaşlarının hesaplarının korunması gibi hususlara ilişkin geçmişteki tutumu ile ancak 1945 sonrası bu hesapları dondurması dikkate alındığında, Rusya'ya yönelik alınan geniş kapsamlı tedbirler, İsviçre'nin tarafsızlık yaklaşımında ciddi bir tutum değişikliği yarattığı anlamına geldiği görüşüne yol açmaktadır. Öte yandan, alınan yaptırım kararı sonrasında, Rusya tarafından artık İsviçre'nin tarafsız bir ülke olarak kabul edilmediği yönündeki açıklama, uluslararası çatışmaların çözülmesi konusunda İsviçre'nin aracılık rolünü zayıflattığı yönünde eleştirilmektedir.

Bu eleştiri karşısında; İsviçre Federal Konseyi kararının aslında, İsviçre'nin uluslararası barış ve güvenliği esas alan tarafsızlık statüsünün, Rusya'nın egemen bir Avrupa ülkesine yönelik yoğun bir askeri saldırısına tepki olarak, tam da uluslararası hukuka uygun bir yorumu olduğu şeklinde değerlendirilmesi gerektiği görüşünü taşımaktayım. BM sisteminin temelini oluşturan kuvvet kullanma yasağı ve devletlerin toprak bütünlüğünün korunması ilkelerine uygun olarak alınan yaptırım kararlarının, etkili biçimde uygulanması ileride ortaya çıkabilecek benzer işgal veya saldırıların engellenmesi açısından caydırıcı bir etki yaratması önemlidir. Ayrıca, İsviçre tarafından alınan yaptırım kararının, AB'nin tüm yaptırım paketlerine otomatik olarak katılmak anlamına gelmediği, her yaptırımın ayrı ayrı somut olarak değerlendirilmesinin de yaptırım kararı alan uluslararası örgütler veya devletler üzerinde demokratik bir denetim anlamına geleceği de unutulmamalıdır.

⁵⁰ "Beerdigt die Schweiz mit den Russland-Sanktionen ihre Neutralität?," 20minuten, 28.02.2022, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022, <https://www.20min.ch/story/hat-die-schweiz-mit-den-russland-sanktionen-die-neutralitaet-aufgegeben-550649792967>.

⁵¹ 20minuten, "Beerdigt die Schweiz mit den Russland-Sanktionen ihre Neutralität?."

⁵² Serap Akipek, "İkinci Dünya Savaşında İzlediği Mülteci, Ticaret ve Maliye Politikaları Bakımından İsviçre'nin Tarafsızlığı," AÜHF Dergisi, Cilt 50, (2001): 11 vd.

KAYNAKÇA

- 20minuten. "Beerdigt die Schweiz mit den Russland-Sanktionen ihre Neutralität?." 28.02.2022. Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. <https://www.20min.ch/story/hat-die-schweiz-mit-den-russland-sanktionen-die-neutralitaet-aufgegeben-550649792967>.
- Aargauer Zeitung. "Welche Neutralität soll es denn sein? Fragen und Antworten zum brennendsten Thema der Schweizerischen Aussenpolitik." Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/die-schweiz-unter-druck-welche-neutralitaet-soll-es-denn-sein-fragen-und-antworten-zum-brennendsten-thema-der-schweizerischen-aussenpolitik-ld.2283910>.
- Akipek, Serap. "İkinci Dünya Savaşında İzlediği Mülteci, Ticaret ve Maliye Politikaları Bakımından İsviçre'nin Tarafsızlığı." *AÜHF Dergisi*. Cilt 50. (2001): 11-24.
- Andrews, Evan. "Why is Switzerland a neutral country?." History. 12.07.2016. Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022. <https://www.history.com/news/why-is-switzerland-a-neutral-country>.
- Aubert, Jean-François. Kurt Eichenberger. Jörg Paul Müller. Rene A. Rhinow ve Dietrich Schindler. *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*. Loseblatt. Basil/Zurich/Bern: Komm. aBV, 1987-1996.
- Bonjour, Edgar. *Swiss Neutrality, Its History and Meaning*. George Allen & Unwin, 01.01.1946.
- Butler, Graham. "The European Defence Union and Denmark's Defence Opt-out: A Legal Appraisal." *European Foreign Affairs Review*. Cilt 25. Sayı 1 (2020): 117-150.
- CORRECTIV Recherchen für die Gesellschaft. "Aktuelle Sanktionen gegen Russland." Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022. <https://correctiv.org/aktuelles/2022/02/28/sanktionstracker-aktuelle-sanktionen-gegen-russland%E2%80%8B/>.
- Die Bundesregierung. "Militärische Unterstützungsleistungen für die Ukraine." Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/krieg-in-der-ukraine/lieferungen-ukraine-2054514>.
- Die Bundesversammlung – Das Schweizer Palament. "Die Erklärung des Ständerats zum Ukraine-Konflikt im Wortlaut." Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022. https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2022/20220301101817991194158159038_bsd077.aspx.
- Die Bundesversammlung — Das Schweizer Parlament. "Bessere Verankerung der Neutralität in der Verfassung." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20053213>.

- Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA). "Bericht zur Neutralität." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/de/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/bericht-neutralitaet-1993_DE.pdf.
- Europäischer Rat (Rat der Europäischen Union). "EU-Sanktionen gegen Russland: ein Überblick." 22.07.2022. Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/>.
- European Council. "concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine." Council Decision 2014/512/CFSP of 31 July 2014. Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014D0512>.
- European Council. "Council Regulation (EU) No 269/2014 of 17 March 2014." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014R0269-20220421&from=EN>.
- Harvey, Ian. "Keeping Out of Combat: How the Swiss Fought to be Neutral." War History Online. 13.09.2018. Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022. <https://www.warhistoryonline.com/instant-articles/swiss-neutrality.html?chrome=1>.
- Hernandez, Rosa Gabriela. "Finland, Sweden Apply to Join NATO." Arms Control Association. Erişim Tarihi: Temmuz 30, 2022. <https://www.armscontrol.org/act/2022-06/news/finland-sweden-apply-join-nato>.
- Hields, Michael ve Silke Koltrowitz. "Neutral Swiss join EU sanctions against Russia in break with the past." Reuters. 28 Şubat 2022. Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://www.reuters.com/world/europe/neutral-swiss-adopt-sanctions-against-russia-2022-02-28/>.
- İsviçre Dışişleri Bakanlığı. "Schweiz übernimmt EU-Sanktionen gegen Russland." Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022. <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2022/2/28/87386>.
- Medienmitteilung. "Schweiz übernimmt EU-Sanktionen gegen Russland." 28.02.2022. Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2022/2/28/87386>.
- Müller, Leus. *Neutrality in World History*. Routledge, 24.01.2019.
- Neue Zürcher Zeitung. "Für Russland ist die Schweiz nicht mehr neutral – der Bundesrat sucht in der Krise seine Rolle." Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. <https://www.nzz.ch/schweiz/fuer-russland-ist-die-schweiz-nicht-mehr-neutral-der-bundesrat-sucht-in-der-krise-seine-rolle-ld.1678456?reduced=true>.

- Neue Zürcher Zeitung. "Verwirrung um die Neutralität: Fand in der Schweiz gerade eine Zeitenwende statt oder nicht?." Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. <https://www.nzz.ch/schweiz/neutralitaet-fand-in-der-schweiz-gerade-eine-zeitenwende-statt-ld.1672706?reduced=true>.
- New York Times. "Switzerland says it will freeze Russian assets, setting aside a tradition of neutrality." Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022. <https://www.nytimes.com/2022/02/28/world/europe/switzerland-russian-assets-freeze.html>.
- News from the Ministry of Foreign Affairs of Denmark. "Danes vote yes to abolish EU defence opt - out – here are the next steps." Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022. <https://via.ritzau.dk/pressemeddelelse/danes-vote-yes-to-abolish-eu-defence-opt-out-here-are-the-next-steps?publisherId=13560888&releaseId=13652552&lang=da>.
- Ogley, Roderick. *The Theory and Practice of Neutrality in the Twentieth Century*. Routledge & Kegan Paul PLC, 1970.
- Orbán Tamás, "Swiss Neutrality: The Anatomy of Success." Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022. <https://danubeinstitute.hu/en/research/swiss-neutrality-the-anatomy-of-success>.
- Petrig, Anna. "Flexible Neutralität: Eine neutralitätsrechtliche und -politische Verortung der Sanktionen der Schweiz gegen Russland." *VerfBlog*. Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2022. <https://verfassungsblog.de/flexible-neutralitat/>.
- Pfeifer, Wolfgang. "Etymologisches Wörterbuch des Deutschen: Neutral." (digitalisierte und von Wolfgang Pfeifer überarbeitete Version im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache). Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022. <https://www.dwds.de/wb/etymwb/neutral>.
- Rhinow, René. "Wie weiter mit der Neutralität?." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://unser-recht.ch/2022/07/07/rene-rhinow-wie-weiter-mit-der-neutralitaet/>.
- Riklin, Alois. "Checkliste zur Neutralität der Schweiz." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://unser-recht.ch/2022/08/04/aloes-riklin-checkliste-zur-neutralitaet-der-schweiz/>.
- Riklin, Alois. "Checkliste zur Neutralität der Schweiz." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://unser-recht.ch/2022/08/04/aloes-riklin-checkliste-zur-neutralitaet-der-schweiz/>.
- Riklin, Alois. "Das Historische Lexikon der Schweiz HLS." Erişim Tarihi: Temmuz 15, 2022. <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/016572/2010-11-09/>.
- Riklin, Alois. "Neutralität." *Historisches Lexikon der Schweiz*. Band 9. Basel: Schwabe Verlag, 2010: 209–214
- Schindler, Dietrich. "Neutrality and Morality: Developments in Switzerland and in the International Community." *American University International Law Review*. Cilt 14. Sayı 1 (1998): 155-170.

- Schweizerische Eidgenossenschaft. "Fragen und Antworten zur Neutralität der Schweiz." Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2022. <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/newsuebersicht/2022/03/neutralitaet.html>.
- Schweizerische Eidgenossenschaft. "Verordnung über Massnahmen zur Vermeidung der Umgehung internationaler Situationen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2014/486/de>.
- Schweizerische Eidgenossenschaft: Der Bundesrat. "Schweiz übernimmt EU-Sanktionen gegen Russland." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilung.gen.msg-id-87386.html>.
- Schweizerische Eidgenossenschaft: Fedlex-Die Publikationsplattform des Bundesrechts, "Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkriegs." Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/26/499_376_481/de.
- Schweizerische Eidgenossenschaft: Fedlex-Die Publikationsplattform des Bundesrechts. "Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkriegs." Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/26/793_530_775/de.
- Schweizerische Eidgenossenschaft: Fedlex-Die Publikationsplattform des Bundesrechts. "Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen." Erişim Tarihi: Ağustos 16, 2022. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/564/de>.
- Schweizerische Eidgenossenschaft: Fedlex-Die Publikationsplattform des Bundesrechts. "Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2022/151/de>.
- Schweizerische Eidgenossenschaft: Fedlex-Die Publikationsplattform des Bundesrechts. "Bundesgesetz vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/564/de/quotes>.
- Schweizerische Eidgenossenschaft: Schweizerisches Bundesarchiv. "Bewaffnete Neutralität und Aktivdienst." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/der-erste-weltkrieg-in-der-schweiz/bewaffnete-neutralitaet-und-aktivdienst-in-der-schweiz.html>.

- Schweizerische Eidgenossenschaft: Staatssekretariat für Wirtschaft SECA. "Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine." Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/sanktionsmassnahmen/massnahmen-zur-vermeidung-der-umgehung-internationaler-sanktionen.html.
- Süddeutsche Zeitung. "Das Verhalten der Schweiz ist mit Neutralität nicht zu entschuldigen." Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/schweiz-ukraine-sanktionen-russland-1.5536796>.
- Swissrights, "Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft." Art. 140. Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://www.swissrights.ch/gesetz/Artikel-140-BV-2020-DE.php>.
- Türk Dil Kurumu. "Güncel Türkçe Sözlük." Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.
- Valta, Matthias. "Wirtschaftssanktionen gegen Russland und ihre rechtlichen Grenzen." *Verfassung (blog)*. 28.02.2022. Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://verfassungsblog.de/wirtschaftssanktionen-gegen-russland-und-ihre-rechtlichen-grenzen/>.
- Villiger, Mark E.. "Die dauernde Neutralität der Schweiz – eine Ergänzung." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://unser-recht.ch/2022/08/04/mark-e-villiger-die-dauernde-neutralitaet-der-schweiz/>.
- Warner, Daniel. "Neutralität: ein Grundprinzip." Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://www.swissinfo.ch/ger/neutralitaet-ein-grundprinzip/5808412>.

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜĞÜN YERİNE GETİRİLEMESİ NEDENİYLE ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASI YASAĞINA BİR İSTİSNA: ÇEKLE İLGİLİ OLARAK KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VERME SUÇU

*Veysel Candan CANOĞLU**

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)¹ kıymetli evrak başlıklı üçüncü kitabının dördüncü kısmında kambiyo senetleri düzenlenmektedir. Buna göre kambiyo senetlerinin poliçe, bono ve çekten ibaret olduğu söylenebilir. Çekle ilgili temel düzenlemeler ayrıca 5941 sayılı Çek Kanunu'nda² yer almaktadır. Bu düzenlemelerden hareketle çek, genel olarak kanunda yer alan belirli şartları taşıyan, mücerret, kanunen emre yazılı, kayıtsız ve şartsız bir ödeme emri olarak tanımlanabilir³. Çek ilişkisinde, çeki düzenleyen kişi (keşideci), çek hesabının bulunduğu kişi (muhatap) ve çekin lehine düzenlendiği kişi (lehtar) ya da çeki bu kişiden alan kişiden (hamil) oluşan üçlü bir ilişki mevcuttur. Bu ilişki kapsamında keşideci, muhataba, kendi hesabında bulunan belirli tutardaki parayı hamile ödeme hususunda; hamile de çekin bedeli olan parayı muhataptan talep ve tahsil etme yönünde yetki vermektedir⁴.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Dr. Öğretim Üyesi, canoglu.veysel@gmail.com.

¹ 6102 sayılı ve 13.01.2011 kabul tarihli Türk Ticaret Kanunu, 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

² 5941 sayılı ve 14.12.2009 kabul tarihli Çek Kanunu, 20.12.2009 tarihli ve 27438 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bundan sonra Çek Kanunu olarak anılacaktır.

³ Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, (İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007), 35; Serkan Açar ve A. Evrim Sandal, Karşılıksız Çek Suçu ve Uygulaması (Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2010), 27; Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012), 231; Seza Reisoğlu, Çek Hukuku, (Ankara: Cem Web Ofset, 2011), 37; Mertol Can, Kıymetli Evrak Hukuku, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2012), 141; Ali Bozer ve Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku (Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2013), 164; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, Kıymetli Evrak Hukuku (Bursa: Dora Basım Yayın, 2014), 139.

⁴ Ayşe Nuhoglu, "4814 Sayılı Kanunla Değişik Karşılıksız Çek Keşide Suçu," Prof. Dr. Rona Aybay'a Armağan (2004): 253; Kendigelen, Çek Hukuku, 35; Reisoğlu, Çek Hukuku, 37; Bozer ve Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 213; Burcu Ertem ve Uğur Ersoy, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu," Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5, 1 (2020): 1505.

Kambiyo senetlerinin, ticari hayatın vazgeçilmez unsurları arasında yer aldığı söylenebilir⁵. Bu üç kambiyo senedi arasında benzerliklerin yanı sıra birtakım farklılıklar da bulunmaktadır. Bunlar arasında en belirgin özelliğin çekin kredi fonksiyonuna sahip olmaması, diğer bir ifadeyle çekin bir ödeme aracı niteliğinde olmasından kaynaklandığı ifade edilebilir⁶. Gerçekten de çekin kullanımı için kural olarak bankadaki hesapta belirli bir paranın mevcut bulunması gerektiğinden çek ile nakit para kullanılmaksızın ilgili hesapta bulunan para üzerinden ödeme yapılmaktadır⁷. Bir diğer fark ise düzenleme yetkisine ilişkindir. Bu yetkinin çek açısından daha dar bir alana sahip olduğu ifade edilmelidir. Örneğin bono düzenleyebilmek için önceden sıkı şekli hazırlıklar yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Öyle ki kırtasiyelerde dahi satılan yaprağın alınarak bononun düzenlenmesi mümkündür. Ancak çek düzenleyebilmek için öncelikle kişi hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmaması gerekmektedir. TTK m. 782'de belirtildiği üzere çek ilişkisinde muhatap sadece banka olabilmektedir. Diğer belirli şartları taşıyan kişi, çek düzenlemek amacıyla bankada çek hesabı açtırmalı ve yine banka tarafından kendisine çek defteri verilmelidir. Bundan dolayı herkesin istediği zaman çek düzenleyebilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Nitekim bu ve benzer sıkı koşullar, çekin diğer kambiyo senetlerine göre daha güvenilir olmasına neden olduğundan bu durum uygulamada çeke olan ilgiyi de artırmaktadır⁸.

-
- ⁵ Ersan Şen ve Erkan Malbeği, *Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 21; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 37; Zeki Yıldırım ve Ekrem Çetintürk, "Başlık İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksız İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 103 (2012): 39; Hakan Albayrak ve Ahmet Bozdağ, "Karşılıksız İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılaması Hakkında Bir İnceleme," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* S. 33 (2018): 245; Hakan Karakehya ve Nilüfer Boran Güneysu, "Konkordatonun, Çekle İlgili "Karşılıksız" İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçundan Kaynaklı Cezaî Sorumluluğa Etkisi," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, 4 (2019): 14; Ertem ve Ersoy, "Karşılıksız İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu," 1502.
- ⁶ Sulhi Dönmezer, "Karşılıksız Çek," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 43, 1-4 (1977): 303; Nuhoğlu, "4814 Sayılı Kanunla Değişik Karşılıksız Çek Keşide Suçu," 253; Kendigelen, *Çek Hukuku*, 37; Ağar ve Sandal, *Karşılıksız Çek Suçu ve Uygulaması*, 30; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 234; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 39; "Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması," *Metin Feyzioğlu, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanması/*; Can, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 142; Bilgili ve Demirkapı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 141; Karakehya ve Güneysu, "Konkordatonun, Çekle İlgili "Karşılıksız" İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçundan Kaynaklı Cezaî Sorumluluğa Etkisi," 10; Ertem ve Ersoy, "Karşılıksız İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu," 1500.
- ⁷ Dönmezer, "Karşılıksız Çek," 303; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 234.
- ⁸ Dönmezer, "Karşılıksız Çek," 303; Ağar ve Sandal, *Karşılıksız Çek Suçu ve Uygulaması*, 45; İzzet Özgenç, *Çek Kanunu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 111; Alev Deniz Dursun, *Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 159.

Çekin kullanımını artıran bir diğer önemli husus ise karşılıksızdır işleme bağlanan sonuçlarla ilgilidir. Hamil, belirli süreler içerisinde muhataba gidip çeki ibraz ettiğinde çekin üzerinde yazılı olan miktardaki parayı alabilmektedir. Ancak bu miktarın çek hesabında bulunmaması durumunda çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılabilir. Bu işlemin hukuki sonuçlarından bir tanesi, çek hesabında herhangi bir para bulunmasa bile banka tarafından her çek yaprağı için belirli bir tutarın hamile verilmesidir⁹. Bu tutar 2022 yılı için 3.600,00-TL'dir. Yine de tutarın büyük olduğu durumlarda bu para önemsiz olsa da hamil açısından bu güvencenin, bono ve poliçeye ilişkin hükümlere göre daha lehe olduğu söylenebilir. Ayrıca bir diğer önemli düzenleme olan Çek Kanunu m. 3/6'da belirtildiği üzere çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapıldıktan sonra hamil, banka tarafından kendisine verilen çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisiyle "*müracaat borçlarına veya kambiyo senetleri hakkındaki takip usullerine başvurabileceği gibi, icra mahkemesine şikâyette bulunurken dilekçesine bu fotokopiyi ekleyebilir ve bunu icra daireleri ile mahkemelerde ispat aracı olarak kullanabilir*".

Görüldüğü üzere çekin kullanımı belirli koşullarla sınırlandırıldığı gibi çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılması da farklı hukuki sonuçlara bağlanmıştır. Belirtmek gerekir ki çekle ilgili olarak getirilen özel düzenlemelerin temel sebebi, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılması durumunda çekin itibarının sarsılmasına bağlı olarak piyasada çeşitli sorunların ortaya çıkması ve ülke ekonomisinin zarar görmesidir¹⁰. Diğer iki kambiyo senedi olan bono ve poliçeden farklı olarak çekin tedavül gücünün büyük olması ve paradan sonra gelen bir ödeme aracı niteliğinde bulunması nedenlerinden dolayı çekle ilgili olarak hukuki sonuçların yanı sıra cezai sonuçlar da öngörülmüştür¹¹. Bu kapsamda Çek Kanunu m. 5/1'de çekle ilgili olarak

⁹ 31727 sayılı ve 22.01.2022 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Çek Defterlerinin Baskı Şekline ve Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktarın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ (Sayı: 2010/2)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Sayı: 2022/3) m. 1'e göre çekin karşılığının hiç bulunmaması hâlinde muhatap banka, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için 3.600,00-TL ödemekle yükümlüdür.

¹⁰ Dönmezer, "Karşılıksız Çek," 304; Sami Selçuk, "Yetersiz Çek, Karşılıksız Çek Keşidesi Suçunu Oluşturur," Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı II. Cilt (2001): 1471; Şen ve Malbeği, Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek, 20; Yıldırım ve Çetintürk, "Başlık İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu," 32; Albayrak ve Bozdağ, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılaması Hakkında Bir İnceleme," 245; Karakehya ve Güneysu, "Konkordatonun, Çekle İlgili "Karşılıksızdır" İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçundan Kaynaklı Cezai Sorumluluğa Etkisi," 14; Ahmet Büyüksişli, Karşılıksız Çeke Bağlanan Sonuçlar, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 127; Ertem ve Ersoy, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu," 1502.

¹¹ Nuhoglu, "4814 Sayılı Kanunla Değişik Karşılıksız Çek Keşide Suçu," 259; Şen ve Malbeği, Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek, 51; Çetin Arslan ve Murat Kayaççek, 5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi (Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2010), 23; Ali Haydar Yıldırım, "Çek Cezası (TTK m. 783/3)," Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu düzenlenmiştir. Anılan hükmün ceza yaptırımıyla ilgili kısmı şu şekildedir: “Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hami- lin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur.” Bu suç tipiyle beraber piyasada çeke olan güvenin arttığı söylenebilir. Nitekim karşılıksızdır işlemi yapılan çeklerin sayısında gözle görülebilir bir düşüş de gerçekleşmiştir. Böylece ceza hukuku yoluyla piyasanın şekillendirilmiş olduğu ileri sürülebilir. Ne var ki bu düzenlemeyle beraber ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması ya- sağına aykırılık tartışması gündeme gelmiştir. İşte çalışmamızda öncelikle çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu açıklandıktan sonra bu suç, sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getiri- lememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağı açısından değerlendiril- mektedir.

I. ÇEKLE İLGİLİ OLARAK KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VERME SUÇU

A. GENEL OLARAK

Türk Hukukuna bakıldığında karşılıksız çek keşide etme fiili nedeniyle cezai sorumluluğun, yapılan düzenlemeler açısından genel olarak iki evrede açıklanması mümkündür. Bunlardan ilki, anılan fiilin diğer suç tipleri kapsa- mında değerlendirilmesiyle; ikinci evre ise müstakil suç tipinin yürürlüğe konulması ve akabinde yapılan değişikliklerle ilgilidir. Bu kapsamda ilk ola- rak karşılıksız çekle ilgili müstakil suç tiplerinin son kırk yıl içerisinde yürür- lüğe konulmuş olduğunu belirtmek isteriz. Önceki süreçte bu tür bir suç tipi bulunmadığından karşılıksız çek keşide etmeyle ilgili fiiller, dolandırıcılık ve belgede sahtecilik başta olmak üzere muhtelif suç tipleri kapsamında ele alınmaktaydı¹². Ne var ki karşılıksız çıkan çekler her durumda ilgili suçların oluşmasına sebebiyet vermemekteydi. Bu suçlardan dolayı yapılan yargıla-

Dergisi 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Armağanı (2014): 3449; Bilgili ve Demir- kapı, Kıymetli Evrak Hukuku, 137-138; Özgüç, Çek Kanunu, 110; Can, Kıymetli Evrak Hu- kuku, 145; “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması,” Metin Feyzioğlu, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, www.feyzioğlu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanmasi/.

¹² TBMM’nin 17 Ocak 1929 tarihli ve 471 sayılı kararına bakıldığında karşılıksız çek keşide eden kişiler hakkında dolandırıcılık suçundan dolayı hüküm kurulması gerektiği ifade edil- mektedir. Bu karar doğrultusunda söz konusu fiillerden dolayı özellikle dolandırıcılık ve belgede sahtecilik suçları kapsamında yargılama yapılmaktaydı. Bkz. Dönmezer, “Karşılıksız Çek,” 306, 314, 320; Nuhoglu, “4814 Sayılı Kanunla Değişik Karşılıksız Çek Keşide Suçu,” 253; Yıldırım ve Çetintürk, “Başlık İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu,” 30; Ertem ve Ersoy, “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu,” 1500.

malarda keşideci olan sanıklar hakkında verilen beraat kararları artık mevcut uygulamanın soruna çözüm olamadığını göstermiş ve bu durum karşılıksız çeklerinin sayısının artmasına engel olamamıştır¹³.

Karşılıksız çekle ilgili sorunların artması üzerine, 19 Mart 1985 tarihinde mülga 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun¹⁴ kabul edilmiştir. Bu Kanun'un 16'ncı maddesinde karşılıksız çek suçuna yer verilmiştir. Yaptırım olarak bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. 26 Şubat 2003 tarihinde kabul edilen 4814 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun¹⁵ m. 14 ile bu hükümde birtakım değişikliklere gidilmiştir. Yaptırım olarak seksen milyar Türk lirasından az olmamak üzere çek bedeli tutarı kadar ağır para cezası ve sadece mükerrerler için bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

3167 sayılı Kanun'un ilga edilmesiyle beraber 20 Aralık 2009 tarihinde Çek Kanunu yürürlüğe girmiştir. Söz konusu fiil, Çek Kanunu m. 5/1'de yeniden suç olarak düzenlenmiştir. Eski hükümde yer alan "*yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri*" yerine "*çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi*" ibaresi getirilmiştir. Üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ibraz edilmesiyle ilgili kısım madde metninden çıkartılarak cezai sorumluluk sadece düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibraz edilen çeklerle sınırlandırılmıştır. Bununla beraber yaptırım olarak çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olmamak üzere bin beş yüz güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. 3 Şubat 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6273 sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁶ m. 3 ile yapılan değişiklikle söz konusu hüküm çıkartılmış ve madde metninde hapis cezası ve adli para cezası şeklinde herhangi bir ceza yaptırımına yer verilmemiştir. Bu değişikliğin esasında çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçundan yapılan yargılamalarının

¹³ Veli Özer Özbek. "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/4-10)," Ceza Hukuku Dergisi 5, 14 (2010): 7; Yıldırım ve Çetintürk, "Başlık İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu," 32.

¹⁴ 3167 sayılı ve 19.03.1985 kabul tarihli Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun, 03.04.1985 tarihli ve 18714 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 20.12.2009 tarihli ve 27438 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış 5941 sayılı ve 14.12.2009 kabul tarihli Çek Kanunu m. 9 gereğince yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu Kanun, bundan sonra 3167 sayılı Kanun olarak anılmaktadır.

¹⁵ 4814 sayılı ve 26.02.2003 kabul tarihli Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 08.03.2003 tarihli ve 25042 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁶ 6273 sayılı ve 31.01.2012 kabul tarihli Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 03.02.2012 tarihli ve 28193 (mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

sayısının artmasından kaynaklandığı söylenebilir. Nitekim yargının iş yükünü hafifletmek amacıyla bu fiil, suç olmaktan çıkartılmıştır¹⁷. Ne var ki çekle ilgili olarak yapılan karşılıksızdır işlemlerinin artmasına bağlı olarak yaklaşık dört yılın ardından Çek Kanunu m. 5/1'de düzenlenen fiil yeniden suç olarak düzenlemiştir. 9 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe giren 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁸ m. 63 ile yapılan değişiklikle beraber, Çek Kanunu m. 5/1'de düzenlenen suçun yaptırımı olarak "*çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından*" az olmamak üzere bin beş yüz gün adli para cezası öngörülmüştür. 26 Temmuz 2017 tarihinde Anayasa Mahkemesi, faizin hangi tarihe kadar işletileceği belirtilmediğinden sanık hakkında verilecek olan adli para cezasının miktarı açısından öngörülemesliğe sebebiyet verdiği gerekçesiyle "*çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından*" ibaresinin iptaline oybirliğiyle karar vermiştir¹⁹.

İstatistiklere bakıldığında yaptırımın değişmesine bağlı olarak karşılıksızdır işlemi yapılan çeklerin sayısında da benzer şekilde değişikliklerin yaşandığı gözlemlenmektedir²⁰. Bu kapsamda karşılıksızdır işlemi yapılan çeklerin bankalara ibraz edilen bütün çeklere oranı 2009 yılında %6,9, 2010 yılında %4,2, 2011 yılında %2,9, 2012 yılında %4,6, 2013 yılında %3,5, 2014 yılında %2,9, 2015 yılında %3,4, 2016 yılında %3,7, 2017 yılında %2,2, 2018 yılında %2,8, 2019 yılında %3,2, 2020 yılında %1,4 ve 2021 yılında %1 olmuştur. Karşılıksızdır işlemine konu olan çeklerin milyon TL katı kadarına ilişkin sayılar ise şu şekildedir: 2009 yılı için 23.015, 2010 yılı için 13.298, 2011 yılı için 11.515, 2012 yılı için 20.913, 2013 yılı için 18.079, 2014 yılı için 19.926, 2015 yılı için 27.290, 2016 yılı için 27.445, 2017 yılı için 17.080, 2018 yılı için 29.464, 2019 yılı için 27.356, 2020 yılı için 13.143 ve 2021 yılı için 13.834'tür. Belirtmek gerekir ki 3 Şubat 2012 ile 9 Ağustos 2016 tarihle-

¹⁷ Özgenç, Çek Kanunu, 7; İsa Başbüyük, "Karşılıksız Çekte Hapis Cezasının Kaldırılması Üzerine Bir Değerlendirme," Ankara Barosu Dergisi S. 2 (2012): 308; Albayrak ve Bozdağ, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılaması Hakkında Bir İnceleme," 259; Bozer ve Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 315.

¹⁸ 6728 sayılı ve 15.07.2016 kabul tarihli Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 09.08.2016 tarihli ve 29796 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁹ AYM, 26.07.2017, E. 2016/191, K. 2017/131, RGT: 10.10.2017, RGS: 30206.

²⁰ "Bankalara İbraz Edilen ve Karşılıksız İşlemi Yapılan Çek Bilgileri – 2022," Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi, Erişim Tarihi: Haziran 5, 2022, www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/3316/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_Mayis_2022.pdf.

ri, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme fiilinin suç olmadığı tarih aralığıdır. Bu sayılara bakıldığında fiilin suç olmaktan çıkartıldıktan sonra karşılıksızdır işlemi yapılan çeklerde gözle görülür bir artışın olduğu söylenebilir. Benzer şekilde sözü edilen fiilin yeniden suç olarak düzenlenmesiyle beraber karşılıksızdır işlemi yapılan çeklerde de bir düşüş yaşanmıştır. Ancak bu artış ve düşüşlerin, Kanun'ların yürürlüğe hemen girmesiyle değil, yaklaşık 2 yılın ardından yaşanmaya başladığını belirtmek gerekir. Bunun nedeni ise kanımızca Kanun değişikliğinden ziyade mahkeme kararlarının uygulayıcıları daha çok etkilemesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim ilgili değişiklikleri esas alan mahkeme kararlarının oluşum sürecinin uzun sürmesi ve bu kararlardan bilgi edinilmesine bağlı olarak karşılıksızdır işlemi yapılan çeklerin sayısı da bu oranda değişiklik göstermiştir.

B. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçuyla korunan hukuki değerın karma nitelikte olduğu söylenebilir. İlk olarak çekin üzerinde yazan tam bedeli alamayan hamilin, yani bireylerin malvarlığı değerlerinin korunduğu ifade edilebilir²¹.

İkinci olarak korunan hukuki değerın kamu güveni olduğu ileri sürülebilir²². Nitekim bu amaç doğrultusunda söz konusu fiilin, 2012 yılında suç olmaktan çıkartıldıktan sonra 2016 yılında tekrardan suç olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu bakımdan kanun koyucunun daha çok piyasadaki istikrarın sağlanmasını amaçladığı düşünülebilir. Özellikle gerekçe de göz önüne alındığında öne çıkan hukuki değerın, bireylerin malvarlığı değerlerinin korunması yerine, bireylerin ödeme aracına olan güvenin korunması olduğu, diğer bir ifadeyle esasen çekte duyulan ekonomik kamu güveninin korunması olduğu söylenebilir²³.

²¹ “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması,” Metin Feyzioğlu, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitanlasi/; Caner Hacıoğlu, “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme,” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 1-2 (2003): 134; Ertem ve Ersoy, “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu,” 1502.

²² “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması,” Metin Feyzioğlu, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitanlasi/; Hacıoğlu, “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme,” 134; Özbek, “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/4-10),” 10.

²³ Özbek, “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/4-10),” 10; Ertem ve Ersoy, “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu,” 1502.

C. SUÇUN MADDİ UNSURU

1. Fail

Bu suçun faili, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişidir. Öncelikle gerçek kişiler açısından ifade etmek gerekirse Çek Kanunu m. 5/2'de belirtildiği üzere "*Birinci fıkra hükmüne göre çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olan kişi, çek hesabı sahibidir.*" Buradan hareketle çek hesabının gerçek kişi olduğu durumlarda suçun failinin çek hesabı sahibi olduğu söylenebilir. O hâlde çekin ciro edildiği durumlarda ciranta ile aval verenin cezai açıdan sorumlu olmadığını ifade etmek gerekir²⁴.

Çek Kanunu m. 5/3'te özel bir sorumluluk rejiminin düzenlendiği görülmektedir. Bu hükme göre "*çek hesabı sahibi gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemez. Gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi hâlinde, bu çekten dolayı hukukî ve cezai sorumluluk çek hesabı sahibine aittir.*" Belirtmek gerekir ki çek hesabı sahibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)²⁵ kapsamında ticari temsilcisine²⁶ ve yetkili kıldığı ticari vekiline²⁷, kendisi adına çek düzenleyebilme yetkisini verebilmektedir²⁸. Ne var ki Çek Kanunu m. 5/3 ile bu yetki sınırlandırılmıştır. Anılan hükme göre çek hesabı sahibinin, kendisi adına çek düzenlemek üzere temsilci veya vekil tayin etmesi yasaklanmıştır. Bu yasağa rağmen düzenlenen çekten dolayı hukuki ve cezai sorumluluk ise çek hesabı sahibine ait olmaktadır. Çek hesabı sahibiyile temsilci ve vekilin de sorumlu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Arslan ve Kayaççek'e göre Çek Kanunu m. 5/3, temsilci veya vekil bakımından herhangi bir sorumsuzluk öngörmemektedir²⁹. Özbek'e göre cezai sorumluluk sadece çek hesabı sahibine ait olsa da temsilci veya vekil hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına hükmedilebilmelidir³⁰. Soyer Güleç'e göre temsilci veya vekil

²⁴ Şen ve Malbeği, Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek, 82; Sesim Soyer Güleç, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), 159; Dursun, Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, 116; Ertem ve Ersoy, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu," 1505, 1506.

²⁵ 6098 sayılı ve 11.01.2011 kabul tarihli Türk Borçlar Kanunu, 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁶ TBK m. 548/1: "Ticari temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılır."

²⁷ TBK m. 551/2: "Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar. Ancak, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez."

²⁸ Ertem ve Ersoy, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu," 1511.

²⁹ Arslan ve Kayaççek, 5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi, 371.

³⁰ Özbek, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/4-10)," 12, 26.

lin herhangi bir cezai sorumluluğu söz konusu olamaz³¹. Keza Yargıtay kararlarının bu yönde olduğunu söylemek mümkündür³². Bizce de temsilci ve vekili korumak amacıyla getirilen bu hükme göre cezai sorumluluk yalnızca çek hesabı sahibine ait olmalıdır.

O hâlde temsilci veya vekilin düzenlemiş olduğu çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapıldığı durumlarda cezai sorumluluğun, temsilci veya vekile değil, sadece çek hesabı sahibine ait olduğu söylenebilir. Ayrıca çek hesabı sahibinin, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet vermemesine rağmen, salt bu hüküm nedeniyle temsilcisi veya vekili yerine cezalandırılmasının, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olduğunu ifade etmek gerekir³³. Gerçekten de fiili işleyen temsilci veya vekil olmasına rağmen cezai sorumluluk çek hesabı sahibine ait olmaktadır.

Tüzel kişiler açısından belirtmek gerekirse ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince tüzel kişinin suçun faili olamayacağına ilişkin kural burada da geçerlidir. Tüzel kişi adına çek hesabı açılması mümkün olsa da hareket yeteneği olmayan tüzel kişinin bu yetkisini bizzat kullanabilmesi mümkün değildir. Bu yetkiyi tüzel kişi adına belirli kişiler kullanabilmektedir. Çek Kanunu m. 5/2'ye göre "*çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması hâlinde, bu tüzel kişinin mali işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlüdür.*" O hâlde tüzel kişi yerine, ilgili kişilerin suçun faili olabileceği ifade edilmelidir.

2. Konu

Çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun konusunu, çek; diğer bir ifadeyle çek yaprağı oluşturmaktadır. Bunun için çekin bütün zorunlu unsurlara sahip olması gerekmektedir³⁴. Bu unsurlar TTK ve Çek Kanunu'nda düzenlenmektedir. TTK m. 780/1'de çekin: "*a) Senet metninde "çek" kelimesini ve eğer senet Türkçe'den başka bir dille yazıl-*

³¹ Soyer Güleç, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, 158.

³² "Somut olayda karşılıksız çıkan çekten dolayı sorumluluğun sadece hesabı sahibi gerçek kişiye ait olacağı, vekil olarak çek keşide eden F.. B..'ın bir sorumluluğu bulunmayacağı gözletilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309.maddesi uyarınca anılan kararın kanun yararına bozulması isteminde bulunulmakla gereği görüşülüp düşünüldü; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden..." Bkz. Y19.CD, 12.11.2015, E.2015/8961, K.2015/7066.

³³ Veysel Candan Canoğlu, Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022): 147.

³⁴ Selçuk, "Yetersiz Çek, Karşılıksız Çek Keşidesi Suçunu Oluşturur," 1468; Nuhoğlu, "4814 Sayılı Kanunla Değişik Karşılıksız Çek Keşide Suçu," 259; Kendigelen, Çek Hukuku, 336; Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 309; Reisoğlu, Çek Hukuku, 352; Hacıoğlu, "Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme," 140; Bozer ve Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 302; Bilgili ve Demirkapı, Kıymetli Evrak Hukuku, 189.

mış ise o dilde “çek” karşılığı olarak kullanılan kelimeyi, b) Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi, c) Ödeyecek kişinin, “muhatabın” ticaret unvanını, d) Ödeme yerini, e) Düzenlenme tarihini ve yerini, f) Düzenleyeninin imzasını, g) Banka tarafından verilen seri numarasını, h) Karekodunu” unsurları içermesi gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca çekte bulunması gereken unsurlarla ilgili diğer bir hüküm Çek Kanunu m. 2’de bulunmaktadır. Örneğin anılan maddenin 7’ni fıkrasında “Çek defterinin her bir yaprağına; a) Çek hesabının numarası, b) Çek hesabının bulunduğu banka şubesinin adı, c) Çek hesabı sahibi gerçek kişinin adı ve soyadı, tüzel kişinin adı, ç) Çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişinin vergi kimlik numarası, d) Çekin basıldığı tarih, e) Çek hesabı sahibi gerçek kişi ise Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası; tüzel kişilerde ise varsa Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) numarası, f) Çek hesabı sahibi ile düzenleyen farklı kişiler olması hâlinde, ayrıca düzenleyen Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, yazılır.” hükmü yer almaktadır. Yine de Çek Kanunu m. 7/9’da belirtildiği üzere çekin, TTK’daki unsurları taşıması yeterlidir. Eğer bir çek TTK’daki unsurları taşıyorsa Çek Kanunu’nda yer alan unsurları taşımaması çekin geçerliliğini etkilememektedir. İşte belirtilen hususlar çerçevesinde düzenlenmiş olan çek geçerli olarak kabul edilmektedir. Bu çekin düzenlenerek lehtara verilmesiyle beraber çek ilişkisi doğmakta ve çek tedavül etmeye başlamaktadır³⁵.

3. Fiil

Fiil unsuru açısından çekin ibraz edilmesiyle ilgili sürelerin önem arz ettiğini belirtmek isteriz. Bu nedenle öncelikle bu sürelerden bahsedilmesinde yarar vardır. Bilindiği üzere çekin asıl kullanım amacı, kişinin ödeme yapacağı durumlarda güvenlik veya kolaylık gibi nedenlerden dolayı parayı yanında taşımamasına ilişkin zorunluluğun ortadan kaldırılmasıdır. Parası bankadaki çek hesabında bulunan keşideci, muhatap tarafından kendisine verilen çek yaprağını kullanarak ödemelerini gerçekleştirebilmektedir. Görüldüğü üzere çek, nakit kullanarak ödemenin bir alternatifidir. Nitekim çek, esasen vadesi olmayan bir ödeme aracıdır³⁶. TTK m. 795’te³⁷ belirtildiği üzere çek, görüldüğünde ödenmesi gereken bir kambiyo senedir. Bu doğrultuda çekin varlık amacına da uygun olarak ibraz sürelerinin kısa tutulduğu görülmekte-

³⁵ Kendigelen, Çek Hukuku, 149; Reisoğlu, Çek Hukuku, 160 vd.; Hacıoğlu, “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme,” 139-140.

³⁶ Kendigelen, Çek Hukuku, 195; Açar ve Sandal, Karşılıksız Çek Suçu ve Uygulaması, 30; Reisoğlu, Çek Hukuku, 39; Can, Kıymetli Evrak Hukuku, 142; Bozer ve Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 150; Ertem ve Ersoy, “Karşılıksız İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu,” 1507; “Çek ekonomik ve ticari faaliyetlerde çeşitli yararlar sağlamakta ve önemli ihtiyaçları karşılamaktadır. Her şeyden önce çek bir ödeme aracıdır.” Bkz. YİBBGK, 14.12.1992, E.1992/1, K.1992/5

³⁷ TTK m. 795: “(1) Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. (2) Düzenlenme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan çek, ibraz günü ödenir.”

dir³⁸. TTK m. 796'daki hükme göre düzenlendiği yerde ödenecek çeklerde ibraz süresi on gün iken düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecek çeklerde ibraz süresi diğer hususlara göre bir ay ya da üç aydır³⁹. Söz konusu ibraz süreleri hak düşürücü niteliktedir⁴⁰. Ne var ki uygulamada çek çoğu zaman bir kredi aracı olarak kullanılmaktadır. Örneğin nisan ayı içerisinde verilen çekte, düzenleme tarihi olarak 15 Mayıs yazıldığında bu çekin kural olarak bu tarihe kadar bankaya götürülüp ibraz edilmesi mümkün değildir. Uygulamadaki bu duruma Çek Kanunu'nun cevaz verdiği de ifade edilmelidir. Çek Kanunu m. 3/8'de⁴¹ ve Çek Kanunu geç. m. 3/5'te⁴² yer alan hükümlere bakıldığında çekin görüldüğünde ödenmesine ilişkin temel kurala önemli istisnaların getirildiğini söyleyebiliriz. Çek Kanunu m. 5'in gerekçesinde de ileri tarihli çeklerde, çekin düzenleme tarihinden önce tahsil edilmesi amacıyla bankaya ibraz edilmesi durumunda kısmen veya tamamen karşılığının bulunmaması durumunda cezai sorumluluğun bulunmadığı belirtilmektedir⁴³. Keza Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir⁴⁴. Böylece bir ödeme aracı olan çekin, bir kredi aracına dönüştüğü ifade edilmektedir⁴⁵. Düzenleme ta-

³⁸ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 232; Bilgili ve Demirkapı, Kıymetli Evrak Hukuku, 140.

³⁹ TTK m. 796/2: "Ödeneceği ülkeden başka bir ülkede düzenlenen çek, düzenleme yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay ve ayrı kıtalarda ise üç ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. Bu bakımdan, bir Avrupa ülkesinde düzenlenip de Akdenize sahili bulunan bir ülkede ödenecek olan ve aynı şekilde Akdenize sahili olan bir ülkede düzenlenip bir Avrupa ülkesinde ödenmesi gereken çekler aynı kıtada düzenlenmiş ve ödenmesi şart kılınmış sayılır."

⁴⁰ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 285.

⁴¹ Çek Kanunu m. 3/8: "Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının Türk Ticaret Kanununun 707 nci maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu çekle ilgili olarak hukukî takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukukî takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır."

⁴² Çek Kanunu geç. m. 3/5: "31/12/2023 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir."

⁴³ "Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre, ileri tarihli çek, üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelmeden önce de tahsil amacıyla bankaya ibraz edilebilir. Bu tarihten önce ibraz edilen çekin kısmen veya tamamen karşılıksız çıkması hâlinde, çekle ilgili olarak bu Tasarı hükümlerine göre karşılıksızdır işlemi yapılacaktır. Kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan bu çekle ilgili olarak ibraz eden hamil Türk Ticaret Kanununun verdiği yetkileri kullanabilir. Ancak, bu tarihten önce ibraz edilen çekin kısmen veya tamamen karşılıksız çıkması, ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir." Bkz. www.lexpera.com.tr, (04.07.2022).

⁴⁴ Birçok karar arasında bkz. "Bu hükümlere göre; çek, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ibraz edilmiş ise, ibraz geçersizdir. Üzerinde yazılı keşide tarihinin göre yasal ibraz süresi içinde yeniden ibraz edilmiş ve ibraz süresi de geçmiş olan çekler yönünden 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen "çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı" kararı verilemez." Bkz. Y10.CD, 16.09.2013, E.2013/4763, K.2013/7641.

⁴⁵ Kendigelen, Çek Hukuku, 40; Ağar ve Sandal, Karşılıksız Çek Suçu ve Uygulaması, 27; Özbek, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçu (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/4-10)," 7; Reisoğlu, Çek Hukuku, 40; Bozer ve Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 213-214; A. H. Yıldırım, "Çek Cezası (TTK m. 783/3)," 3468; Karakehya ve Güneysu, "Konkordatonun, Çekle İlgili "Karşılıksızdır" İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçundan Kaynaklı Cezaî Sorumluluğa Etkisi," 10; Başbüyük, "Karşılıksız Çekte Hapis Cezasının Kaldırılması Üzerine Bir Değerlendirme," 310.

rihinin, fiili düzenleme tarihi yerine muhtemel ödeme tarihi olarak yazıldığı bu tür çeklere, ileri tarihli çek veya vadeli çek de denilmektedir⁴⁶.

Çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun oluşabilmesi için keşideci tarafından düzenlenen çekin karşılığının ilgili hesapta kısmen veya tamamen bulundurulmaması gerekir. Keşideci yani fail, çek hesabında gereken parayı buldurmakla yükümlü olduğu hâlde bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmektedir. Bu bakımdan bu suçun ihmali hareketle işlenebilen bir suç olduğu ifade edilebilir⁴⁷. Ancak bu tek başına yeterli değildir. Nitekim banka görevlisinin karşılığı tam olarak bulunmayan çeki kendiliğinden karşılıksızdır işlemine tabi tutması mümkün değildir. Çeki elinde bulunduran hamil, ibraz süresi içerisinde çeki bankaya götürmeli ve karşılığı bulunmaması durumunda çekle ilgili olarak karşılıksızdır işleminin yapılmasını talep etmelidir. Bundan dolayı hamil, keşidecinin parayı çek hesabında bulduracağını düşünüyorsa ibraz süresinin sonuna kadar çeki yeniden bankaya götürebilmektedir. Bu durumda bir sonraki sefer çekin tam karşılığının hamile ödenmesi durumunda, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmadığından artık keşideci cezalandırılmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında Çek Kanunu m. 5/1'de "*karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet vermek*" şeklinde yer alan ibarenin aslında bir objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğu söylenebilir⁴⁸. Bundan ötürü çekin karşılığının bankada bulunmamasına rağmen ibraz süresinden önce ya da sonra çekin bankaya götürülmesi durumunda da keşidecinin cezai sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Karşılıksızdır işlemi sadece ibraz süresi içerisinde yapılabilmektedir. İbraz süresi gelmeden ya da bu süre geçtikten sonra karşılıksızdır işlemi yapılması mümkün değildir⁴⁹. Banka görevlisi tarafından karşılıksızdır işlemi yapılsa bile kanımızca bu işlem cezai sorumluluk açısından önemsizdir.

⁴⁶ Şen ve Malbeği, Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek, 83, 84; Can, Kıymetli Evrak Hukuku, 144; Bozer ve Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 214; Ertem ve Ersoy, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu," 1503.

⁴⁷ Özbek, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/4-10)," 14.

⁴⁸ Selçuk, "Yetersiz Çek, Karşılıksız Çek Keşidesi Suçunu Oluşturur," 1478; Özgenç, Çek Kanunu, 118; Aksi bir durumda, yani "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet vermek" ibaresinin suçun fiil unsurunu oluşturduğu kabul edildiğinde, çeki kanuni ibraz süresi içerisinde bankaya ibraz edip çekin karşılığının bulunmadığını belirleyen kişi, çeki tahsil etmek yerine, birkaç gün bekledikten sonra çeki tahsil ederek suç duyurusunda bulunması hâlinde fiilin teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle kişinin cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Ayrıca karşılığı bulunmadığı hâlde düzenlenen her çek nedeniyle kişilerin cezai sorumluluğunun öngörülmesi, ceza hukukunun son çare olma özelliğine aykırı olmakla birlikte, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işleminin yapılmış olmasının, cezalandırılabilirlik şartı olarak düzenlemesiyle cezalandırılabilirliğin aşırılığı ve gereksiz bir şekilde genişletilmesi, bu şekilde önlenmiş olmaktadır. Bkz. Özbek, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/4-10)," 14.

⁴⁹ Reisoğlu, Çek Hukuku, 192-193; Dursun, Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, 45.

Suç tipinde netice ayrıca düzenlenmediğinden bu suç, bir şekli suçtur ve çekin keşide edilmesiyle birlikte suç oluşmaktadır⁵⁰. Özbek'in de ifade ettiği üzere fiilin cezalandırılabilirliği, objektif cezalandırılabilirlik şartının gerçekleşmesine bağlı olduğundan suçun işlediği anın objektif cezalandırılabilirlik şartının gerçekleştiği an yerine, fiil unsurunun gerçekleştiği an olarak kabul edilmesiyle anlamsız bir durum ortaya çıkmaktadır⁵¹. Örneğin bu durumda objektif cezalandırılabilirlik şartı gerçekleşmediği için cezalandırılmayan bir fiilden dolayı zamanaşımı işlemeye başlamış olmaktadır⁵². Keza Yargıtay da objektif cezalandırılabilirlik şartının gerçekleşmediği durumlarda sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir⁵³.

D. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Bilindiği üzere suçun manevi unsuru, genel olarak kast ve taksir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Taksir sorumluluğundan söz edebilmek için bunun kanunda açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Çek Kanunu m. 5/1'de taksir ibaresine açıkça yer verilmediğinden bu suçun ancak kasten işlenebilen bir suç olduğu söylenmelidir.

Ayrıca madde metninde lehtarı zarara uğratmak ve kendisi veya üçüncü kişi lehine yarar sağlamak gibi faili harekete geçiren amacın ne olduğuyla ilgili de bir ibareye yer verilmiştir. O hâlde bu suç için olması gereken kastın özel kast yerine, genel kast olduğu ifade edilmelidir.

E. ETKİN PİŞMANLIK

Çek Kanunu m. 6/1'de etkin pişmanlık kurumu düzenlenmektedir. Karşılıksızdır işlemine konu olan çekin karşılıksız kalan miktarı, "*çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında*" etkin pişmanlık hü-

⁵⁰ "“Karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu, neticesi harekete bitişik bir suç olup üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibraz edilip karşılığının olmadığına dair işlemin yapılması ile tamam olur.” Bkz. AYM, 26.07.2017, E.2016/191, K.2017/131, RGT: 10.10.2017, RGS: 30206.

⁵¹ Özbek, “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/4-10),” 15.

⁵² Özbek, “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/4-10),” 15.

⁵³ “Çekle ilgili olarak “karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme” suçundan görülmemekte olan bir ceza davasına konu çekin süresinde bankaya ibrazında; muhatap banka tarafından öne sürülen “herhangi bir sebeple” çekin arka yüzüne, 5941 Sayılı Kanun’un 3/4. maddesinde yazılı hususlar şerh edilmek suretiyle, usulüne uygun şekilde bir “karşılıksızdır” işlemi yapılmamışsa, çek hesabında karşılığını bulundurmakla yükümlü failin iradesi ve davranışlarıyla doğrudan ilgili olmayan objektif cezalandırılabilirlik şartı, dolayısıyla suçun kanunda öngörülen neticesi gerçekleşmeyeceğinden, sanığın beraatine karar verilmesi gerekeceği kanaatine ulaşılmıştır.” Bkz. Y19.CD, 27.01.2020, E.2019/35817, K.2020/415.

kümleri uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre faiz dahil olmaksızın sadece karşılıksız kalan bedeli ödeyen fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Söz konusu miktarı tamamen ödeyen kişi hakkında:

a) Yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine,

b) Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına,

karar verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırıldığı, MERSİS ile Risk Merkezine 5 inci maddenin sekizinci fıkrasındaki usullere göre bildirilir ve ilan olunur.”

F. İÇTİMA

Aynı failin düzenlemiş olduğu birden fazla çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği gündeme gelmektedir. Zincirleme suç ile ilgili TCK m. 43/1’de yer alan düzenleme şu şekildedir: *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir.”* Ne var ki kanun koyucu, bu suçla ilgili olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının önüne geçmek amacıyla Çek Kanunu m. 5/1’de *“her bir çekle ilgili olarak”* ibaresini eklemiştir. Böylece her çek yaprağı ayrı şekilde ele alındığından karşılıksızdır işlemine tabi tutulan çek yaprağı kadar suç oluşmaktadır. Öyle ki birden fazla çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet veren fail hakkında bu çeklerdeki lehtarın ya da hamilin aynı kişi olması da durumu değiştirmemektedir⁵⁴.

G. YAPTIRIM

Bu suçun yaptırımını olarak hem ceza hem de güvenlik tedbiri öngörülmüştür. Ceza yaptırımını, çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olmak üzere bin beş yüz güne kadar adli para cezasıdır⁵⁵. Adli para cezasının ödenmediği durumda 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hak-

⁵⁴ Şen ve Malbeği, Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu’nda Karşılıksız Çek, 45; Özgenç, Çek Kanunu, 84.

⁵⁵ Esasen ilgili hüküm *“Ancak, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından az olamaz.”* şeklindeyken Anayasa Mahkemesi, *“çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından”* ibaresinin kanunilik ilkesine aykırı olması gerekçesiyle oybirliğiyle iptaline karar vermiştir. Bkz. AYM, 26.07.2017, E.2016/191, K.2017/131, RGT: 10.10.2017, RGS: 30206.

kında Kanun (CGTİHK)⁵⁶ m. 106'da yer alan hüküm uygulanmaktadır. Bu kapsamda hakkında adli para cezası verilen hükümlüye ödeme emri tebliğ edilmektedir. Hükümlü bu parayı ödemezse ilgili tutar gün miktarı hapis cezasına çevrilmektedir. Öncelikle hapis cezasının bir günü kamuya yararlı bir işte iki saatlik çalışmaya denk gelecek şekilde hükümlünün çalıştırılmasına karar verilmektedir. Hükümlünün buna riayet etmemesi durumunda ilgili süre açık ceza infaz kurumunda infaz edilmektedir. Ne var ki CGTİHK m. 106'da yer alan bu usule Çek Kanunu m. 5/11 ile bir istisna getirilmiştir. Buna göre adli para cezasını ödemeyen hükümlü hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin adli para cezası doğrudan hapis cezasına çevrilmektedir. Özellikle adli para cezasının çekin karşılıksız kalan miktarından az olamayacağı göz önüne alındığında hapis cezasının süresinin oldukça yüksek olması muhtemeldir. Yine de CGTİHK m. 106/7'de yer alan hüküm, adli para cezasından çevrilen hapis cezasına üst sınır getirdiğinden ilgili hüküm nedeniyle ortaya çıkan sorunun kısmen giderildiği söylenebilir. Buna göre hapis cezasının süresi üç yılı geçmemektedir. Eğer hapis cezası birden fazla adli para cezasından çevrilmiş ise azami süre beş yıl olmaktadır.

İkinci olarak bu suç nedeniyle fail hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına hükmedilebilmektedir. Belirtmek gerekir ki bu yasak, Çek Kanunu m. 5'te hem bir güvenlik tedbiri hem de bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Çek hesabı sahibinin gerçek kişi olduğu durumlarda bu yasak, doğrudan çek hesabı sahibi hakkında uygulanırken çek hesabı sahibinin tüzel kişi olduğu durumlarda ise tüzel kişi adına çek düzenleyenler hakkında uygulanmaktadır. Bununla beraber karşılıksızdır işlemi yapılan çekin bir sermaye şirketi adına düzenlendiği durumlarda ise yönetim organı ile ticaret siciline tescil edilmiş olan şirket yetkilileri hakkında da bu yasak uygulanmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki Çek Kanunu m. 5/10'da bu suçtan dolayı yapılan yargılamalarda ön ödeme, uzlaştırma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumlarının uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

H. MUHAKEME

Bu suçun soruşturması ve kovuşturulması şikâyetin varlığına bağlıdır. Çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapıldığında banka görevlisinin bu suçu adli mercilere bildirmesi şikâyet şartını ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim Çek Kanunu m. 5/1'de şikâyet hakkının hamile ait olduğu belirtilmiştir. Hamil, çeki elinde bulunduran yetkili kişidir. Burada hamilin, lehtar da kapsadığı belirtilmelidir. Sonuçta çek lehtara verilmek üzere keşide edilmektedir. Lehtar ise bu çeki diğer kişilere verebilmektedir. Bu durumda çek

⁵⁶ 5275 sayılı ve 13.12.2004 kabul tarihli Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 29.12.2004 tarihli ve 25684 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

birden fazla kere el değıştirirse bile şikâyet hakkı çeki en son elinde bulundurana hamile ait olmaktadır. Bu bakımdan çeki elinde bulundurmeyen lehtarın veya cirantaların şikâyet hakkı bulunmamaktadır.

Şikâyet süresiyle ilgili Çek Kanunu'nda özel düzenleme bulunmadığından genel düzenleme niteliğindeki TCK m. 73'te yer alan hüküm uygulanmaktadır. Bu bakımdan şikâyet süresi altı aydır. Bu süre, hamilin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği gün başlamaktadır.

Ayrıca şikâyetten vazgeçmeyle ilgili özel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Buna göre şikâyetten vazgeçme durumunda, yukarıda açıklanan Çek Kanunu m. 6/1'de yer alan etkin pişmanlığa ilişkin düzenleme burada da uygulama alanı bulmaktadır. Tekrara düşmemek adına yukarıdaki açıklamalara atıfta bulunmakla yetinmekteyiz.

Çek Kanunu m. 5/1'de belirtildiği üzere bu suçtan dolayı yapılan yargılamalarda görev yönünden yetkili mahkeme icra ceza mahkemesidir. Yer yönünden yetkili mahkeme ise *“çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri”* mahkemesidir.

II. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜĞÜN YERİNE GETİRİLEMEMESİ NEDENİYLE ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASI YASAĞI VE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Modern ceza hukuku öncesi dönemde ödenmeyen borçlardan dolayı sorumluluk sadece malvarlığıyla sınırlı değildi. Özellikle kolektif sorumluluğun hâkim olduğu toplumlarda alacaklı, alacağı için borçlunun yanı sıra yakınlarına da başvurabilmekteydi. Alacağın tahsil edilmesi amacıyla alacaklı, borçlunun veya yakınlarının beden bütünlüklerine zarar verebilmekteydi. Bununla beraber borcun ödenmemesi durumunda alacaklı, borçluyu veya yakınlarını deyim yerindeyse teminat olarak alabilmekteydi. Hatta teminat yerine doğrudan borcuna karşılık sayabilmekte, örneğin borçlunun çocuğunu alıp kendi kölesi olarak kullanabilmekteydi.

Özellikle hümanizm gibi birtakım akım ve gelişmelerin sonucunda insanın esas alınmasıyla beraber, insan onuru ve beden bütünlüğünün dokunulmazlığının malvarlığından daha önemli olduğu kabul edilmiştir. Bu kapsamda ödenmeyen borç nedeniyle insan onurunun ve beden bütünlüğünün dokunulmazlığını ihlal eden araçlar terk edilmiştir. Alacaklının sadece borçlunun malvarlığına gidebilmesine ilişkin düşünce ortaya çıkmıştır. Böylece borçtan dolayı şahıs varlığıyla sorumluluk ilkesinin yerine, günümüzde kabul gören malvarlığıyla sorumluluk ilkesi esas alınmaya başlanmıştır⁵⁷. Nitekim bu ilke hem özel hukukta hem de kamu hukukunda hâkim hâle gelmiştir. Bu

⁵⁷ Soyer Güleç, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, 41.

doğrultuda özel hukuk kapsamındaki alacakların yanı sıra, vergi, resim ve benzeri kamu alacaklarının ödenmemesi durumunda da hapis cezası gibi araçlara başvurulamayacağına ilişkin düşünce yerleşmiştir.

Sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgülüğün kısıtlanması yasağına ilişkin uluslararası alanda birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Bu konuda ilk uluslararası düzenlemenin Amerika Kıtası'nda imzalandığı görülmektedir. 30 Nisan 1948 tarihinde, Kolombiya'nın başkenti Bogota'da düzenlenen 9. Panamerikan Konferansında Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi kabul edilmiştir⁵⁸. "*Keyfi tutuklamaya karşı koruma hakkı*" başlıklı m. 25/2'de "*Hiç kimse, salt medeni nitelikteki yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.*" hükmüne yer verilmiştir. İfade etmek isteriz ki Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, Birleşmiş Milletler tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nden yaklaşık yedi ay kadar bir süre önce ilan edildiğinden uluslararası alanda insan haklarına ilişkin olarak ilan edilen ilk bildiri niteliğine sahiptir⁵⁹. Bu da söz konusu düzenlemenin önemini ortaya koyabilmektedir. Bununla beraber ilerleyen süreçte, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nde yer alan güvencelerin daha etkin bir şekilde korunması amacıyla⁶⁰ 22 Kasım 1969 tarihinde Kosta Rika'nın başkenti San Jose'de düzenlenen Amerikalılar Arası İnsan Hakları İhtisas Konferansında, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi kabul edilmiştir⁶¹. Söz konusu yasak, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi m. 7/7'de ise "*Hiç kimse borcundan dolayı tutuklanamaz.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 16 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılan ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 11'de "*Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilemez.*" hükmüne yer verilmiştir⁶². Türkiye, anılan Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Onay belgesi, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine 15 Eylül 2003 tarihinde

⁵⁸ Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi için bkz. www.cidh.oas.org/basicos/english/basic2.american%20declaration.htm, (26.06.2022).

⁵⁹ Robert K. Goldman, "History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights," Human Rights Quarterly 31, 4 (2009): 859.

⁶⁰ Goldman, "History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights," 860.

⁶¹ Kosta Rika'nın başkenti San Jose'de kabul edildiği için San Jose Paketi olarak da adlandırılan Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi için bkz. www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm, (26.06.2022).

⁶² 16 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılan Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 35 devletin onay belgelerini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğini tevdi etmeleri üzerine, m. 49'da yer alan hüküm gereği 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme için bkz. <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>, (26.06.2022).

tevdî edilmiştir. Sözleşme, 23 Aralık 2003 tarihiyle Türkiye açısından bağlayıcı olmuştur⁶³.

16 Eylül 1963 tarihinde imzaya açılan ve 2 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No'lu Protokol m. 1'de ise "*Hiç kimse, yalnızca akdî ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.*" düzenlemesinin bulunduğu görülmektedir⁶⁴. Türkiye, anılan Protokol'ü 19 Ekim 1992 tarihinde imzalamıştır. Ancak onay belgesi, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine henüz tevdi edilmemiştir⁶⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 4 No'lu Protokol'ün bir diğer önemli sonucu ise Anayasa'da yapılan değişiklikle ilgilidir. Söz konusu ilke, Anayasa'ya 2001 yılındaki değişiklikle eklenmiştir. Öyle ki anılan Protokol m. 1'deki düzenlemeye benzer şekilde, Anayasa m. 38/8'e "*Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.*" şeklinde ekleme yapılmıştır. Keza teklifin madde gerekçesinde "*Ayrıca 4 nolu protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü eklenmiştir. Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlar da vardır.*" açıklamasına yer verilmiştir⁶⁶.

⁶³ Türkiye, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasî Haklar Sözleşmesi'ni 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. Bu Sözleşme, 4868 sayılı ve 04.06.2003 kabul tarihli Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile uygun bulunmuştur. Bu Kanun ise 18.06.2003 tarihli ve 25142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tarihler için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=en&mtsg_no=IV-4&src=IND; Ayrıca Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/589) için bkz. www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf, (26.06.2022).

⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz. www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, (26.06.2022).

⁶⁵ 3975 sayılı ve 23.02.1994 kabul tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Sözleşmeye Ek ve Bu Sözleşme ile İlk Ek Protokol Kapsamında Bulunanlardan Başka Diğer Bazı Hak ve Özgürlükleri Tanıyan 4 Numaralı Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 26.02.1994 tarihli ve 21861 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty-num=046, (26.06.2022).

⁶⁶ Türkiye Cumhuriyet Anayasası (Gerekçeli), (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019), 222.

III. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜĞÜN YERİNE GETİRİLEMEMESİ NEDENİYLE ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASI YASAĞI AÇISINDAN ÇEKLE İLGİLİ OLARAK KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VERME SUÇUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARI

1. Genel Olarak

Sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağı, her ne kadar Anayasa m. 38/8'e 2001 yılındaki değişiklikle getirilmiş olsa da Anayasa Mahkemesinin bu tarihten önce, söz konusu yasağın koruma alanında kalan hususlarla ilgili verdiği kararlarına rastlamak mümkündür. Bu kararlardan bir tanesi 2000 sayılı 1932 Senesinden İtibaren Tıp Fakültesinden Neşet Edecek Tabiplerin Mecburi Hizmetlerinin Lağvı ve Leyli Tıp Talebe Yurduna Alınan Tıp Talebesinin Tâbi Olacakları Mecburiyetler Hakkında Kanun⁶⁷ ile ilgilidir. Anılan Kanun'da belirtilen kişiler, aldıkları eğitim nedeniyle belirli süre mecburi hizmetle yükümlü kılınmıştır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda yaptırım olarak cezaî şart ve hapis cezası öngörülmüştür. Bu hükmün iptal talebini inceleyen Anayasa Mahkemesi, öncelikle borcun ödenmediği durumlarda kamu düzeninin bozulmayacağını ve bu nedenle borcun özel hukuk hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre devlete, kişilerden ayrı bu tür bir üstünlük tanınmamalıdır. Devlet de özel hukuk hükümlerine uygun şekilde hareket etmelidir. İşte bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi, 2000 sayılı Kanun m. 3/2'de "*Bu parayı tamamen vermekten imtina eyliyenler üç aydan bir seneye kadar hapis cezasıyla mahkûm edilir ve para ayrıca alınır.*" şeklinde yer alan hükmün, hukuk devleti ilkesine aykırı olması nedeniyle iptaline oyçokluğuyla karar vermiştir⁶⁸.

2001 yılında Anayasa m. 38/8'e eklenen "*Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.*" şeklindeki düzenlemeyle beraber, muhtelif Kanun'larda yer

⁶⁷ 2000 sayılı ve 04.06.1932 kabul tarihli 1932 Senesinden İtibaren Tıp Fakültesinden Neşet Edecek Tabiplerin Mecburi Hizmetlerinin Lağvı ve Leyli Tıp Talebe Yurduna Alınan Tıp Talebesinin Tâbi Olacakları Mecburiyetler Hakkında Kanun 09.06.1932 tarihli ve 2120 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bundan sonra 2000 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

⁶⁸ "Kural olarak Devlet, özel hukuk ilişkilerinde özel hukuk hükümlerine bağlıdır. Bu hükümler de, Devlete, kişilerden ayrı bir üstünlük tanımaz. (...) Ceza tedbirleri, kamunun huzur ve sükûnunu, güvenini, düzenini bozan eylemlerin, savsaklamaların müeyyideleridir. Yapılan giderlerin ödenmemesi gibi bir hareket, borç ne kadar büyük olursa olsun, toplumu rahatsız etmez; kamu düzenini bozmadıkça, o kadar ki, Devletin kamu kanunlarından doğan ve kamu hizmetlerinin karşılığı olan vergi, resim, harç gibi alacaklarının alınmasında bile hapis hükmünün uygulanması düşünülmemiştir. Hal böyle olunca, özel hukuk ilişkilerinden doğan bir alacak hakkında borçlunun hapis ile cezalandırılmasına nasıl yer verilebilir". Karar için bkz. AYM, 22.12.1964, E.1963/166, K.1964/76, RGT: 28.4.1965, RGS: 11985.

alan birtakım hükümlerin söz konusu yasağa aykırı olduğu iddiasıyla iptal edilmeleri talep edilmiştir. Bu kapsamda 3167 sayılı Kanun m. 13/1'de⁶⁹, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu⁷⁰ m. 508'de⁷¹, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu⁷² m. 331/1-4-6, m. 337/1, m. 338/1 ve m. 340'ta⁷³, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu⁷⁴ m. 359/a-2'de⁷⁵, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu⁷⁶ m. 12/1-2'de⁷⁷ ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁷⁸ m. 61/d yönünden m. 61A/c'de⁷⁹ yer alan hükümler, Anayasa m. 38/8'e aykırı olmadığından yapılan itirazların reddine oybirliğiyle karar verilmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin Anayasa m. 38/8'de düzenlenen yasağa aykırı olması nedeniyle normun iptaline karar verdiği bir karara araştırmalarımız sonucunda ulaşamadığımızı belirtmek isteriz.

2. 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun

Yukarıda ifade edildiği üzere karşılıksız çek keşide etmeyle ilgili ilk suç tipi, Çek Kanunu yürürlüğe girmeden önce 3167 sayılı Kanun m. 16'da yer almaktaydı. Bu hükmün Anayasa m. 38/8'de yer alan yasağa aykırı olduğu ileri sürülerek iptali talep edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 21 Kasım 2002 tarihinde oyçokluğuyla (ona karşı bir) aldığı karar ile hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir⁸⁰. Kararın gerekçesine bakıldığında söz konusu yasağın iki husus üzerinden ele alındığı görülmektedir. Bunlar: Anayasa m. 38/8'de yer alan "sözleşme" ve "yerine getirememesi" ibareleriyle ilgilidir. Anayasa Mahkemesine göre çek ilişkisi bizzatı bir sözleşme olmadığı gibi bu ilişkinin temelinde her zaman bir sözleşmenin mevcut olması da zorunlu değildir.

⁶⁹ AYM, 22.1.2003, E.2002/171, K.2003/5, RGT: 08.04.2003, RGS: 25073.

⁷⁰ 765 sayılı ve 01.03.1926 kabul tarihli Türk Ceza Kanunu, 13.03.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷¹ AYM, 30.06.2004, E.2002/41, K.2004/90, RGT: 12.02.2005, RGS: 25725.

⁷² 2004 sayılı ve 09.06.1932 kabul tarihli İcra ve İflas Kanunu, 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷³ AYM, 21.11.2002, E.2001/415, K.2002/166, RGT: 28.02.2003, RGS: 25034 .

⁷⁴ 213 sayılı ve 04.01.1961 kabul tarihli Vergi Usul Kanunu, 10.01.1961 tarihli ve 10703 sayılı; 11.01.1961 tarihli ve 10704 sayılı; 12.01.1961 tarihli ve 10705 sayılı Resmî Gazete'lerde yayımlanmıştır.

⁷⁵ AYM, 11.03.2003, E.2002/55, K.2003/8, RGT: 16.12.2003, RGS: 25318.

⁷⁶ 1447 sayılı ve 21.07.1971 kabul tarihli Ticari İşletme Rehni Kanunu, 28.07.1971 tarihli ve 13909 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷⁷ AYM, 15.03.2007, E.2002/30, K.2007/24, RGT: 29.11.2007, RGS: 26715.

⁷⁸ 556 sayılı ve 24.06.1995 kabul tarihli Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 27.06.1995 tarihli ve 22326 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷⁹ AYM, 02.03.2004, E.2002/92, K.2004/25, RGT: 14.05.2004, RGS: 25462.

⁸⁰ AYM, 21.11.2002, E.2001/408, K.2002/191, RGT: 02.10.2003, RGS: 25247. Ayrıca Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, 3167 sayılı Kanun m. 16'da yer alan hükmün, Anayasa m. 5, m. 10, m. 65 ve m. 167 maddeleri çerçevesinde yaptığı değerlendirme sonucunda itirazın reddine karar vermiştir. Karar için bkz. AYM, 26.09.1995, E.1995/18, K.1995/50, RGT: 15.11.1997, RGS: 23171.

Kaldı ki bu ilişkinin temelinde bir sözleşmenin bulunduğu durumlarda dahi artık çekin düzenlenmesiyle beraber, bu sözleşmeden bağımsız niteliği haiz ve ayrı bir sözleşme olarak nitelendirilmeyen bir kambiyo ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, çekin Anayasa m. 38/8'de yer alan "sözleşme" kavramının kapsamına girmediğini kabul etmektedir.

İkinci olarak "yerine getirememesi" kavramını ele alan Anayasa Mahkemesine göre "Yalnızca Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında hürriyeti bağlayıcı ceza yasağı, sözleşmeden doğan borcun "yerine getirilememesi"ni gerektirmektedir. Oysa keşideci, çekin karşılıksız olmasını bilmesine rağmen çek keşide ettiğine göre, bu borcun yerine getirilemediğinden söz etmek de olanaksızdır. İhtara rağmen çek karnelerini aldığı bankaya, yasanın öngördüğü sürede iade etmeyen ve çek tutarını veya karşılıksız kalan bölümünü % 10 tazminatı ve gecikme faiziyle birlikte hamil adına muhatap bankaya yatırmayan, düzeltme hakkını kullanmayıp yasaklanmasına rağmen çek keşide etmeye devam eden keşidecinin eylemini sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirememesi olarak kabul etmek olanaksızdır."

Çoğunluk görüşüne katılmayan Haşim Kılıç, karşı oy gerekçesinde öncelikle söz konusu yasağın, ekonomik suçlarda hapis cezasının öngörülebileceği alanı oldukça daraltmasına rağmen uygulamasının neredeyse yok denilecek kadar az olduğundan söz etmektedir. Kılıç'a göre Anayasa m. 38/8'deki hüküm üç noktada ele alınmalıdır: "Yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülük, bu yükümlülüğün yerine getirilememesi ve bundan dolayı özgürlükten alıkonamama". Bu kapsamda ilk olarak çekin, sözleşme kapsamında değerlendirilmemesiyle ilgili çoğunluk görüşüne katılmadığını belirterek keşideci ve lehtar arasında mevcut olan borç ilişkisinin, sözleşmenin dışında yer alan ve mutlak bağımsız bir işlem olarak nitelendirilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. İkinci olarak yükümlülüğün yerine getirilememesiyle ilgili olarak çekin karşılığının bulunmadığını bilmesine rağmen çeki düzenleyen kişinin iyiniyetli olmadığından Anayasa m. 38/8'de yer alan hükümden faydalanamayacağını söylemektedir. Bununla beraber 3167 sayılı Kanun m. 16'daki suçta "ödememe" ve "ödeyememe" durumları araştırılmadığından ve söz konusu hükmün "bilerek ve kasden ödemeyen" ile "iyiniyetle hareket edilerek ödeyememe" durumlarının ayrılmasına imkân veren bir düzenleme niteliğinde olmadığından objektif sorumluluğa neden olduğunu belirtmektedir. Bu bakımdan anılan hükmün aynı zamanda kusur sorumluluğuna aykırı olması nedeniyle Anayasa m. 38'e aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bu kararında sözleşme kavramını kanımızca oldukça dar bir şekilde ele almıştır. Bu nedenle verilen bu karara iştirak etmediğimizi belirtmek isteriz. Konuya ilişkin düşüncelerimizi aşağıda detaylı şekilde açıklayacağımızdan sadece burada Haşim Kılıç'ın da karşı oy gerekçesinde belirtmiş olduğu hususlar doğrultusunda özellikle hükmün varlık nedeni ile uygulamasına bakıldığında Anayasa m. 38/8'de yapılan değişikliğin gereken önemi görmediğini ifade etmek gerekir.

Bu karardan yaklaşık bir ay sonra vermiş olduğu bir diğer kararda ise Anayasa Mahkemesi, yine 3167 sayılı Kanun m. 16'da yer alan hükmün esas incelemesini bu sefer *"bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar"* ibaresi yönünden sınırlandırarak yapmıştır⁸¹. Bu kararda belirtilen gerekçenin ve varılan sonucun bir önceki karara nazaran farklılık arz etmediğini söyleyebiliriz. Keza Anayasa Mahkemesi benzer gerekçeyle itirazın reddine oyçokluğuyla (ona karşı bir) karar vermiştir. Çoğunluğa katılmayan Haşim Kılıç, bir önceki kararda olduğu gibi aynı karşı oy gerekçesini burada da açıklamıştır. Bu nedenle biz de bir önceki karardaki değerlendirmemize atıfta bulunmakla yetinmekteyiz.

3. 5941 Sayılı Çek Kanunu

Karşılıksız çek suçunun düzenlendiği 3167 sayılı Kanun m. 16, kanun koyucu tarafından ilga edildikten sonra bu suçun yerine, Çek Kanunu m. 5/1'de çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu düzenlenmiştir. Bu hükmün de Anayasa m. 38/8'de düzenlenen yasağa aykırı olduğu ileri sürülmüş olup normun iptal edilmesi talebini inceleyen Anayasa Mahkemesi tarafından bu konuyla ilgili verilmiş iki ayrı karar bulunmaktadır. Bu kararlardan ilki 17 Mart 2011 tarihinde verilmiştir⁸². Özetle 5941 sayılı Kanun m. 5/1'de yer alan hükmün, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, yukarıda açıklanan kararlarında yer verdiği gerekçeye benzer gerekçeyi burada da tekrarlamıştır. Buna göre kambyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havale niteliğinde olan çekin temelinde bir sözleşmenin bulunmasına gerek yoktur. Keza hatır senesinde olduğu gibi bir sözleşme ilişkinin söz konusu olmadığı veya ilişkinin temelinde yer alan sözleşmenin geçersiz olduğu hâllerde dahi çek geçerliliğini korumaktadır. Hatta sözleşme ilişkisinin yanı sıra sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil hükümleri kapsamında dahi borç için çek düzenlenebildiğinden çek ilişkisinin Anayasa m. 38/8'de yer alan *"sözleşme"* kavramının kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Aynı zamanda söz konusu hükmü hukuk devleti ilkesi bağlamında da değerlendiren Yüksek Mahkeme, kanun koyucunun ken-

⁸¹ AYM, 11.12.2002, E.2002/165, K.2002/195, RGT: 26.04.2003, RGS: 25090.

⁸² AYM, 17.03.2011, E.2010/6, K.2011/54, RGT: 06.07.2011, RGS: 27986; Ayrıca belirtmek gerekir ki Çek Kanunu m. 5/1 muhtelif zamanlarda değişikliğe uğramıştır. Söz konusu kararın verildiği zaman yürürlükte bulunan hâli şu şekildedir: "Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adli para cezası, çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Bu davalar, çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür."

disine verilen takdir yetkisinin sınırları içerisinde kaldığını belirtmiş ve sonuç olarak Anayasa m. 2 ve m. 38/8 yönünden bir aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Ayrıca yukarıda yer verildiği üzere daha önceki benzer kararlar Haşim Kılıç'ın karşı oyuyla oyçokluğuyla verilmesine rağmen bu karar, Haşim Kılıç'ın da katılımıyla oybirliğiyle alınmıştır.

Çek Kanunu m. 5/1'de yer alan hükmün 6728 sayılı Kanun⁸³ ile değiştirilmesi üzerine, yeniden Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunularak normun iptal edilmesi talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 26 Temmuz 2017 tarihinde vermiş olduğu kararda, yukarıda açıklanan kararına atıfta bulunmuştur⁸⁴. Burada da genel olarak çekin temelinde bir sözleşme ilişkisinin bulunmasının zorunlu olmadığını ve çekin kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havale olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişinin cezalandırılmasında Anayasa m. 38/8'de yer alan hükme aykırılığın bulunmadığına karar vermiştir.

Yukarıda açıklanan iki Anayasa Mahkeme kararında da Çek Kanunu m. 5/1'de yer alan hükmün Anayasa m. 38/8'e uygunluğu esas olarak "sözleşme" kavramı açısından ele alınmıştır. Bize göre Anayasa Mahkemesi adı geçen kavramı oldukça dar bir şekilde yorumladığından hükmün koruma alanı bu doğrultuda daraltılmıştır. Aşağıda detaylı şekilde açıklanacağı üzere sözleşme kavramının, bir kambiyo senedi olan çeki de kapsar şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesince verilen bu iki karara katılmadığımızı ifade etmek isteriz.

⁸³ 6728 sayılı ve 15.07.2016 kabul tarihli Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 09.08.2016 tarihli ve 29796 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 6728 sayılı Kanun m. 63 ile yapılan değişiklik sonrasında Çek Kanunu m. 5/1 şu hâli almıştır: "Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak "karşılıksızdır" işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından az olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Yargılama sırasında da resen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişi, bu tüzel kişi adına çek keşide edenler ve karşılıksız çekin bir sermaye şirketi adına düzenlenmesi durumunda ayrıca yönetim organı ile ticaret siciline tescil edilen şirket yetkilileri hakkında uygulanır. Koruma tedbiri olarak verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararlarına karşı yapılan itirazlar bakımından 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 353 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanır. Bu suçtan dolayı açılan davalar icra mahkemesinde görülür ve İcra ve İflas Kanununun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353 üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır. Bu davalar çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür."

⁸⁴ AYM, 26.07.2017, E.2016/191, K.2017/131, RGT: 10.10.2017, RGS: 30206.

B. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Feyzioğlu, Anayasa m. 38/8'de düzenlenen yasağı genel olarak “yükümlülüğün bir sözleşmeden kaynaklanması” ve “yükümlülüğün yerine getirilememesi” şeklinde iki başlık altında incelemektedir⁸⁵. İlk olarak sözleşme kavramını ele alan Yazar, sadece sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin anılan yasak kapsamında değerlendirilebileceğini, sözleşmeden kaynaklanmayan yükümlülüklerin ise kapsam dışında kaldığını belirtmektedir⁸⁶. Bu kapsamda çek, para yerine kullanılan bir ödeme aracıdır⁸⁷. Çekin keşide edilmesinden önce taraflar arasında buna sebebiyet vermiş bir hukuki ilişkinin mevcut bulunması gerekmektedir⁸⁸. İkinci olarak “yerine getiremeyen” ibaresine bakıldığında bu hususun genel olarak subjektif sorumluluk ile uyum içerisinde olduğu görülmektedir⁸⁹. Henüz yükümlülüğün altına girerken ilerleyen süreçte bu yükümlülüğünü yerine getiremeyeceğini bilen ve hatta bunu isteyen kişilerin söz konusu yasaktan yararlanmaları mümkün değildir⁹⁰. Belirtmek gerekir ki Feyzioğlu, bu açıklamalarını 3167 sayılı Kanun m. 16'da düzenlenen karşılıksız çek suçunun yürürlükte bulunduğu dönemde yapmaktadır. Bu hükmün yürürlükte bulunduğu süreçte, ileri tarihli çekin ödeme tarihinden önce bankaya ibrazını ve çekin karşılıksız çıkmasıyla ilgili olarak “yerine getiremeyen” ibaresini detaylı şekilde ele almaktadır⁹¹. O dönemde oldukça tartışmalı olan konu, Çek Kanunu m. 5/1'e getirilen “*üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında*” şeklindeki eklemeye kanımızca sona ermiştir. Nitekim düzenleme tarihi, fiili düzenleme tarihinden sonraki bir tarih olsa da cezai sorumluluk sadece ödeme tarihinden itibaren işleyen ibraz süresinde çekin ibraz edilmesine bağlıdır. Bununla beraber çekin, sözleşme kavramı kap-

⁸⁵ “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması,” Metin Feyzioğlu, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanmasi/.

⁸⁶ “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması,” Metin Feyzioğlu, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanmasi/.

⁸⁷ “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması,” Metin Feyzioğlu, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanmasi/.

⁸⁸ “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması,” Metin Feyzioğlu, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanmasi/.

⁸⁹ “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması,” Metin Feyzioğlu, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanmasi/.

⁹⁰ “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması,” Metin Feyzioğlu, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanmasi/.

⁹¹ “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması,” Metin Feyzioğlu, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanmasi/.

samında olup olmadığına ilişkin tartışma halen devam etmekte olup “*yükümlülüğün bir sözleşmeden kaynaklanması*” ibaresi açısından iki suç tipi arasında kanımızca bir fark bulunmadığından 3167 sayılı Kanun m. 16 için yapılan açıklamaların, Çek Kanunu m. 5/1 açısından da geçerli olacağını düşündüğümüzü belirtmek isteriz.

Özgenç'e göre çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren failin, adli para cezasını ödemediği durumda bu cezanın hapis cezasına çevrilmesi, faili ödeme yapmaya zorlamayı amaçlamaktadır⁹². Bu bakımdan hapis cezası, zorlama (tazyik) hapsi niteliğini haizdir⁹³. O hâlde fail hakkında uygulanan bu hapis cezası, hapis cezasına mahkûmiyete bağlı hukuki sonuçlar doğurmamaktadır⁹⁴. Bu yönüyle söz konusu düzenlemenin Anayasa m. 38/8'deki yasağa aykırılığı gündeme gelmektedir. Anılan hükümde yer alan “*yerine getirememesinden*” ibaresini ele alan Yazar, bir imkânsızlığın mevcut olduğu durumlarda, yani zorunluluk hâline özgü olarak sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğü kısıtlama yasağının düzenlendiğini ifade etmektedir⁹⁵. Keza hazırlık çalışmalarında dahi çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun objektif sorumluluğu gerektiren bir suç olduğu algısına yol açacak şekilde tanımlanmamasına özen gösterilmediğini gerekçe göstermektedir⁹⁶. Bu nedenlerden dolayı Özgenç, söz konusu suçun Anayasa m. 38/8'deki yasağa aykırı olmadığını belirtmektedir⁹⁷.

Şen ve Malbeleş'i'ne göre ceza hukuku, sözleşme özgürlüğüne dayanan ve sözleşmeden doğan nispi borçların yerine getirilmesini konu alan yükümlülüklerle ilgilenmemelidir⁹⁸. Bu yükümlülükler, özel hukuk ve bilhassa icra ve iflas hukuku alanı kapsamında değerlendirilmelidir⁹⁹. Çek ilişkisine bakıldığında çekin temelinde bir alacak ve verecek ilişkisi bulunmaktadır¹⁰⁰. Bu nedenle çekte konu bedelin ödenmemesi, esasen sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi kapsamında değerlendirilmelidir¹⁰¹. Söz konusu suç tipindeki fiilin ve faildeki kastın, hırsızlık, dolandırıcılık ve sahtecilik gibi suçlarda bulunması gereken kastla aynı görülmesi uygun değildir¹⁰². Her ne kadar çek hamillerin mağdur duruma düşeceği, ülke ekonomisindeki istikrarın ortadan kaybolacağı ve ticari hayatın zarar göreceği ileri sürülse de Yazarlara göre özü itibariyle bir sözleşmeye dayanan çekte cezai sorumlulu-

⁹² Özgenç, Çek Kanunu, 102.

⁹³ Özgenç, Çek Kanunu, 102.

⁹⁴ Özgenç, Çek Kanunu, 102, 103.

⁹⁵ Özgenç, Çek Kanunu, 104.

⁹⁶ Özgenç, Çek Kanunu, 105.

⁹⁷ Özgenç, Çek Kanunu, 105, 106.

⁹⁸ Şen ve Malbeleş'i, Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek, 16.

⁹⁹ Şen ve Malbeleş'i, Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek, 16.

¹⁰⁰ Şen ve Malbeleş'i, Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek, 17.

¹⁰¹ Şen ve Malbeleş'i, Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek, 17.

¹⁰² Şen ve Malbeleş'i, Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek, 17.

ğun kabul edilmesi, Anayasa m. 38/8'e ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol No: 4 m. 1'e aykırıdır¹⁰³.

Soyer Güleç, Anayasa m. 38/8'de düzenlenen yasakla ilgili olarak öncelikle genel bir değerlendirmede bulunmaktadır. Buna göre yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali nedeniyle para cezasıyla cezalandırılan bir suçun mevcut olması bile kişi hakkında yakalama, ifade alma, arama ve el koyma gibi ceza muhakemesindeki herhangi bir tedbirin uygulanmasını gerektirebileceğinden kişi özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olmaktadır¹⁰⁴. Bu sebeple yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi hâlinin her durumda, mutlaka suç alanının dışında tutulması gerekmektedir¹⁰⁵. Bununla beraber sözleşme kavramını detaylı şekilde irdeleyen Yazar, TTK'daki ilgili hükümlere bakıldığında çekin, bankalara hitabeden bir havale olduğu görüşüne katıldığını belirtmektedir¹⁰⁶. Havale de esasında bir sözleşme niteliğindedir¹⁰⁷. Bu bakımdan Anayasa m. 38/8'de yer alan sözleşme kavramı ve sözleşmeye bağlanan sonuçların çekler hakkında da uygulanması gerekmektedir¹⁰⁸. Bu nedenlerle Soyer Güleç, bir kıymetli evrak olan çekin temelinde borç doğuran sözleşmenin mevcut bulunduğunu ve çeke konu bedelin ödenmemesinin esasen Anayasa m. 38/8'de yer alan yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁹.

C. GÖRÜŞÜMÜZ

1. Genel Olarak

Sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağına bakıldığında bu ilkenin genel olarak sözleşme, özgürlüğün kısıtlanması ve yükümlülüğün yerine getirilememesi şeklinde üç unsurdan oluştuğunu söyleyebiliriz. Söz konusu yasak açısından çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun, bu unsurlar arasından daha çok çekin bir sözleşme olup olmadığıyla ilgili olduğu söylenebilir. Bu nedenle aşağıda her üç unsuru ayrı başlıklar altında açıklamakla beraber, diğer iki unsura göre sözleşme kavramını daha detaylı bir şekilde ele alacağımızı ifade etmek isteriz.

2. Sözleşme

Öncelikle sözleşme kavramının, sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağı bakımından

¹⁰³ Şen ve Malbeği, Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek, 23.

¹⁰⁴ Soyer Güleç, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, 36.

¹⁰⁵ Soyer Güleç, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, 36.

¹⁰⁶ Soyer Güleç, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, 36.

¹⁰⁷ Soyer Güleç, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, 36.

¹⁰⁸ Soyer Güleç, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, 37.

¹⁰⁹ Soyer Güleç, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, 38-39.

borçlar hukukundaki anlamından farklı bir şekilde ele alınması gerektiğini vurgulamak isteriz. Nitekim temel ilke ve kavramların ortaya çıkması, gelişmesi ve kabul edilmesi oldukça uzun süreçler içerisinde gerçekleştiğinden bunların çoğu zaman sık kullanılan veya kabul görmüş olan tanımlardan farklı anlamlar içerdiğini söyleyebiliriz. Örneğin kişinin sadece kendi işlediği suçlardan dolayı sorumlu olmasını konu alan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, Anayasa m. 38/7'de "*Ceza sorumluluğu şahsidir.*" şeklinde düzenlenmektedir. Bu ilke, suçların yanı sıra kabahatlerde ve disiplin suçlarında da uygulanabilmektedir¹¹⁰. Belirtmek gerekir ki "*ceza*" kavramı, güvenlik tedbi-riyle beraber suçun iki yaptırımından birisini oluşturmaktadır. Eğer bu kavramın TCK'daki anlamı esas alınsaydı söz konusu ilke, kabahat ve disiplin suçlarında ve hatta suçun diğer yaptırımı olan güvenlik tedbirlerinde dahi uygulanamazdı. Benzer şekilde Anayasa m. 38/4'te "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" şeklinde düzenlenen masumiyet karnesinin uygulama alanının da sadece suçlarla sınırlı olmadığını belirtmek gerekir. Gerçekten de metinde açıkça "*suç*" yazıyor olmasına rağmen bu kavram da ilkenin varlık amacı doğrultusunda genişletilerek uygulanmaktadır. Bu doğrultuda sözleşme kavramının da borçlar hukukundakinden farklı şekilde ele alınması gerekmektedir.

Sözleşme kavramının belirlenmesinde söz konusu yasağın ortaya çıkış sürecinin gözetilmesi önem arz etmektedir. Nitekim bu yasağın varlık sebebi, anılan kavramdan ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Modern ceza hukuku öncesi dönemde, ödenmeyen borçlar nedeniyle alacaklılar borçluyu veya yakınlarını alacaklarına karşılık olarak rehin olarak tutabilmekte veya köle olarak kullanabilmekteydiler. Borcun ödenmesi konusunda zorlayıcı etki yaratmak amacıyla borçlunun veya yakınlarının beden bütünlüklerine çeşitli müdahalelerde bulunabilmekteydiler. İşte sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağıyla beraber ödenmeyen borçlardan dolayı bu tür uygulamalar terk edilmek istenmiştir.

Sözleşme kavramı, taraflar arasındaki bütün ilişkileri değil sadece malvarlığıyla ilgili olanları kapsamaktadır. Bu bakımdan sözleşme kavramının, taraflar arasında bir miktar para veya parayla ölçülebilen diğer edimlerin yerine getirilmesini konu alan ilişkileri kapsadığını belirtmek gerekir. Yapılan sözleşmenin tipik veya atipik olması önemsizdir. Yine sözleşme tek tarafa yükümlülük getirebileceği gibi iki tarafa da yükümlülük yükleyebilmektedir. Yeter ki yükümlülük malvarlığına ilişkin olsun. Örneğin bir cankurtaran ile işveren arasında yapılan sözleşmede cankurtaran, belirli bir miktar para almakta ve bunun karşılığında denizde tehlikede olanlara yardım etmektedir. İşverenin cankurtarana maaşını ödeyememesi durumunda sözleşmeden

¹¹⁰ Canoğlu, Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi, 64 vd.

doğan yükümlülüğünü ihlal ettiği söylenebilecektir. Ancak salt bu nedenden dolayı işverenin özgürlüğünün kısıtlanması mümkün değildir. Buna karşı cankurtaranın denizde boğulan bir kişiye yardım etmemesi nedeniyle kişinin boğulması, cankurtaran açısından sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlali olarak kabul edilebilecektir. İşverenden farklı olarak cankurtaranın yükümlülüğü malvarlığına ilişkin olmadığından bu durum sözleşme kavramında değerlendirilmeyecektir. Bu nedenle cankurtaranın yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle özgürlüğünden alıkonulması Anayasa m.38/8'e aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bununla beraber sözleşme kavramının borçlar hukukundaki anlamıyla ele alındığı durumlarda dahi söz konusu yasağa aykırılığın tamamen ortadan kalktığı söylenemez. TBK'nın birinci kısmının birinci bölümünde borç ilişkisinin kaynakları üç ayırım hâlinde düzenlenmektedir. Bunlar, sözleşmeden doğan borç ilişkileri (TBK m. 1- m. 48), haksız fiillerden doğan borç ilişkileri (TBK m. 49- m. 76) ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileridir (TBK m. 77- m. 82). Salt bu sistematige bakarak sözleşme kavramının sadece ilk ayırımı ilişkin olduğu ileri sürülebilir. Ne var ki yasağın kapsamının bu şekilde belirlenmesi yasağın uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Bu durum ise kanımızca yasağın varlık amacıyla bağdaşmamaktadır. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararların gerekçesinde de yer aldığı üzere çekin temelinde TBK'daki anlamıyla bir sözleşmenin bulunması zorunlu değildir. Sözleşmenin yanı sıra haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme nedeniyle de çek düzenlenebilmektedir. Hatta bu ilişkinin temelinde yer alan sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda dahi çek geçerliliğini koruyabilmektedir. Ne var ki çekin temelinde her zaman geçerli bir sözleşmenin bulunmadığına ilişkin bu açıklamalar kabul edilse bile aksi durum unutulmamalıdır. Yani çekin, taraflar arasında geçerli olan bir sözleşmeye binaen verilmesi de mümkündür. İşte bu ihtimalin varlığı bile çekin, Anayasa m. 38/8'de yer alan sözleşme kavramı kapsamında değerlendirilmesine imkân vermektedir. O hâlde sözleşme kavramı, bizim açıkladığımızdan farklı olarak TBK'daki anlamıyla ele alındığında dahi çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu, her durumda olmasa bile bazı durumlarda sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağını ihlal edebilmektedir.

Çekin sözleşme olarak kabul edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan durumla ilgili bir örneğin verilmesi aradaki farkın daha net görülmesini sağlayacaktır. Varsayalım ki araba satışlarında yaşanan çeşitli sorunlardan dolayı taksitli alımlarda herhangi bir taksitin ödenmemesi durumunda, borçlu hakkında hapis cezası öngören bir kanun yürürlüğe konulmuş olsun. İlk durumda, arabayı alacak peşin parası olmayan alıcı, satıcı ile bir miktar paranın peşin ve gerisinin taksitler hâlinde ödenmesine ilişkin bir satım sözleşmesi yapmış olsunlar. Alıcının taksitlerden birisini ödeyememesi durumunda hakkında

verilen hapis cezası, yukarıda sözü edilen doktrindeki bir kısım yazarlar ve Anayasa Mahkemesine göre sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağına aykırılık teşkil edilecektir. İkinci durumda ise yine satın bedelinin tamamını peşin verecek miktarda parası bulunmayan alıcı, satın bedelinin bir kısmını peşin ödeyerek geri kalanını ise ileri tarihli çek vererek arabayı satın almış olsun. Bu çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılması durumunda, alıcı hakkında her bir çekle ilgili olarak çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olmamak üzere bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmolünmekte ve bu ceza ödenmediği takdirde kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilmektedir. Ancak ortada bir çek bulunduğundan dolayı bu durum, çeki sözleşme olarak kabul etmeyen doktrindeki bir kısım yazarlar ve Anayasa Mahkemesine göre söz konusu yasağa aykırı olmayacaktır. Görüldüğü üzere her iki durumda da temel ilişki ve taraflar aynı olmasına rağmen ortaya farklı sonuçların çıkması dahi çekin, Anayasa m. 38/8'deki sözleşme kavramına dahil edilmemesinin çelişki ve olumsuz sonuçlarını ortaya koymaktadır.

Bu açıklamalar ışığında çekin sözleşme kavramı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktayız. Nitekim hamil, çeki muhataba götürdüğü zaman çekin üzerinde yazan miktar keşidecinin hesabından alınarak kendisine ödenmektedir. Öyle ki yukarıda açıklandığı üzere bir ödeme aracı olan çek, bir kredi aracı olarak kullanıldığı durumlarda dahi yine belirli bir miktardaki paranın ödenmesini konu almaktadır. Bu bakımdan çekten doğan yükümlülüğün malvarlığına ilişkin olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

3. Özgürlüğün Kısıtlanması

Öncelikle ifade etmek gerekir ki ilgili ilkeyi biz, “sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağı” şeklinde kullanmayı tercih etsek de özellikle “özgürlük” kavramının mevzuatta muhtelif kullanımlarının mevcut olduğu görülmektedir. Bu kapsamda uluslararası anlaşmalara bakıldığında Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi m. 25/2’de “özgürlüğünden yoksun bırakılamaz”, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi m. 7/7’de “tutuklanamaz”, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 11’de “hapsedilemez” ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 No’lu Protokol m. 1’de “özgürlüğünden yoksun bırakılamaz” ibarelerinin kullanıldığı görülmektedir. Anayasa m. 38/8’de ise “özgürlüğünden alıkonulamaz” ibaresine yer verilmiştir. Söz konusu yasağın Anayasa’ya eklendiği süreç gözetildiğinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne uyumlu olması açısından neredeyse birebir çevirisinin tercih edildiği söylenebilir. Kanımızca özgürlüğün kısıtlanması, özgürlüğünden alıkonulması ve özgürlüğünden yoksun bırakılması kavramları arasında herhangi bir fark bulunma-

maktadır. Yalnız hapsedilme ve tutuklanma kavramlarının bunlardan farklı olduğunu ifade etmek gerekir.

Özgürlük kavramının esasen oldukça geniş ve hatta belirsiz bir kavram olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu yasak açısından özgürlüğün daha çok kişinin bir yere gitme, gitmeme veya bir yerde kalma gibi hareket özgürlüğünü konu aldığı söylenebilir. Özellikle Anayasamızdaki kullanıma bakıldığında özgürlüğün, kişi özgürlüğü ve güvenliği olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu bakımdan bütün temel hak ve özgürlükler bu yasağın kapsamında değerlendirilmemektedir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sınırlandırılması çeşitli şekillerde olabilmektedir. Nitekim bu sınırlandırma sadece hapis cezası şeklindeki yaptırımdan ibaret değildir. Suçun diğer yaptırımı olan güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar da kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle ilgili olabilmektedir. Yine suç soruşturması ve kovuşturması kapsamında uygulanan yakalama, gözaltı ve tutuklama gibi koruma tedbirlerinin yanı sıra, kabahatin karşılığında uygulanan idari yaptırımlardan ve disiplin suçundan dolayı verilen disiplin cezalarından bazılarının da kişi özgürlüğü ve güvenliğini sınırlandırdığı söylenebilir.

Çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunu açısından bakıldığında öncelikle bu suçun yaptırımı olarak hem ceza hem de güvenlik tedbirinin öngörüldüğü belirtilmelidir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklindeki güvenlik tedbirinin kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Ceza yaptırımı olarak ise fail hakkında her bir çekle ilgili olarak çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olmamak üzere bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunmaktadır. Adli para cezası, kişi özgürlüğü ve güvenliği yerine, doğrudan mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Ne var ki yaptırım başlığı altında açıklandığı üzere Çek Kanunu m. 5/11'de getirilen düzenleme nedeniyle adli para cezasını ödemeyen hükümlü hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin adli para cezası, doğrudan hapis cezasına çevrilmektedir. Bu durumda anılan suçun faili hakkında uygulanan yaptırım kişi özgürlüğü ve güvenliğini ilgilendirdiğinden sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağına aykırılık ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca uygulamadaki sorunlar nedeniyle adli para cezasıyla ilgili bir husus üzerinde durulmasında yarar vardır. Suçun yaptırımının sadece adli para cezası olduğu durumlarda bu yaptırım, doğrudan mülkiyet hakkıyla bağlantılı olsa da kişi özgürlüğü ve güvenliğinin hukuka aykırı olarak sınırlandırılması ihtimal dahilindedir. Aslında CMK m. 100/4'te sadece adli para cezası gerektiren suçlardan dolayı tutuklama tedbirinin uygulanamayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir. Ne var ki uygulamada bu kuralın kimi zaman ihlal edil-

diğini görmekteyiz. Bununla beraber tutuklama yasağının yanı sıra yakalama ve gözaltı açısından bu tür bir yasak öngörülmediğinden özellikle ifadeye davet edilmesi amacıyla çağrıya ilişkin usul uygulanmaksızın çoğu zaman doğrudan yakalama tedbirine başvurulduğu da bir gerçektir.

4. Yükümlülüğün Yerine Getirilememesi

Sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağının kapsamını daraltan üçüncü unsur ise yükümlülüğün yerine getirilememesiyle ilgilidir. Buna göre sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmediği her durum ilkenin koruma alanına girmektedir. Gerçekten de yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile yerine getirilememesi kavramları arasında esaslı fark bulunmaktadır. Bu fark “*yapabilme*” ile ilgilidir. Öncelikle yükümlülüğün yerine getirilmesi mümkün olmamalıdır. Bu bakımdan kişinin içerisinde bulunduğu koşullar titizlikle incelenmeli ve yükümlülüğünü yerine getirme imkânının olup olmadığı yönünde bir sonuca varılmalıdır. Örneğin işten çıkartılması veya iflas etmesi gibi sebeplerden ötürü ödeme gücünü çeken birisinin önceden imzaladığı sözleşmeye konu parayı ödeyememesi durumunda yükümlülüğün yerine getirilememesinden söz edilecektir. Buna karşın kişinin yerine getirebileceği yükümlülüğü isteyerek yerine getirmemesi durumunda artık bu yasak uygulanmayacaktır. Örneğin bankadaki hesabında üç milyon Türk lirası bulunan bir kişi, yaptığı sözleşmeden doğan bir milyon Türk lirası tutarındaki borcunu isteyerek ödemediği takdirde, bu kişinin özgürlüğünün kısıtlanması en azından bu unsur açısından söz konusu yasağa aykırılık teşkil etmeyecektir.

Yükümlülüğün yerine getirilememesi kavramının kusur sorumluluğuyla da yakın ilişkide bulunduğu ifade edilmelidir. Nitekim yükümlülüğünü yerine getiremeyen kişinin kusurunun araştırılması zorunludur. Eğer borçlunun ödeme imkânı varken üçüncü kişilerin etkisi veya kaza veya tesadüf gibi olaylara bağlı olarak bu imkânını kaybetmesi durumunda borçlunun özgürlüğü kısıtlanmamalıdır.

SONUÇ

Modern ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi olan sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağına ulusal ve uluslararası birçok metinde yer verilmektedir. Ülkemizin de tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 11’de, onay belgesi henüz tevdi edilmemiş olsa da imzacısı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 No’lu Protokol m. 1’de ve Anayasa m.38/8’de yer alan hükümlere bakıldığında bu yasağın genel olarak üç unsurdan oluştuğu ifade edilebilir. Bunlar sözleşme, özgürlüğün kısıtlanması ve yükümlülüğün yerine getirilememesinden ibarettir. Bu unsurlar açısından yapılan değerlendirmede Çek Kanunu m. 5/1’de yer alan çekle ilgili olarak

karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun söz konusu yasağa aykırılığı tartışması ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bir kısım yazarlar ve Anayasa Mahkemesi tarafından çekin temelinde sözleşme bulunmasının zorunlu olmaması, temelde sözleşmenin bulunduğu durumlarda yeni bir ilişkinin ortaya çıkması veya bu sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda dahi çekin geçerliliğini koruması gibi nedenlerden dolayı çek, bir sözleşme olarak kabul görmemektedir. Aslında TBK başta olmak üzere özel hukuktaki düzenlemelere bakıldığında çekin bir sözleşme olmadığı yönündeki görüşe katılmaktayız. Ne var ki bu yasak açısından sözleşme kavramı, sadece özel hukuktaki anlamıyla ele alınmamalıdır. Aksi takdirde anılan kavram, olması gerektiğinden farklı bir anlam kazanacaktır. Nitekim temel ilke ve kavramların ortaya çıkması, gelişmesi ve kabul edilmesi oldukça uzun süreçler içerisinde gerçekleşmektedir. Bunların, kanun ve idarenin düzenleyici işlemlerinde farklı şekillerde tanımlarının yapılması, anlamlarının değişmesi gibi bir sonuca yol açmamalıdır. Örneğin 2005 yılında yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 1'de suçun, cürüm veya kabahatten oluştuğu kabul edilirken kabahatlerin suç olmaktan çıkartılmasıyla beraber 2005 yılına kadar uygulanan güvencelerin, salt kabahatlerin suç olmaktan çıkartılmış olması gerekçesiyle artık uygulanmaması kabul edilemez. Yine Anayasa'da yer alan ceza kavramı, sadece suçun yaptırımlarından biri olan ceza yaptırımıyla sınırlı olmayıp disiplin cezaları ve idari yaptırımları da kapsamaktadır. Diğer yandan sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağının varlık nedeni göz önüne alındığında da çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişinin özgürlüğünden alıkonulması kabul edilemez. Nitekim burada kişinin özgürlüğünden alıkonulmasının nedeni, bir sözleşme olan çek ilişkisinde, çek hesabı sahibinin gerçek kişi olduğu durumlarda keşidecinin, yeterli miktardaki parayı bankadaki hesabında bulundurmamasından kaynaklanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki kanun koyucu, kamu düzeninin ve bireylerin malvarlıklarının korunması gibi amaçlarla belirli fiilleri suç olarak düzenleyebilme yetkisine sahiptir. Ne var ki bu yetki sınırsız değildir. Kanun koyucunun yüzlerce ve hatta binlerce yıldır uygulanagelen ve Anayasa'da somut şekilde düzenlenen ilkeleri gözetmesi gerekmektedir. Bu kapsamda ceza hukukunun son çare olma özelliğine göre sorunun çözümünde öncelikle konuyla ilgili çözüm yolları denenmeli; artık kaçınılmaz ise ceza hukuku devreye girmelidir. Ne var ki karşılıksızdır işlemi yapılan çeklerde olduğu gibi piyasanın şekillendirilmesi amacıyla diğer araçlara başvurmak yerine, daha kolay ve hızlı bir çözüm amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda özel hukuk kurallarına başvurulmadan veya bu yol yeterince denenmeden ceza hukukuna başvurulduğunu görmekteyiz. Bu bakımdan özel hukuk kapsamında yer alan çek ilişkisinde ceza hukukunun bir "sopa" olarak kullanılması, ceza hukukunun son çare olma özelliğine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca ekonominin istik-

rarlı bir duruma getirilmesi amacıyla yapılan bu tür uygulamaların tam tersine, birtakım olumsuz sonuçlara yol açtığını da belirtmek gerekir. Gerçekten de piyasaya ceza hukuku yoluyla yapılan müdahalelerin, sorunu sadece kısa vadede çözdüğü bir gerçektir. Hatta bu sorun çözülmemekte; ileriye ötelenmektedir. Buna bağlı olarak ortaya çıkan sorunlar da giderek artmaktadır. Bu zamana kadar ekonominin disipline edilmesi amacıyla yapılan bu tür müdahaleler sorunların artmasına neden olmuştur. Öyle ki çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçuna 2009 yılında yürürlüğe giren Çek Kanunu'nda yer verilmesi, bu suça konu fiilin 2012 yılında suç olmaktan çıkartılması, 2016 yılında yeniden suç olarak düzenlenmesi ve geçtiğimiz yıllarda infazın durdurulması gibi getirilen geçici maddeler, aslında ötelenen sorunun daha da karışık bir hâle geldiğini göstermektedir. Yukarıda yer verilen karşılıksızdır işlemi yapılan çeklerle ilgili sayılara bakıldığında düşüşlerin yaşandığı görülmekle beraber, sorunun büyük oranda devam ettiği de görülmektedir. Bu nedenle ceza hukukunun temel ilkelerinin yanı sıra, ekonominin gerekleri açısından da ekonomik araçlar yerine ceza hukukuyla ekonomiye müdahalede bulunulmasından kaçınılması gerekmektedir. Ekonomide yaşanan sorunlar yine ekonomik araçlarla giderilmelidir. Ceza hukukunun bir araç olarak kullanılması ceza hukukunun muhtelif ilkelerine aykırı olduğu gibi kalıcı çözümlerin kalması gibi bir durum da söz konusu olamaz. Bu nedenlerden dolayı biz, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun ilga edilmesi gerektiğinin uygun olduğunu savunmaktayız.

Bununla beraber söz konusu suç tipi yürürlükte kalacaksa da sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağına aykırılığın giderilmesi yönünde çözüm önerilerimizi sunmak isteriz. Öncelikle anılan yasağın sınırlarının, suç veya suçun yaptırımı olan ceza ve güvenlik tedbirlerinden oluşmadığını belirtmek gerekir. Nitekim bu yasak, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin kısıtlanmasını konu almaktadır. Bundan dolayı temel sorunun suçun yaptırımının infazından kaynaklandığı vurgulanmalıdır. Örneğin adli para cezasının ilişkili olduğu mülkiyet hakkı, bu yasak kapsamında korunmamaktadır. Bu bakımdan sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi ile ilgili fiillerin suç olarak düzenlendiği her durum söz konusu yasağı aykırı olmamaktadır. Bu kapsamda çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun tamamen anılan yasağı aykırı olduğu söylenemez. Buradaki temel sorun, kişi özgürlüğü ve güvenliğini ilgilendiren hapis cezası şeklindeki yaptırımdır. CGTİHK m. 106'da yer alan usule göre ödenmeyen adli para cezası hapis cezasına çevrilmektedir. Hapis cezasının bir günü, kamuya yararlı bir işte iki saatlik çalışmaya denk gelecek şekilde hükümlünün çalıştırılmasına karar verilmektedir. Buna aykırı davranan hükümlü açısından bu süre, artık açık ceza infaz kurumunda infaz edilmektedir. Çek Kanunu m. 5/11'de getirilen hükme göre

adli para cezasını ödemeyen hükümlü hakkında, kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin adli para cezası doğrudan hapis cezasına çevrilmiştir. Bundan dolayı ilgili suçun yaptırımının ve infazının sadece adli para cezası olması, kanımızca Anayasa m. 38/8 açısından mevcut olan sorunun ortadan kalkması yönünde olumlu bir adım olacaktır. O hâlde Çek Kanunu m. 5/11'de *"Birinci fıkra uyarınca verilen adli para cezalarının ödenmemesi durumunda, bu ceza, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 106 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilir."* şeklinde yer alan hüküm ilga edilmelidir. Böylece adli para cezası ödenmezse genel hüküm olan CGTİHK m. 106'ya göre hükümlü hakkında öncelikle kamuya yararlı işte çalıştırma kurumu uygulanacak, eğer hükümlü bundan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmezse bu sefer hakkında hapis cezası infaz olunacaktır. Ne var ki bu durum da Anayasa m. 38/8'e aykırılığın giderilmesi açısından yeterli olmayacaktır. O hâlde bu suçtan dolayı hükmedilen adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesini yasaklayan bir norm getirilmelidir. Bu nedenle Çek Kanunu m. 5/11'de yer alan hüküm *"Birinci fıkra uyarınca verilen adli para cezalarının ödenmemesi durumunda, bu ceza, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 106 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya çevrilir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde hükümlü hakkında hapis cezası infaz olunmaz."* şeklinde değiştirilmelidir.

Yine de bu değişikliklerle birlikte Anayasa m. 38/8'e aykırılığın tam bir şekilde ortadan kaldırılacağını söyleyemeyiz. Nitekim *"özgürlüğün alıkonulması"* kavramı bir yaptırım olan hapis cezasının yanı sıra yakalama, gözaltı ve tutuklama gibi kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle ilgili koruma tedbirlerinin uygulanmasını da yasaklamaktadır. CMK m. 100/4'te sadece adli para cezası gerektiren suçlardan dolayı tutuklama tedbirinin uygulanamayacağı öngörüldüğünden çeki ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçundan dolayı tutuklama yasağı bulunmaktadır. Ancak bu tür bir yasak yakalama ve gözaltı için açıkça düzenlenmemiştir. Özellikle uygulamada, ifade ve sorgu için CMK m. 145 ve m. 146'da yer alan usul uygulanmaksızın çoğu zaman doğrudan yakalama tedbirine başvurulduğu da bir gerçektir. Bu bakımdan çeki ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme fiili suç olarak düzenlendiği müddetçe hükümlü hakkında hapis cezası infaz edilmese bile bu suçtan dolayı yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine başvurulabilecektir. O hâlde yukarıda açıkladığımız üzere anılan fiilin tamamen suç olmaktan çıkartılması uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Ağar, Serkan ve Sandal, A. Evrim. *Karşılıksız Çek Suçu ve Uygulaması*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2010.
- Albayrak, Hakan ve Bozdağ, Ahmet. "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılaması Hakkında Bir İnceleme.", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* S. 33 (2018): 243-282.
- Arslan, Çetin ve Kayanççek, Murat. *5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi*. Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2010.
- Başbüyük, İsa. "Karşılıksız Çekte Hapis Cezasının Kaldırılması Üzerine Bir Değerlendirme.", *Ankara Barosu Dergisi* S. 2 (2012): 305-320.
- Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Bursa: Dora Basım Yayın, 2014.
- Bozer, Ali ve Göle, Celal. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2013.
- Büyüksişli, Ahmet. *Karşılıksız Çeke Bağlanan Sonuçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Can, Mertol. *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, 2012.
- Canoğlu, Veysel Candan. *Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Dönmezer, Sulhi. "Karşılıksız Çek.", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 43, 1-4 (1977): 303-324.
- Dursun, Alev Deniz. *Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ertem, Burcu ve Ersoy, Uğur. "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu.", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, 1 (2020): 1499-1518.
- Feyzioğlu, Metin. "Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması." Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022. www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanmasi/.
- Goldman, Robert K. "History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights.", *Human Rights Quarterly* 31, 4 (2009): 856-887.
- Hacıoğlu, Caner. "Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme.", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, 1-2 (2003): 129-159.

- Karakehya, Hakan ve Boran Güneysu, Nilüfer. “Konkordatonun, Çekle İlgili “Karşılıksızdır” İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçundan Kaynaklı Cezaî Sorumluluğa Etkisi.”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, 4 (2019): 3-46.
- Kendigelen, Abuzer. *Çek Hukuku*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007.
- Nuhoğlu, Ayşe. “4814 Sayılı Kanunla Değişik Karşılıksız Çek Keşide Suçu.”, *Prof. Dr. Rona Aybay’a Armağan* (2004): 253-269.
- Özbek, Veli Özer. “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçu (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/4-10).”, *Ceza Hukuku Dergisi* 5, 14 (2010): 7-27.
- Özgenç, İzzet. *Çek Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012.
- Reisoğlu, Seza. *Çek Hukuku*, Ankara: Cem Web Ofset, 2011.
- Selçuk, Sami. “Yetersiz Çek, Karşılıksız Çek Keşidesi Suçunu Oluşturur.”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı II. Cilt* (2001): 1467-1484.
- Soyer Güleç, Sesim. *Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Şen, Ersan ve Malbeleği, Erkan. *Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu’nda Karşılıksız Çek*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi. “Bankalara İbraz Edilen ve Karşılıksız İşlemi Yapılan Çek Bilgileri – 2022.” Erişim Tarihi: Haziran 5, 2022. www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/3316/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Mayis_2022.pdf.
- *Türkiye Cumhuriyet Anayasası (Gerekçeli)*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019.
- Yıldırım, Ali Haydar. “Çek Cezası (TTK m. 783/3).”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcantez Armağanı (2014): 3449-3506.
- Yıldırım, Zeki ve Çetintürk, Ekrem. “Başlık İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 103 (2012): 27-84.

İDARİ İŞLEMLERİN HUKUKA UYGUNLUK KARİNESİ VE İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ BİR DİLEMMA MI?

Dursun ÇELİK*

I. İDARİ İŞLEMLERİN HUKUKA UYGUNLUK KARİNESİ

İdari işlemlerin hukukumuzda kabul edilen en önemli özelliklerinden birisi de hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıdır.¹ Kelime anlamı olarak; “*karışık bir iş veya sorunun anlaşılmasına, çözümlenmesine yarayan durum, ipucu belirti*”² manasına gelen karine, hukuki dilde “*kanunen mevcut ve bilinmekte olduğu kabul edilen belirli bir olaydan veya olgudan bilinmeyen bir olayın veya olgunun varlığı (mevcudiyeti) hakkında çıkarılan sonuç*”³ şeklinde ifade edilmektedir.⁴ İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesi Danıştay kararlarında genel olarak “*İdari işlemlerin –bu arada düzenleyici işlemlerin- hukuka uygun olduklarına dair bir yargı kararına gereksinim duymadan hukuka uygun kabul edilerek ilgililer üzerinde hukuki sonuç doğurması*”⁵ biçiminde açıklanmaktadır. Doktrinde ise bu kavram kısaca, tek yanlı tesis edilen idari işlemlerin hukuka uygun olduğu varsayılarak sonuçlarını doğurması olarak tanımlanmaktadır.⁶

İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının birtakım sonuçları bulunmaktadır.⁷ Bunlardan ilki idari işlemin hukuki sonucunu derhal doğurmasıdır. İdari işlemler hukuki sonuçlarını, kural olarak bir mahkeme onayına ihtiyaç duyulmadan hemen ve resen doğurmaya başlar. Diğer bir sonucu ise idari işlemin iptali için davanın, işlemin hukuka aykırı olduğunu iddia eden kişi (ler) tarafından açılmasının gerekmesidir. Başka bir sonucu olarak, idari işlemlerin hukuka aykırılığının ispat külfetinin iptal davası açandan olduğu savunulmaktadır.⁸ Fakat idari yargılama hukukunda resen araştırma ilkesi hâkim olduğundan⁹, idari işlemlerin hukuka uygunluk kari-

* Dr. Öğretim Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eposta: dursuncelik@sdu.edu.tr.

¹ Bahtiyar Akyılmaz; Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 341.

² Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük.

³ Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku (İstanbul: Beta, 2007), 201.

⁴ Karine kavramı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Tülay Karakaş, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 62 S.3 (2013): 729-759.

⁵ D10.D, E:2013/7980, K:2016/1767.

⁶ Kemal Gözler, İdare Hukuku C.I, (Bursa; Ekin, 2019), 781.

⁷ Gözler, İdare Hukuku C.I, 781, 782.

⁸ Gözler, İdare Hukuku C.I, 782.

⁹ İdari yargıda ispat yüküne ilişkin bkz. Melikşah YASİN, İdari Yargılama Usulünde İspat, (İstanbul: XII Levha, 2015).

nesinden yararlanmasının bu ispat külfetini davacıya geçirdiği görüşüne haklı olarak karşı çıkılmaktadır. Gerçekten de idari yargı hâkimi maddi gerçeği kendisi araştırarak gerekli delilleri resen toplamakla mükelleftir. Bu bakımdan da idari yargıda ispat külfetinin davacıda olduğunu söylemek mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Bu yüzden de idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması ile ispat külfeti arasında bir bağ kurmak olanaklı değildir.¹⁰ Son olarak idari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, o idari işleme karşı dava açılması durumunda işlemin yürürlüğünün kural olarak kendiliğinden durdurulmaması sonucunu doğurur.

Belirtmek gerekir ki hukuka uygunluk karinesinden yararlanma sadece idari işlemlere mahsus bir durum değildir. Yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar da hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. Hatta birçok özel hukuk işlemi de hukuka uygunluk karinesinden yararlanır. Özellikle sözleşmeler dışında kalan tek yanlı kararların (örneğin dernek genel kurulu kararı) hukuka uygunluk karinesinden yararlandıkları gözlemlenebilir. Bu kararlar da tıpkı idari işlemler gibi alındıkları anda kural olarak başka bir makamın veya mahkemenin onayına gerek duymadan hukuk âleminde sonuçlarını doğurmaya başlarlar, bu kararların da iptali için hukuka aykırılığını iddia eden(ler)in iptal davası açması gerekir. Aynı şekilde açılan davalar bu özel hukuk işlemlerinin uygulanmasını kendiliğinden durdurmaz.¹¹ Bu anlamda, doktrinde savunulan idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden faydalanmasının bir kamu gücü ayrıcalığı olduğu görüşüne¹² iştirak etmekteyiz. Zira hemen yukarıda örneklendiği gibi bazı özel hukuk işlemleri de hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta, bu da bu ayrıcalığın sadece kamu gücü kullanan devlet erkine verilmediğini göstermektedir. Ayrıca değinmek gerekir ki; hukuka uygunluk karinesi idari işlemin olmazsa olmaz bir unsuru da değildir. Başka bir deyişle bir makamın ya da mahkemenin onayına sunulan işlemler (kamulaştırma işlemi gibi) ya da dava açılması ile yürürlüğü duran işlemler, idari işlem olma vasfını kaybetmezler.

II. İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ

İdarenin kanuniliği ilkesi, 1982 Anayasasının 2. maddesinde¹³ yer alan hukuk devletinin ve demokrasinin en önemli gerekliliklerinden birisi olup

¹⁰ İsmail Uçar, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XX S. 3 (2016), 365.

¹¹ Etem Kara, "Kooperatif Genel Kararlarının İptali" Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8 S. 15 (2018): 68; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, (İstanbul; Filiz Kitabevi, 2019), 323.

¹² Uçar, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", 331-373.

¹³ Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir

idarenin keyfililiğini önlemek için getirilmiş bir prensiptir.¹⁴ İdarenin kanuniliği ilkesi iki ayrı unsurdan ibarettir. Bunlardan ilki kanunun üstünlüğü (kanunlara saygı) ilkesi, ikincisi ise kanuna dayanma ilkesidir.¹⁵ İdare, işlem ve eylemlerinde bu iki ilkeye uymak zorundadır. Aksi takdirde hukuka aykırı hareket etmiş olur. Bu bağlamda bu iki ilkenin ne anlama geldiği açıklanmalıdır.

İdarenin, kanunun emirlerini yerine getirme (pozitif) ve kanuna aykırı hareket etmemesi (negatif) anlamına gelen kanunun üstünlüğü ilkesi 1982 Anayasasının 8. maddesinde¹⁶ düzenlenmiştir. İdare sadece parlamento tarafından çıkarılmış yürürlükteki kanunlara değil, aynı zamanda Anayasa, milletlerarası antlaşmalar ve hukukun genel ilkelerine de uygun davranmak zorundadır. Bu ilke bilaistisna bütün idari işlem ve eylemler için geçerlidir.¹⁷ Belirtmek gerekir ki; 2017 Anayasa değişiklikleri ile hukuk sistemimize girmiş olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin (CBK) de her ne kadar biraz aşağıda değineceğimiz üzere bir kanuni dayanağı olması gerekmezken, kanuna aykırı olmama zorunluluğundan müstesna tutulmadığını görmekteyiz.¹⁸ Bu husus Anayasa m. 104/17'de *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır* şeklinde ifade edilmiştir.¹⁹ İdarenin, kanuna aykırı hareket etmemesi aynı zamanda normlar hiyerarşisinin de bir gereğidir. Nasıl ki kanunlar en üst norm olan Anayasa'ya aykırılık teşkil edemez ise idarenin düzenleyici veya bireysel işlemleri de normlar hiyerarşisinde kendilerinden üstün olan kanunlarla uyumlu olmak durumundadır.²⁰ Daha geniş anlamda idarenin kanuniliği ilkesi; idarenin işlem ve eylemlerini üst normlara ve hukukun genel ilkelerine uygun gerçekleştirmesi gerektiği anlamını taşımaktadır.²¹

İdarenin kanuniliği ilkesinin diğer boyutu ise idarenin kanuna dayanması ilkesidir. Bu ilke uyarınca idarenin bir işlem veya eylemde bulunabilmesi için yasa koyucu tarafından şekli bir kanun ile o iş ve eylem için açıkça yetkilendirilmiş olması gerekir.²² Bu ilkenin, demokrasinin bir gereği olduğu

¹⁴ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 116; ayrıntılı bilgi için bkz. Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi* (İstanbul: Beta, 2013); Wilfried Erbguth ve Annette Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht*, (Baden-Baden: Nomos 2020), 103.

¹⁵ Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (Münih: Verlag C.H.Beck, 2011), 123.

¹⁶ Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı (...)'7 tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

¹⁷ Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 123.

¹⁸ Didem Erdoğan, *Türk Anayasa Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, (Ankara: Yetkin, 2021), 155.

¹⁹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 116.

²⁰ Normlar hiyerarşisi üzerine ayrıntılı bilgi için bkz. Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi*, (İstanbul: XII Levha, 2018).

²¹ Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 123.

²² Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, (Münih: Verlag C.H. Beck, 2012), 76.

kabul edilmektedir. Zira demokratik toplumlarda halk adına önemli kararları alma yetkisi, kendileri tarafından doğrudan seçilmiş parlamentoda olmalıdır.²³ Bu ilkenin yansımalarını Anayasa'nın çeşitli maddelerinde görmemiz mümkündür. Bir kere öncelikli olarak Anayasa'nın 13. maddesi bu ilke açısından en önemli düzenlemedir. Bu maddeye göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mutlaka kanunla olmalıdır. Başka bir hüküm de Anayasa'nın 123. maddesidir. Bu hüküm uyarınca "*idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*". 2017 Anayasa değişikliği öncesinde olağan dönemde idarenin tüm eylem ve işlemleri için geçerli olan bu hüküm, 9 Temmuz 2018 yılından bu yana Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için geçerli değildir. Gerçekten de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilmesi için bir dayanak (yetki) kanununa ihtiyaç yoktur. Anayasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla Cumhurbaşkanı CBK ile ilk elden düzenleme yapma yetkisine kavuşmuştur.²⁴ Özellikle Bakanlıkların kanunla kurulma zorunluluğu ortadan kaldırılarak²⁵ Anayasa 123/1'in uygulama alanı daraltılmıştır. Bu ilke ile bağlantılı diğer bir Anayasa hükmü de 124. maddedir. *Yönetmelikler* yan başlığını taşıyan bu madde; "*Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler*" düzenlemesini barındırmaktadır. Görüldüğü gibi idare böyle düzenlemeler yokken ilk elden yönetmelik çıkaramaz, mutlaka bir kanun veya CBK'nın uygulamasını sağlamak üzere çıkartılabilir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki; bu maddeye eklenen CBK hükmü kanuna dayanma ilkesine önemli bir istisna getirmiştir. Bunların dışında Anayasa koyucu birçok maddede "*kanunla düzenlenir*" ibaresini kullanarak pek çok meselede idare için kanuni dayanağı şart koşmuştur.²⁶ Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer husus dayanak kanunun içeriğidir. Daha açık bir ifadeyle kanundaki genel ifadeli düzenlemelerin idarenin işlem ve eylemde bulunabilmesi için yeterli dayanak teşkil edip etmeyeceği sorusudur. Bu soruya doktrinde büyük çoğunlukla olumsuz yanıt verilmektedir.²⁷

²³ Erbguth ve Gukelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 104.

²⁴ Erdoğan, Türk Anayasa Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, 153; Gözler, İdare Hukuku C.I, 153.

²⁵ Mahfuz alan tartışmasına bu çalışmanın konusu dışında olduğundan girilmemiştir.

²⁶ Örneğin Any.127/5: Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir; Any.128/2: Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir Gözler, İdare Hukuku C.I, 153.

²⁷ Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), (Ankara: Turhan Yayınevi, 2015), 73, 774; Karşıt görüşler için bkz. Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 82 vd.

III. HUKUKA UYGUNLUK KARİNESİ VE İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN BAĞDAŞABİLİRLİĞİ

İdarenin işlemlerinin hukuka uygun kabul edilerek derhal hukuki etkilerini doğurduğu ve kural olarak da iptal davası açılması ile işlemlerin yürürlüğünün kendiliğinden durmadığını yukarıda belirtmiştik. Bir idari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak hukuk âleminde tüm hukuki sonuçlarını doğurması, daha sonra da hukuka aykırılığı tespit edilerek işlemin iptal edilmesi halinde idarenin kanuniliği ilkesi aykırı davranılmış olur. İdarenin kanuniliği ilkesi, hukuk devleti ve demokrasi ilkesinin gerekliliklerinden olduklarından bu ilke zedelenir. Zira iptal kararları her ne kadar geriye yürür şekilde idari işlemi ortadan kaldırırsa da²⁸ idari işlemin doğurduğu sonuçları tam anlamıyla fiilen bertaraf edemez.²⁹ Bu durumda idare, hukuka aykırılığı mahkeme kararıyla sabit olan bir idari işlem ile yönetilenler üzerinde istediği hukuki ve fiili bir takım sonuçları elde edebilecektir. Bir başka söylemle mahkeme tarafından hukuka aykırı olduğu saptanmış bir idari işlem, hukuk uygunluk karinesi sayesinde hukuki ve fiili etkisini gösterecektir ki; bu durumda idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesi, hukuk devletinin ve demokrasinin gerekliliklerinden birisi olan idarenin kanuniliği ilkesine aykırı hale gelir.

Hukukumuzda hemen yukarıda izah edilen idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması ile idarenin kanuniliği ilkesi arasındaki aykırılığı önlemek ve yönetilenlerin mağduriyetlerinin önüne geçmek amacıyla yürütmenin durdurulması (YD) kurumu ihdas edilmiştir.³⁰ Ancak Anayasa'nın 125. maddesinde ve İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 27. maddesinde yer bulan bu hukuki aracın, sözü edilen çatışmayı engellemek ve mağduriyetleri önlemek için yeterli olup olmadığının irdelenmesi gerekir. İYUK md. 27/1'e göre Danıştay veya idare mahkemelerinde idari işleme karşı açılan dava kendiliğinden idari işlemin yürütmesini durdurmaz. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere idari yargı yerlerinde dava ikamesi, idari işlemin icrasını durdurmaz.³¹ Bunun için mahkemenin bir ara karar ile yürütmenin durdurulması kararı vermesi gerekir. Bu kararının verilebilmesi de bir takım sıkı şartlara bağlanmıştır.³² Bu şartlar usule ve esasa ilişkin olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.³³ Şekle ilişkin ilk şart açılmış bir iptal davasının

²⁸ D2D., 06/10/2010, E.2010/672, K.2010/3699

²⁹ Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Hüseyin Melih Çakır ve Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, (İstanbul: XII Levha, 2020), 437, 438; Örneğin haberde olduğu gibi <https://www.gazeteduvar.com.tr/mahkeme-yikim-tamamlandiktan-sonra-ihaleyi-iptal-etti-maalesef-adalet-yine-gec-geldi-haber-1578086> (erişim tarihi: Eylül 12, 2022)

³⁰ Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Seçkin, 2021), 303; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Seçkin, 2021), 575.

³¹ Metin Kıratlı, "Yürütmenin Durdurulması," Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 21, S.4 (1966), 173; Atay, İdari Yargılama Hukuku, 309.

³² Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, (Ankara: Seçkin, 2020), 353, 354.

³³ Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 355.

olması gerekir.³⁴ İptal davası açmadan, dilekçe ile sadece yürütmenin durdurulmasını istemek mümkün değildir.³⁵ Yürütmeyi durdurma kararının verilebilmesinin ikinci şekli şartı da taleptir. İdari yargı mercii resen yürütmeyi durdurma kararı veremez, bunun için mutlaka davacının bunu talep etmesi gerekir.³⁶ Yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesinin bir başka şekli koşulu da davacıdan teminat alınmasıdır. Ancak bu koşul İYUK m. 27/6 uyarınca idarelerden ve adli yardımdan yararlanan kişiler açısından aranmaz. Yine İYUK 27/2 yürütmenin durdurulması kararı verilmeden önce kural olarak davalı idarenin savunmasının alınmasını veya savunma süresinin geçmesini şart koşmuştur. Bu şartın tek istisnası uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemlerdir. Bu tür idari işlemlerin iptali için açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararı, idarenin savunması alınmadan da verilebilir. Bu halde idarenin savunması yürütmenin durdurulması kararı verildikten sonra alınır ve bu savunma üzerine tekrar karar verilir. Yürütmeyi durdurma kararının son şekli koşulu da gerekçedir. Anayasa 125 ve İYUK 27 maddeleri, Danıştay veya idari mahkemelere yürütmeyi durdurma talebini kabul etmeleri halinde gerekçe gösterilmesini aramaktadırlar.³⁷ Bu şekli koşulların yanında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğma ihtimali ve açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.³⁸ Öncelikle ilk şart üzerinde duracak olursak telafisi güç ve imkânsız zarar ile kastedilen iptal davasının sonucunda verilecek iptal kararının anlamını yitirmesi veya önemli ölçüde azalmasıdır.³⁹ Burada zararın sadece işlemin muhatabına bakan yönünü değil, aynı zamanda topluma ve hukuka bakan yönünü de göz önünde bulundurmak gerekir. Yıldırım ve Fiş Üstün⁴⁰'ün naklettikleri örnekte olduğu gibi bazı durumlarda işlemin muhatabı için telafisi güç ve imkânsız zararlar oluşmasa da toplumdaki diğer bireyler için can kaybına dahi varabilen telafisi imkânsız sonuçları olabilmektedir. Yürütmenin durdurulmasında esasa ilişkin ikinci koşul açıkça hukuka aykırılıktır. Bu koşul doktrininde haklı olarak eleştirilmektedir.⁴¹ Zira işlemin açıkça hukuka aykırılığı yetkili mahkemece tespit edilmişse o işlemin yürütmesinin durdurulması yerine işlemin iptaline

³⁴ Tam yargı davasında yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğine ilişkin bkz. Fatih Torun, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, (Ankara: Seçkin, 2021), 155,156.

³⁵ D9D. 30.05.1984 E:1962/3933,E: 1984/1106, K:1984/257.

³⁶ Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 580.

³⁷ Gerekçe ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Zehra Karakuş Işık, "Yürütmenin Durdurulmasında Gerekçe Sorunu" AHBVHF Dergisi XXVI, S.1 (2022), 537 – 567.

³⁸ Bahtiyar Akylmaz; Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 426.

³⁹ Metin Günday, Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar, 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu (Ankara: Danıştay Yayınları, 2000), 16; Zehreddin Aslan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, (Ankara: Seçkin, 2017), 78.

⁴⁰ Turan Yıldırım ve Gül Fiş Üstün, Açıklamalı –Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, (İstanbul: XII Levha, 2020), 398.

⁴¹ Akylmaz, Sezginer ve Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, 428; Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 359; Atay, İdari Yargılama Hukuku, 318.

karar vererek davayı sonlandırması mantığın bir gereğidir.⁴² Kaldı ki; hukuka aykırılığın tespiti çoğu kez zaman ve uğraş gerektiren bir meseledir. Mahkeme hukuka aykırılığı tespit edip yürütmeyi durdurma kararı verene kadar geçen süreçte idari işlem uygulanarak onunla sağlanmak istenen sonucun elde edilme ihtimali yüksektir.⁴³

Yürütmeyi durdurma müessesinin, idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden faydalanmasının idarenin kanuniliği ilkesi açısından sakıncalarını gidermeye yeterli olup olmadığı sorusuna dönecek olursak; öğretide⁴⁴ de belirtildiği gibi mevcut düzenlemelere göre yürütmeyi durdurmanın şartları çok ağırdır. Bu sebeple de yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi oldukça güçtür. Metin Günay'ın deyimiyle "idari yargıdan yürütmenin durdurulması kararı almak, arslanın ağzından lokmayı kapmak kadar zordur." Yürütmeyi durdurma kararı verilebilse dahi, bu karar verilinceye kadar epey bir süre geçtiği vakadır. Daha sonra hukuka aykırılığı tespit edilen idari işlem için şartlarının ağırlığından dolayı yürütmeyi durdurulma kararı verilememesi veya yargı sisteminin hantallığından kaynaklı geç verilmesi halinde bu işlem hukuk âleminde iptal edilene kadar ya da yürütmeyi durdurma kararı verilene kadar idari işlem sonuçlarını doğurmaya devam edecektir. Danıştay kararları istatistiksel olarak analiz edildiğinde de, iptal kararlarının hiç de azımsanamayacak oranda olduğu görülecektir.⁴⁵ Açıklanan sebeplerle hukukumuzda yürütmeyi durdurma kurumunun, hukuka aykırı olabilecek idari işlemlerin sonuç doğurmasını engellemekte oldukça yetersiz kaldığı söylenebilir. O halde hukuk devletinin aşınmasının önüne geçmek, temel hak ve özgürlüklerin korumasını güçlendirmek ve hak arama hürriyetinin⁴⁶ etkinliğini arttırmak için bu hususta ne gibi bir çözüm getirebilir sorusu üzerine düşünmek gerekir.

IV. YÜRÜTMENİN DURDURULMASINDA ALMANYA ÖRNEĞİ

Yukarıda idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, idarenin kanuniliği ilkesi açısından sakıncalı olabileceğini yürütmenin durdurulması kurumunun da bu sakıncaları gidermede yetersiz kaldığını ve başka çözümler üretilmesi gerektiğini belirtmiştik. Bu hususta Alman idari yargı sisteminde olduğu gibi idari işleme karşı hukuki yola (idari itiraz veya

⁴² Yıldırım ve Fiş Üstün, Açıklamalı-Notlu, 399.

⁴³ Aslan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, 74.

⁴⁴ Yıldırım ve Fiş Üstün, Açıklamalı-Notlu, 398; Aslan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, 147.

⁴⁵ Müzeyyen Eroğlu Durkal, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. Maddesi kapsamında yürütmenin durdurulması kararlarında yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65, S. 2 (2016), 284.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi: ".....yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi, kişilerin hak arama özgürlüklerini etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlayan önemli bir imkan olup bu imkanı ortadan kaldıran veya etkisiz hale getiren bir düzenleme Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil eder." AYM 02.10.2014, E.2014/149, K.2014/151.

dava) başvurulduğunda idari işlemin uygulanmasının kural olarak kendiliğinden durmasına benzer bir çözüm önerilebilir. Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu 80. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesi; idari itirazın ve iptal davasının⁴⁷ erteleyici etkiye sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu hüküm gereği, kural olarak bir idari işleme karşı idari itiraza başvurulması ya da iptal davası açılması halinde o idari işlem askıya alınacaktır (Suspensiveeffekt). Askıya alınmış bir idari işlem, muhatabı üzerinde bir sonuç doğurmayacağı gibi idare tarafından da icra edilmesi mümkün değildir. Bu askıya alma geçmişe etkili olduğu hususunda görüş birliği vardır. Yani askıya alınmış bir idari işlem, tesisinden itibaren hiçbir hukuki etkiye sahip olmayacaktır.⁴⁸

İdari itirazda bulunması veya iptal davası açılmasının erteleyici etkisi (Suspensiveeffekt) gösterebilmesi için birtakım şartlar vardır. Bu hususta ilk şarta göre, itiraz veya dava açma süresinin geçmemiş olması gerekir. Eğer bu süre geçtikten sonra itiraz bulunmuş veya dava açılmışsa idari işlemin yürütmesi durmayacaktır.⁴⁹ Yine idari işlem itirazda bulunulmadan veya dava açılmadan tüm sonuçlarını doğurmuşsa bu durumda da erteleyici etki (Suspensiveeffekt) zaten fiilen mümkün olmayacaktır. Alman doktrininde ağırlıklı görüş; idari itirazın veya davanın çok açık bir şekilde kabul edilemez olduğu durumlarda idari işlemin icrasının ertelenmeyeceği yani hükümlerini doğurmaya devam edeceği yönündedir.⁵⁰

İdari itiraz ve iptal davasının erteleyici etki göstermesinin birtakım istisnaları da bulunmaktadır. Bunlar direk kanundan kaynaklanan istisnalar ve idare tarafından idari işlemin icrasına devam kararı (erteleyici etkinin kaldırılması) verilmiş istisnalar olmak üzere ikiye ayrılır.⁵¹

Doğrudan yasadan kaynaklanana istisnalar Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu 80. maddesi 2. fıkrasında 4 bent halinde sayılmıştır:

- * Kamu ödemeleri ve masraflarının talep edilmesini konu edinen idari işlemlerde erteleyici etki uygulanmaz. Bizim hukukumuzun aksine, vergiye ilişkin davalar kendiliğinden yürütmeyi durdurmamaktadır (1. bent).
- * Kolluk memurlarının ertelenmesi mümkün olmayan karar ve önlemlerine karşı bulunulan idari itirazların ve açılan iptal davalarının erteleyici etkileri olmaz. (2. bent)

⁴⁷ Alman idari yargılama sisteminde sadece olumlu idari işlemlere karşı iptal davası açıldığını, olumsuz idari işlemlere karşı iptal davası değil bir eda davası olan yükümlülük davasının gündeme geleceğini belirtmek gerekir. Yükümlülük davası hakkında bkz. A. Çağrı Yıldız, Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava Türü - Yükümlülük Davası, (İstanbul: XXI Levha, 2021).

⁴⁸ Erbguth ve Gukelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 395; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 628.

⁴⁹ Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 628.

⁵⁰ Erbguth ve Gukelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 396.

⁵¹ Erbguth ve Gukelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 397.

- * Özellikle yatırım veya istihdam yaratan projelerin onayına ilişkin idari işlemlere karşı 3. kişilerin idari itirazları ve açtıkları iptal davalarında olmak üzere federal kanunlar veya eyalet hukuku için eyalet kanunlarında öngörülen erteleyici etkiyi ortadan kaldıran diğer istisnalar. Örneğin Alman Federal İmar Kanunu 212a maddesi bu tür bir istisna getirmektedir.
- * Yine bir yukarıdaki 3. bent kapsamına girmeyen federal ulaşım projelerinin ve mobil şebeke ağı projelerinin ruhsatına üçüncü kişilerin idari itirazları ve açacakları iptal davalarının erteleyici etkisi bulunmamaktadır (3a bent)

Yukarıda da değinildiği üzere doğrudan kanundan kaynaklanan erteleyici etkiyi kaldıran istisnaların yanında idari işlemi tesis eden veya idari itirazı inceleyecek idare tarafından kamu yararının veya idari işlemde etkilenen katılımcının üstün yararının olduğu durumlarda idari işlemin hemen icrasına karar verebilir. Ancak bunun için bir takım şekli ve maddi şartlar vardır.⁵²

Şekli şartların ilki, hemen icra kararının yetkili mercii tarafından verilmesidir. Bu kararı vermeye hem idari işlemi ilk tesis eden merci hem de idari itirazı karara bağlayacak mercii yetkilidir. Bu karar verilirken idari işlemde olumsuz etkilenen kişinin dinlenilme zorunluluğu olup olmadığı tartışmalıdır. Ağır hak görüşe göre idari işlemin hemen icrası kararı ayrı bir idari işlem değildir. O yüzden de Alman İdari Usul Kanunu 28. maddesi uygulama alanı bulmaz ve olumsuz etkilenenin dinlenilmesi zorunlu değildir. Diğer azınlık görüşe göre ise hemen yukarıda zikredilen Kanun Hükmü kıyasen uygulanmalıdır ve ilgili dinlenilmeden bu karar verilemez.⁵³ Diğer bir şekli şart ise Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu 80/3 birinci cümlesinde açıkça öngörülen hemen icra kararının yazılı olarak gerekçelendirilmesi şartıdır. Bu şartın yerine getirilmesinde idare genel geçer ifadelerle değil, somut olay bazlı olarak idari işlemin hemen icrasında kamu menfaatinin ya da idari işlemde etkilenen 3. kişilerin üstün yararının nasıl gerçekleşeceğini belirtmek zorundadır.⁵⁴ Aynı hükmün 2. cümlesinde ise yazılı gerekçelendirme şartına bir istisna getirilmiştir. Buna göre idari işlemin icrasının gecikmesinde tehlike bulunan hallerde – özellikle hayatı, sağlığı ve mülkiyeti tehdit eden olumsuzluklarda veya kamu yararı için acil alınması gereken tedbirlerde- gerekçe göstermeden hemen icra kararı alınabilir.

Hemen icra kararı verilebilmesinin maddi şartı ise, bu kararın gerçekten kamu yararına ya da diğer katılımcılardan birisinin özellikle de muhatabın üstün yararına olması gerekir.⁵⁵ İdari itiraz ve iptal davasının idari işlemin icrasını erteleme kuralı, hemen icra kararı istisna olduğundan bu karar için

⁵² Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 630.

⁵³ Erbguth ve Gukelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 399.

⁵⁴ Erbguth ve Gukelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 400.

⁵⁵ Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 632.

haklı bir gerekçenin olması aranmaktadır.⁵⁶ Bu gerekçe idari işlemin tesis edilmesindeki gerekçe ile aynı değildir, bundan öte hemen icrasını gerektirecek bir sebep olmalıdır. Kamu yararından dolayı hemen icra kararı verilmesi yetkili idari merciinin takdirindeyken, üstün bireysel yararın olduğu durumlarda takdir yetkisi ortadan kalkar.⁵⁷

Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu 80/5 maddesi, uyuşmazlığı çözmeye yetkili idare mahkemesine icranın idari itiraz ve iptal davası ile kendiliğinden durmadığı istisnai hallerde ve idari mercilerce hemen icra kararı verildiği hallerde yürütmenin tamamen veya kısmen durdurulmasına karar verme imkânı tanımaktadır. Bunun için ilgilinin dilekçe ile mahkemeden yürütmenin durdurulmasını talep etmesi gerekir. Ancak talep etmeden önce mutlaka hukuki yola başvurulması gerekmektedir. Yani mahkemeden yürütmenin durdurulması talebinde bulunulabilmesi için duruma göre idari itiraz veya iptal davası yoluna gidilmiş olmalıdır. Talepte bulunanın ehliyetli olması da diğer bir şarttır. Bu hususta sübjektif dava ehliyetini düzenleyen Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu 42/2 maddesi kıyasen uygulanır. Aynı zamanda başvuru hukuki yolun açık bir şekilde kabul edilemez olmaması gerekir. Bir başka deyişle itirazın ve / veya davanın reddedileceği ilk bakışta anlaşılıyorsa mahkeme icranın durması kararını veremez. Özellikle itiraz ve/veya dava süresi geçtikten sonra bu hukuki yollara başvurulduğu çok açıksa bu durum geçerlidir.⁵⁸ Mahkeme, yukarıda açıklanan erteleyici etkinin doğmadığı kanuni istisnalardan (80. maddedeki 4 bent) birisine karşı başvuru hukuki yol kapsamında istenilen icranın durması talebinde icranın durması kararı verebilmesi için idari işlemin hukuka uygunluğu noktasında ciddi bir şüphe taşıması gerekir.⁵⁹ İdare mahkemesi, icranın ertelenmesi talebini menfaatlerin tartılması teorisi (İnteressenabwaegung) kapsamında icranın tehiri ve devamı arasındaki menfaatleri tartarak en hızlı şekilde bir karar vermesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda da anlatıldığı gibi hukukumuzda idari işlemler, hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak tesis edildikleri andan itibaren ilgili herkes ve her şey için hukuki sonuçlarını doğurmaya başlarlar ve bu etki kural olarak işlem iptal edilene veya idare tarafından geri alınana kadar devam eder. Ne var ki idarenin hiç hata yapmadan veya keyfiliğe kaçmadan her zaman hukuka uygun idari işlem tesis edeceği düşünülemez. İdarenin hukuka aykırı işlemleri her zaman olmuştur ve olmaya devam edecektir. Bu dünyanın her yerinde görülen bir durumdur. Öte yandan hukuk devleti ve demokrasilerde idarenin kanuniliği

⁵⁶ Erbguth ve Gukelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 401.

⁵⁷ Ferdinand O. Kopp ve Wolf Rüdiger Schenke (editörler), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, (Müni: Verlag C.H.Beck, 2012), 954.

⁵⁸ Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 649 vd.; Erbguth ve Gukelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 402 vd.

⁵⁹ Erbguth ve Gukelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 414.

ilkesi hâkimdir. Bu ilke en genel anlamda idarenin işlem ve eylemlerinin mevzuata ve hukukun genel ilkeleriyle çelişmemesi ve kural olarak da bir kanuna dayanmasını emreder. Hemen yukarıda da vurgulandığı gibi idarenin zaman zaman bu ilkeyle çelişerek hukuka aykırı işlemler tesis etmesi kaçınılmazdır. İdarenin hukuka aykırı işlem tesis etmesi kendi başına idarenin kanuniliği ilkesini aşındırmaz; ancak idare bu hukuka aykırı idari işlemle bir sonuç elde ederse o zaman idarenin kanuniliği ilkesi zedelenmeye başlar. Hukuka aykırı bir idari işlemin sonuç doğurmasını sağlayacak olan da yukarıda defaatle ifade edildiği üzere hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıdır. O halde bu iki hukuki kurum zaman zaman karşı karşıya gelmektedir. Bu durumda elbette Anayasal bir ilke olan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan idarenin kanuniliği ilkesine üstünlük tanımak gerekir. Bu bağlamda idari işlemlerin hukukilik karinesinden yararlanmaması, her idari işlemin önce hâkim onayından geçirilerek hukuka uygunluğu tescil edildikten sonra yürürlüğe girmesi akla gelebilir. Ancak bu halde de kamu hizmetlerinin aksaması veya hiç işlememesi tehlikesi ile karşı karşıya kalınır. Bu yüzden orta bir yol bulmak icap eder. Bunun için hukukumuzda yürütmenin durdurulması kurumu getirilmiştir. Lakin bu kurum şartlarının ağırlığı ve geç verilmesi sebebiyle istenilen fonksiyonu sağlamadığı yönünde haklı eleştirilere maruz kalmaktadır. Gerçekten de yürütmenin durdurulması müessesinin hukuka aykırı olabilecek idari işlemlerin uygulanmasının önüne geçmekte yeterli etkinliği sağlayamadığı açıktır.

Mevcut düzenlemeler çerçevesinde yürütmenin durdurulması kurumu, idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının idarenin kanuniliği ilkesini aşındırmasının önüne geçmeye yeterli olmadığı kanaati hâkim olduğuna göre başka ne gibi bir çözüm bulunabilir sorusu bu çalışmanın ana temasını oluşturmuştur. Bir çözüm önerisi olarak Alman İdari Yargılama Hukuku sistemindeki gibi hukuki yola başvurmak ile kural olarak idari işlemin icrasının kendiliğinden durması düşünülmelidir. Schoch ve Schneider⁶⁰ belirttikleri gibi Alman hukukundaki erteleyici etki hem Alman Anayasası 19/4 yer alan etkin hukuki denetiminin sağlanmasına hem de idarenin üstün konumda bulunmasını (gücünü) dengelemesine hizmet eder. Yine bu erteleyici etki katı bir şekilde uygulanarak kamu hizmetlerinin aksamasına yol açmasının önüne geçmek adına yerinde istisnalar getirilmiştir. Bu sebeplerle bizdeki yürütmenin durdurulması kurumu tekrar gözden geçirilmesi ve Alman hukukundaki benzer bir şekilde düzenlenmesi hukuk devleti ve demokrasi açısından olduğu kadar bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından da kanaatimizce elzemdir. Aynı zamanda idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması ile idarenin kanuniliği ilkesi arasındaki çatışma ihtimalini önemli ölçüde azaltır.

⁶⁰ Friedrich Schoch; Eberhard Schmidt-Aßmann ve Rainer Pietzner (editörler), Verwaltungsgerechtsordnung Kommentar (Münih: C.H. Beck, 2021), § 80 k.n. 25-26.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Emre, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, İstanbul: Beta, 2013.
- Akipek, Jale; Akıntürk, Turgut, *Türk Medeni Hukuku*, İstanbul; Beta Yayınevi, 2007.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
- Atay, Ender Ethem, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2021.
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2021.
- Detterbeck, Steffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, Münih: Verlag C.H. Beck, 2012
- Erbguth, Wilfried ve Guckelberger, Annette, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht*, Baden-Baden: Nomos 2020.
- Erdoğan, Didem, *Türk Anayasa Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleleri*, Ankara: Yetkin 2021.
- Eroğlu Durkal, Müzeyyen, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. Maddesi kapsamında yürütmenin durdurulması kararlarında yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, S. 2 (2016), 279-314.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Cilt I* Bursa: Ekin, 2019.
- Gülgeç, Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi*, İstanbul: XII Levha, 2018.
- Günday, Metin, *Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar*, 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Ankara: Danıştay Yayınları, 2000.
- Kalabalık, Halil, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2020
- Kara, Etem "Kooperatif Genel Kararlarının İptali" *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8 S. 15 (2018): 45-86.
- Karahanogulları, Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara: Turhan Yayınevi, 2015.
- Karakaş, Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 62 S.3 (2013): 729-759.
- Karakuş Işık, Zehra, "Yürütmenin Durdurulmasında Gerekçe Sorunu" *AHBVHF Dergisi* XXVI, S.1 (2022), 537 - 567.
- Kıratlı, Metin, "Yürütmenin Durdurulması," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 21, S.4 (1966), 173-196.

- Kopp, Ferdinand O. ve Schenke, Wolf Rüdiger (editörler), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Münih: Verlag C.H.Beck, 2012.
- Torun, Fatih, *İdari Yargıda Yürütmenin durdurulması*, Ankara: Seçkin, 2021.
- Uçar, İsmail, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcılığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcılığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XX S. 3 (2016): 331-373.
- Yasin, Melikşah, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, İstanbul: XII Levha, 2015.
- Yıldırım, Turan ve Fiş Üstün, Gül, *Açıklamalı –Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu*, İstanbul: XII Levha, 2020.
- Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, H. Eyüp; Üstün, Gül; Çakır, Hüseyin Melih ve Tekinsoy Okay Özge, *İdare Hukuku*, İstanbul: XII Levha, 2020.
- Yıldız, A. Çağrı, *Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava Türü - Yüklümlülük Davası*, İstanbul: XXI Levha, 2021.

İMAR HUKUKUNDA YENİ BİR KAVRAM: YAPI KAYIT BELGESİ – İZİNSİZ YAPILAŞMAYA HUKUKİ GÜVENCE*

*Işıl DEMİR***

GİRİŞ – Başlarken

Kamuoyunda “İmar Barışı Kanunu” olarak bilinen 7143 Sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla 3194 sayılı İmar Kanunu’na Geçici 16’ncı madde olarak eklenen ve 11/05/2018 tarihinde yürürlüğe giren hükümlerle, 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar, 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde yapı sahibinin beyanına göre kayıt altına alma imkanı getirilmiş ve kaçak yapıları kayıt altına alan belge niteliği ile imar hukuku literatürüne “yapı kayıt belgesi” adı altında monte edilmiştir.

Yapı Kayıt Belgesi; ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak 31/12/2017 tarihinden önce yapılan yapının kayıt altına alınması ve kullanımına yönelik beyana dayalı düzenlenen, imar bakımından ilave hak sağlamayan, kazanılmış hak oluşturmeyen, yapının imar durumu ve ruhsata uygun hale getirilmesi veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar verilen geçici bir belge¹ niteliğinde olduğunu belirtmek mümkündür.

Ancak, sözü edilen bu belge ile kayıt altına alınan yapının, fonksiyonuna göre kullanımına imkân sağlaması, elektrik, su, doğalgaz, telefon, kanalizasyon gibi hizmetlerden yararlanması, kaçak-ruhsata aykırı yapıları, yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti işlemlerinin yapılması, işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesi, hazine ve belediye mülkiyeti üzerindeki yapının arsasının rayiç bedel üzerinden yapı malikine satılması şeklinde sağladığı sonuçlar ile yapının geçici kullanımından daha çok yapı ömrünün tamamlanmasına kadarki süreçte imar düzeninde korunma ve ruhsatlı yapı gibi değerlendirilme imkanı verdiği görülmektedir.

Ülkemizde, planlı ve sağlıklı yapılaşma ve sonuç olarak kentleşmeyi temin bakımından (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KELEŞ Ruşen, Kentleşme Politikası) gerek çalışma konumuzu oluşturan 7143 sayılı Kanun 16. Maddesinin

* Akdeniz Üniversitesi’nin 30. Kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi (2022) için hazırlanan ve sunulan tebliğ.

** İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi Başkanı.

¹ GÜNGÖR Hayrettin - MERCİMEK Zeliha -TÜRKMEN Cüneyt, “İmar Barışı ve Yapı Kayıt Belgesi” https://www.tbb.gov.tr/userfiles/imar_barisi.

eklendiği Kanun, gerekse anılan Kanun öncesinde yürürlükte bulunan 6785 sayılı İmar Kanunu² ve Cumhuriyet döneminin imar ile ilgili ilk Kanunu özelliği taşıyan 2290 sayılı Belediye Yapı ve Yollar Kanununda³ yapı inşaat ön şartı, ruhsatnameye bağlanmış olmasına rağmen inşasına başlanılan veya tamamlanan kaçak yapıların kullanımı ve netice olarak meşrulaşmasına izin veren düzenlemeler, değişik isimler altında dönemsel olarak yürürlüğe girmiş ve uygulanmışlardır⁴.

Bu durum, konu ile ilgili yayımlanan akademik bir çalışmada⁵ ceza hukukundaki suçun bir daha işlenmesini önleme ve suçluyu topluma kazandırma işlevi bulunan af kavramının, imar aflarında bulunmadığı, her imar affının, yeni imar aflarının bir başlangıcı, nedeni olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Lakin “affın”, ceza hukuku ya da imar hukuku yönü ile etki alanında bulunan konu, diğer bir ifadeyle kapsadığı alan dışında, doğurduğu sonuçlar yönü ile farkı bulunmamakta, suç teşkil eden fiil, güvenceye tabi kılınmaktadır.

Bu sebeple, sözü edilen “İmar Barışı Kanunu’nu öncelikle, yapı tanım ve ruhsat süreci ile ilgili değerlendirme sonrası, doğurduğu sonuçlar yönü ile incelemek çalışmanın temelini, yapı tanımı ve beraberinde ruhsat işlemlerinin Kanunun uygulama yönetmeliği ile birlikte tahlil edilmesi sonrasında yapı kayıt belgesinin sağladığı hukuki güvencenin ortaya çıkardığı ihtilafların yargı kararları ışığında değerlendirilmesi de, çalışma amacını oluşturmaktadır.

Yasa yapıcının, Geçici 16.madde ile imar düzenine aykırı yapıların tespiti ni amaçladığını, Kanunun gerekçe metninde vurguladığını görmekteyiz.

Nitekim, getirilen bu düzenlemenin, Anayasa Mahkemesinin 11/12/1986 tarih ve E. 1985/11, K. 1986/29 sayılı kararı ve 3194 sayılı Kanunun genel gerekçe metninde belirtildiği üzere gecekondular ve kaçak yapılaşmanın beraberinde büyüttüğü kontrolsüz ve plansız gelişmenin, ülkemizin planlamayı ilk defa sisteme bağlayan ve planlı gelişme ile ilgili önceden yönlendirme ilkesi getiren 3194 sayılı İmar Kanunundaki yapılaşma ilkeleri çerçevesinde açıklamak faydalı olacaktır.

İmar hukuku ülkemizde, 1985 yılında yürürlüğe giren 3194 sayılı İmar Kanunu⁶ ile son şeklini almış ve yapılaşmanın düzenli bir şekilde gelişebilmesi bakımından gereken ilke ve esaslar belirlenerek, düzensiz-çarpık kentleşmenin önlenmesi bakımından önemli kuralları sisteme dahil etmiştir.⁷

² 16.07.1956 tarih ve 9359 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6785 Sayılı İmar Kanunu.

³ 21.06.1933 tarih ve 2433 sayılı Resmi Gazete yayınlanan 2290 Sayılı Belediye Yapı ve Yollar Kanunu.

⁴ Bu hususta bkz. TERCAN Binalı, “1948’den Bugüne İmar Afları”, Mimarlık, Sayı 403, Eylül-Ekim 2018, ss.21vd.

⁵ ÇAKIR, Hüseyin Melih “Yapı Kayıt Belgesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, 2018, ss.15-92.

⁶ 03/05/1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanunu, R.G. 09/05/1985, S. 18749.

⁷ (Kent, kentleşme, kent planlaması, gecekondular, doğal yıkımlar, toplum kalkınması, çevre, çevre için eğitim, göç olayları, kıyıların korunması, konuları ile ilgili olarak bkz. Prof.

Ülkemizde, mekânsal planlama ile ilgili girişimlerin Tanzimat Dönemi ile başladığı, 3 Kasım 1839'da ilan edilen Gülhane Hat-ı Hümayunu 'unda binalarla ilgili bir ilmühaber yayımlandığı ve imara ilişkin ilk ilkelerin, bu ilmühaber de yer aldığı görülmektedir⁸.

Tanzimat dönemi ile başlayan planlı kentleşme olgusunun, Cumhuriyetin ilanı ile birlikte gelişimi incelendiğinde de, 1950 öncesi ve sonrası yıllar olmak üzere iki farklı dönemden söz etmek ve iki farklı dönem üzerinden kent planlamasını değerlendirmek mümkündür⁹.1923-1950 arası olarak değerlendirilen ilk dönemde, yeni Türkiye Cumhuriyetinin "muasırlaşma" medeni ülkeler seviyesine ulaşma çalışmalarının yansıması niteliğinde kent planlamasına önem verildiği, bu kapsamda, Ankara'nın başkent olarak seçilerek şehrin düzenli kentleşme - planlama ilkelerine uygun olarak inşa ve imar edilmesine başlanıldığı görülmektedir.

Bu dönemde, Ankara için Alman mimar Hermann Jansen'e hazırlatılan nazım planının diğer kentler içinde örnek olduğu, hazırlanan nazım planları doğrultusunda Cumhuriyet kentlerinin kurulmasına başlanıldığı ve buna bu kadar önem verilme sebebinin "muasır medeniyetler seviyesine çıkmak" idealine ulaşmanın tek yolunun, Batı'daki gibi kentlere sahip olmak olarak açıklandığı, Tansı ŞENYAPILI 'nın "Barakadan Gecekonduya Ankara'da Kent- sel Mekanın Dönüşümü 1923-1960" kitabında vurgulanmaktadır¹⁰.

Aynı zamanda bu dönem, "Devletin kentleşmesi" olarak değerlendiril- mekte, planlamanın geleceğe yönelik ulaşılmaya hedeflenen bir vizyona sahip olmanın ispatı olarak görülmektedir¹¹.

Kentlere gelen yeni nüfusla birlikte konut sorunu, içinden çıkılmaz bir hal almış, kent planlamasındaki özelliklere uygun evler inşa edebilme ola- naklarından uzak olan yeni göç edenlerin sosyal bir sorun olarak karşılaştığı barınma ihtiyacı, üç büyük kentte alternatif yaşam alanı olarak değerlendirilen gecekondu inşalarının ortaya çıkmasına neden olmuştur.Bu dönem ve önceki dönemlerde kurulan ancak geçici olduğu düşünülerek önemsenmeyen gecekonduların, kentlerin değişmez ve kalıcı yüzü olmaya başlama olgusu- nun, Tansı ŞENYAPILI 'nın Barakadan Gecekonduya Ankara'da Kentsel Me-

Dr. Cevat GERAY'ın makaleleri ve bildirileri, kentleşme sürecine paralel olarak, Türkiye'nin yaklaşık 60 yıllık "kentleşememe-kentlileşememe" sürecinin nedenlerine ilişkin Palme Ya- yinevi tarafından basılan 2018 "Kent, Yerel Yönetimler ve Toplu Konut Yazıları" başlıklı ki- tabın birinci cildinden yararlanılabilir.)

⁸ (1830'lu yılların sonlarına doğru İstanbul'da başlayan modernleşme süreci ile ilgili olarak bkz.İlhan TEKELİ'nin Antik Çağ'dan XXI. Yüzyıla Büyük İstanbul Tarihi adlı eser içerisinde 2015 yılında yayımlanan makalesi)

⁹ İRDEM İbrahim, LENDER Asilkan, 1923-1950 Arası Dönemde Ankara Kentleşmesi ve Sorun- ları, Akademik Bakış,Y az 2021,Cilt:14, S:28, s:337

¹⁰ ŞENYAPILI Tansı, Barakadan Gecekonduya Ankara'da Kentsel Mekânın Dönüşümü 1923- 1960, İstanbul: İletişim Yayınları,2004, s. 81-82.

¹¹ ERSOY Melih, "Planlama Kuramına Giriş", Kentsel Planlama Kuramları, Ankara: İmge Kitabevi, 2007, s. 9.

kanın Dönüşümü 1923-1960, başlıklı çalışmasında geniş olarak değerlendirildiğini görmekteyiz.

Kentleşme sorunsalının dönemsel olarak artarak devam etmesi, idarelerin imar yetkilerinden doğan Anayasa Mahkemesi kararlarında tanımlaması yapılan kolluk görevlerinin sunumunda yaşanan aksamalar ve benzeri sebepler neticesi ortaya çıkan izinsiz yapılaşmalar, dönem dönem gündeme gelen imar afları ile kayıt altına alınmakta 2981 sayılı Kanun¹² ile de 10 Kasım 1985 tarihine kadar inşasına başlanan imar mevzuatına aykırı yapılara, ruhsatlı yapı niteliği kazandırıldığı görülmektedir.¹³

Sözü edilen sürecin benzer uygulamalar ile devamı neticesinde son imar düzenlemesi olarak sisteme dahil olan 7143 sayılı Kanunun 16.maddesi ile ortaya çıkan kayıt altına alma işlemi ile izinsiz yapılara hukuki güvence kazandırılmış ancak 2981 sayılı Yasadan yararlanan yapılar gibi ruhsatlı yapı olarak tanımlanmamışlardır.

Bu çalışma içeriğinde, Kanun koyucunun belgenin bir “af” niteliğinde olmadığı¹⁴ vurgusu ile oluşan iradesi, “yapı kayıt belgesi” düzenlenen yapının bu belge ile sağlanan hukuki korunma, niteliği ve sonuçları ile birlikte korunması gereken doğal ve kültürel çevre üzerinde gerçekleştirilen izinsiz yapılaşmalar bakımından da geçerli olup olmadığının tartışılması uygun olacaktır.

Yapı Kayıt Belgesinin hukuki niteliği hakkında değerlendirmede bulunmadan önce bu belgenin düzenlenmesine sebep olan unsurların incelenmesi, bu incelemenin de öncelikle sözü edilen belgenin hangi durumlarda düzenleneceği, yapının 31/12/2017 tarihi itibarıyla bulunması gereken seviye, dönem itibarıyla kapsadığı yapı türleri, düzenleneceği bölgelerin sahip

¹² 22.05.1986 Kanun No : 3290, Resmi Gazete Tarihi 07.06.1986 Resmi Gazete Sayı: 19130 2981 sayılı Kanun, yasa hükümlerinden yararlanamayacak olan yapıları “2 Haziran 1981 tarihinden sonra yapılan gecekondular ile 1 Ekim 1983 tarihinden sonra inşasına başlanan imar mevzuatına aykırı yapılar” olarak düzenlemiş iken, 3290 sayılı kanun kapsamındaki değişikliklerle “10 Kasım 1985 tarihinden sonra yapılan gecekondular ile inşasına başlanan imar mevzuatına, ruhsat eklerine aykırı yapılar ve İstanbul Boğazı sahil şeridi ve öngörüm bölgeleri ile Çanakkale Boğazında 2 Haziran 1981 tarihinden sonra inşasına başlanan imar mevzuatına, ruhsat ve eklerine aykırı yapılar” şeklinde düzenlenmiştir. Bu değişiklik ile 2 Haziran 1981 ile 10 Kasım 1985 tarihleri arasındaki gecekondular, 1 Ekim 1983 ile 10 Kasım 1985 tarihi arasında inşasına başlanan imar mevzuatına aykırı yapılar affedilirken, 2 Haziran 1981 tarihinden sonra inşasına başlanan imar mevzuatına, ruhsat ve eklerine aykırı İstanbul Boğazı sahil şeridi ve öngörüm bölgeleri ile Çanakkale Boğazında yapılmış yapılar bu kanundan yararlandırılmamıştır. Fakat 3290 sayılı kanun değişikliğinin geçici 3.Maddesi ile 2981 sayılı kanun kapsamında hak sahibi olmasına rağmen müracaat etmemiş olanlara, müracaat etmeleri için 6 ay süre tanınmış, müracaat işlemleri de 2981 sayılı kanun hükümleri kapsamında yürütülerek 10/11/1985 tarihinden önce mesken, kısmen işyeri ve konut olarak kullanılan veya önce konut olarak kullanılıp sonradan işyerine çevrilen gecekondular ile imar mevzuatına, ruhsat ve eklerine aykırı tüm yapılara, ruhsatlı yapı statüsü kazandırılmıştır.

¹³ 2981 sayılı Kanunun “ Tasnif ” başlıklı 4. Maddesinin son cümlesinde yer alan “ muhafaza edilecek veya ıslah edilerek muhafaza edilecek yapılara bu Kanundaki mükellefiyetlerin yerine getirilmesi kaydı ile ruhsat ve kullanma izni verilir” hükmü.

¹⁴ ÖZLÜER ÖZKAYA İlgin, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt -9 Sayı -2 Yıl -2018 s.313.

olması gereken niteliği ve son olarak düzenlenmesi Yasa hükümleri çerçevesinde mümkün bulunmayan alanlarda inşa edilen yapılar bakımından doğruduğu sonuçlar kronolojik sıra ile tartışılacaktır.

İmar Hukukunda idare tanımı altında yer alan mahalli idareler ile merkezi idarenin kamusal hizmetleri yerine getirirken sahip oldukları yetki ve sorumlulukları çerçevesinde planlı ve düzenli yapılaşmanın genel prensipleri birinci bölümde tahlil edilecektir.

İnceleme konumuzu oluşturan ve çalışmanın devamında belge tanımlaması ile ifade edilecek olan yapı kayıt belgesinin hukuki niteliğinin ortaya konulabilmesi için öncelikle belgenin düzenlenmesine sebep olan kayıt dışı yapılaşma ile ilgili tanımlama ve tespitlerin yapılması, çalışmadan beklenen faydayı arttıracaktır.

Bu sebeple, yapı ve kayıt dışı yapı tahliline kapsamlı olarak ikinci bölümde yer verilmiştir.

Zira, İmar Kanunu'na eklenen Geçici 16.madde ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapılar ile ilgili olduğundan, Yapı Kayıt Belgesinin bu yapıları ruhsatlı yapı gibi muamele görme imkânı verip vermediğini, Kanunun madde gerekçesini dikkate alarak tartışmak¹⁵ uygun olacaktır.

Anılan düzenleme ile sisteme dahil olan "Yapı Kayıt Belgesinin" niteliğinin ne olduğu, ruhsat veya yapı kullanma izin belgesi niteliği bulunup bulunmadığı, özel kanunları kapsamında koruma altında bulunan alanlar için beyana dayalı düzenlenen belgenin, muafiyet sağlayıp sağlamadığına ilişkin sorunlar, çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınmıştır.

Çalışmamız; imar barışı olarak adlandırılan ve sisteme kaçak yapıları kayıt altına alma prensibi üzerinden dahil olan belgenin, imar mevzuatı açısından sağladığı hakların, düzenli kentleşme üzerine oluşan etkisini esas aldığından, bu belgenin hukuki niteliği ile özel kanunlar karşısında ki durumu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45/6 ve 46. Maddeleri çerçevesinde -2960 sayılı Boğaziçi Kanun uygulanmasından doğan davalar hariç - idari yargı İstinaf Dairelerinde kesin nitelikte sonuçlanan dava türü olması nedeniyle İstinaf Dairelerine yansıyan kararlar ile kaçak-ruhsata aykırı yapılar bakımından kayıt öncesi ve sonrası uygulanan idari müeyyidelere, Danıştay'ın genel yaklaşım prensibi tahlil edilerek sonlandırılacaktır.

¹⁵ Kanun Genel Gerekçesi T.B.M.M. B: 17. Dönem 2. Yasama Yılı S.Sayı :291 " Bu Kanun tasarısı ile ülkemizde planlama ilk defa olarak bir sisteme bağlanmış ve planlamanın gelişmeyi önceden yönlendirmesi ilkesi getirilmiştir, Bu amaçla, 'beş yıllık kalkınma planları ve buna bağlı yıllık icra programları çerçevesinde imarla ilgili ilke ve hususları tespit için tüm fiziki plan kademeleri ile sosyo ekonomik baza dayalı kararların mekâna yansımalarını sağlayacak boyut getirilmiştir. ..." şeklinde Kanun gerekçesinde planlamanın önemi vurgulanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜMÜ

MAR HUKUKU – PLANLI VE DÜZENLİ YAPILAŞMA

A. İmar Hukukunun amacı

Yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlenen¹⁶ ve 1985 yılından günümüze yürürlükte bulunan 3194 sayılı İmar Kanunu, imar hukukunun temel düzenlemesi niteliğini taşımaktadır.

İmar, bir yeri güzelleştirmek anlamında “mamura” kelimesi ile aynı kökten gelmekte olup felsefi yaklaşımlarla değerlendirmede bulunan üç kez Ağa Han Mimarlık Ödülü ile onurlandırılan Turgut CANSEVER¹⁷ “insanın görevi dünyayı güzelleştirmektir” yaklaşımı ile kentleşme ilkelerini “koruma” ve “güzelleştirme” üzerine oluşturmuş ve planlamanın, ana prensip olması gerektiğine dikkat çekmiştir. İmar hukuku, esas olarak, kentleşme, imar, yapılaşma ve planlama konularında kimi dengeleri sağlamayı ve sürdürmeyi amaçlar.¹⁸

Aralarında denge sağlanması gereken çıkarlar, her şeyden önce kamu yararıyla bireylerin, yapı sahiplerinin çıkarları arasındaki denge olduğu literatürde kabul gören yaklaşımdır. İmar hukukunun temel düzenlemesi niteliğinde bulunan Kanun kapsamını, “*Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılar*” oluşturmaktadır.

Herhangi bir sahanın, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılmayacağı yönündeki ana prensibi, genel esaslar başlığı altında hükme bağlayan Kanun ile hedeflenen imar düzeni; arazi kullanım şekillerini belirleyen, kapsadıkları alan ve amaçları açısından Mekânsal Strateji Planlarına uygun olarak; “Çevre Düzeni Planları” ve “İmar Planları” kademelerine uygun olarak hazırlanan imar planları ve bu planlar ile belirlenen yapılaşma şartları çerçevesinde inşa edilecek yapılar hakkındaki kural, ilke ve esaslar üzerine kurulmuştur.¹⁹ Bu çerçevede imar faaliyetlerinin ülke ve bölge koşulları göz önünde tutularak düzen altına alınması amacıyla arazi kullanım şekilleri ve yerleşim alanlarını belirleyen planlama çalışmaları neticesinde hazırlanan planlar ile belirlenen yapılaşma şartlarına uygun sabit ve müteharrik tesislerin inşasını sağlamak İmar Kanunu ile amaçlanan hedeflerden bir diğeridir.²⁰

¹⁶ 03/05/1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanunu, Amaç: Madde 1 – Bu Kanun, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlenmiştir., R.G. 09/05/1985, S. 18749

¹⁷ CANSEVER, Turgut, İstanbul’u Anlamak, Timaş Yayınları, 2015.

¹⁸ KELEŞ Ruşen, İmar Hukukuna Giriş, Ankara: İmge Yayınevi, 2003.

¹⁹ ÖZKAYA Eraslan, İmar Kanunu Şerhi ve Mevzuatı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997 s.30

²⁰ 03/05/1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanunu, R.G. 09/05/1985, S. 18749

Nitekim Kanununun Tanımlar başlıklı 5. Maddesi ile atf yapılan Yönetmelikte geçen kavramlar çerçevesinde yapı ruhsatı, imar hukukunun temel araçlarından biri olarak yapılaşmaya ilişkin izinleri ifade etmektedir.²¹

B. Kaçak Yapı Tanımı

İmar Kanunu ve Yönetmeliğinde geçen kavramlar ışığında ruhsat işlemlerini, “mevzuat ve imar planları ile tesis edilmiş bulunan imar düzenini korumak ve geliştirmek amacıyla, bireylerin ve toplulukların, imar sınırları içinde, malik oldukları arsaların üzerindeki yapı yapma ve mevcut yapılara değişiklik ve ilaveler yapabilme hak ve yetkilerini, gözetim ve denetim altında tutmak ve gerekli tedbirleri alabilmek için getirilmiş denetleme ve düzenlemeler,” olarak tanımlamak mümkündür.²²

3194 sayılı İmar Kanunu kapsamına giren bütün yapılar için yapı ruhsatı alınması mecburidir²³ (*İmar Kanunu Madde 21*). İnşaat ruhsatı olmadan başlanan ve ruhsata aykırı yapılan yapılar, **kaçak yapı** sayılır.²⁴

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun "Belediyenin görev ve sorumlulukları" başlıklı 14. maddesinde "Belediye, mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla; a) İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri, çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık ... hizmetlerini yapar veya yaptırır..." hükmü ile belediyelere çevre sağlığı konusunda sorumluluk yüklenmiştir.

Ruhsat işlemlerinin imar hukukunun belirlediği esaslar dahilinde yürütülmesi de bu sorumluluğun bir parçası niteliğindedir.²⁵

Buna göre imar hukukunda "ruhsat"; idarenin yapılaşma öncesi, yapı devam ederken ve yapı bitimi sonrasında verdiği izinler yoluyla imar düzenini kurmak ve korumak üzere yürüttüğü kolluk görevi ²⁶ niteliğindeki denetim faaliyetinin en etkin yöntemlerinden biri olduğunu söylemek mümkündür.

Uygulamada ve öğretide de kabul edildiği ve Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere; ister “bağlı yetki” ister “takdir yetkisi” şeklinde kullanılsın “ruhsat verme” idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır²⁷. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslî ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur.

²¹ ERGEN, Cafer-BÖKE Veli, Kaçak Yapı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, s.119

²² ÇAL, Sedat; Türk İdare Hukukunda Ruhsat, Ankara: 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012.

²³ GEREM, Mehmet: İmar Hukukunda Ruhsat, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1767.htm.

²⁴ UŞAK Burak- YALÇIN Güler, “İmar Barışı Düzenlemesi Üzerine Bir İçerik Analizi”, Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi-2019; 1(1); 01-10

²⁵ İLGEZDİ Ali Rıza- BATAK Gökhan, Yapı Kullanma İzin Belgesi, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020, ss.40-41

²⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 11/12/1986 tarih ve E. 1985/11, K. 1986/29 sayılı kararı

²⁷ DALKILIÇ Elvin Evrim, “İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı” Ankara Barosu Dergisi, S.2013/2

Nitekim İmar Kanunu'nun 20. maddesinde, *"Yapılar[...] imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabilir"* ve 21. maddesinde *"[...] bütün yapılar için 26. maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatıyesi alınması mecburidir"* biçiminde ifade edilen esaslar, imar mevzuatına uygun yapılaşmanın en önemli şartını "ruhsat" olarak belirlemiştir. Buna göre, imar düzeni, idarenin verdiği "ruhsat" şartına uygun yapılaşma ile kurulmaktadır.

C. Düzenli Yapılaşmada Ruhsatın Rolü Nedir

Düzenli yapılaşmanın ilk şartı olan imar planları ile arazilerin kullanım şekilleri belirlendikten sonra kent planlaması ile güdülen amacı gerçekleştirmek için tüm taşınmazlar (kadaströ parseller) birleştirilmekte, bir kısmı plan hükümlerine uygun olarak ortak yerlere ayrılmakta, arta kalan yerler ise taşınmaz sahiplerine parselasyon planı adı altında dağıtılmaktadır.

İmar düzenlemesi adı ile anılan bu işlemler, düzenli yapılaşmanın gerçekleştirilebilmesi ve ruhsat işlemlerinin sürdürülebilmesi bakımından önem arz etmektedir.

İmar düzenlemesine tabi tutulan alanlarda oluşturulan imar parselleri; bölgede uygulanan plan hükümlerine uygun yapılaşmaya hazır hale gelmiş, ruhsat işlemlerinin tamamlanması mümkün, taşınmaz niteliğinde değerlendirilmektedirler.

Ülkemizde, düzenli yapılaşmanın sağlanabilmesi için 3194 sayılı İmar Kanunu ile belirlenen ilke ve esaslar dahilinde gerçekleştirilmesi gereken planlama esasları tamamlanmadığı, diğer bir ifadeyle yapılaşmaya konu edilen taşınmaz, imar parseli niteliğinde bulunmadığı ya da imar parseli niteliği bulunmasına rağmen plan hükümleri ile belirlenen şartlara aykırı yapılaşmaya konu edildiği veya ruhsat süreci başlatılmadığı halde yapılaşmanın tamamlandığı daha da ayrık bir durum olarak planda yapılaşma izni bulunmayan alanlarda kaçak yapılaşmaları, genel bir imar sorunu olarak sıklıkla görmek mümkündür.

Belirtilen durumlarda, kaçak yapıları tespit etmek adına dönemsel imar aflarının imar hukuku literatürüne dahil edildiği ülkemizde çalışma konumuzu oluşturan yapı kayıt belgesi ile sözü edilen izinsiz yapılaşmanın bir sonucu olarak sisteme dahil olan ve çözümlenmeyi bekleyen yeni konu başlıklarının hukuksal ihtilaflar olarak yargısal incelemeye konu edildiğini görmekteyiz.

Bu konuların değerlendirilebilmesi için öncelikle yapı kavramının üzerinde durulması gerekmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

I- YAPI KAVRAMI TANIMI VE UYGULAMADA YAPININ TANIMLAMA GÜÇLÜKLERİNE GENEL BAKIŞ

Sözü edilen Yasa hükmü ile imar hukuku literatürüne dahil olan Yapı Kayıt Belgesinin, yargı kararları ışığında değerlendirmesinin yapılabilmesi için 3194 sayılı İmar Kanunu ve Yönetmeliğindeki “yapı” tanımının, sağlıklı ve dengeli bir çevrede konut ihtiyacının bir plan çerçevesinde karşılanabilmesi; öncelikle yapılacak yapıların plana uygunluğunun denetlenmesinde en etkin araçlarından biri olduğunda kuşku bulunmayan “ ruhsat ” başlığı altında incelemesi yapılarak hangi tür imalatların ruhsat gerektirdiğinin, ruhsata tabi iken ruhsat alınmadan inşa edilen yapılar için düzenlenen yapı kayıt belgesinin, kaçak yapı üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi uygun olacaktır.

A. Arazi Kullanımında Plan Öngörüsünün Önemi: (Ruhsatlandırma Neden Gereklidir)

Yasa koyucu ülke genelinde düzenli yerleşme ve yapılaşmayı gerçekleştirmek için imar planlarının yapılmasını öngördüğü gibi herhangi bir sahanın plan esaslarına, bölge şartlarına ve Yönetmelik hükümlerine aykırı kullanılmasını Kanunun 3. madde hükmü ile engellemiştir.

Anılan madde, bir alanın ancak ölçek farkı gözetmeksizin her ölçekteki planda gösterilen maksatlar için kullanılabileceğini kurala bağlamak suretiyle yetkili mercilere bu konuda karşılaşılabilecek ihlal durumlarına mani olma yetkisi de vermektedir.

Başka bir çalışmanın konu başlığı altında değerlendirilmesi gereken ancak çalışmamızın “giriş” bölümünde planlı kentleşmenin temini bakımından genel bir sorun niteliğinde bulunan “**kaçak yapı**” tanımlamasının anlaşılabilir olmasını güçlendirmek için genel hatları ile aktarılan ve akademik yayınlarda ifade edilen çeşitli sebepler, uygulamada sıklıkla bu durumun aksine kaçak yapılaşmanın devam ettiğini göstermektedir. Düzenli yapılaşma ve sağlıklı çevre öngörüsünün önünde engel bulunan kaçak yapıların kayıt altına alınabilmesi için “yapı kayıt belgesi” gibi benzer isimler altında gündeme gelen yasal düzenlemelerin doğurduğu-doğuracağı sonuçların ise mevcut kent dokusu öngörüsünden bağımsız değerlendirilmesi mümkün bulunmadığından sağlıklı çevre, doğal-kültürel miras üzerinde yarattığı etki, önem kazanmaktadır.

Nitekim, 3194 sayılı İmar Kanununun “İstisnalar” başlıklı 4. maddesinde; – 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, bu Kanunun ilgili maddelerine uyulmak kaydı ile 2960 sayılı İstanbul Boğaziçi Kanunu ve 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun ile diğer özel kanunlar ile belirlenen veya belirlenecek olan yerlerde, bu Kanunun özel kanunlara aykırı olmayan hükümleri uygulanır,-

düzenlemesine yer verilmek suretiyle öncelikle bu Kanunların, imarla ilgili özel hükümlerinin, daha sonra İmar Kanununun genel nitelikteki hükümlerinin uygulanması gerekliliğini, prensip olarak belirlemiştir.

Planlı ve sağlıklı yapılaşmayı gerçekleştirmek amacıyla düzenlenen ve bu maksatla genel prensipleri belirleyerek yapılaşmayı bu prensip ve esaslara bağlayan İmar Kanununa rağmen ne yazık ki ülkemizde çarpık kentleşme, çeşitli sebeplerle devam etmiştir.²⁸

Düzensiz kentleşme ve mesken ihtiyaçlarını karşılamada yeterli çalışmanın, zamanında ve planlı bir şekilde sürdürülememesi gibi nedenlerle İmar Kanunu ile amaçlanan sağlıklı bir çevre oluşturmada yetersiz kaldığı gözlemlenmekle birlikte bu durumun oluşmasında dönemsel çıkartılan imar aflarının da katkıda bulunduğu tartışmalıdır.²⁹

Bu kapsamda 7143 sayılı Kanunun 16. maddesi ile kayıt dışı izinsiz-ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapıların kayıt altına alınmak istenilmesini, ruhsatlı yapılaşma öngören Kanun sistematiğine uygun bir yaklaşım olarak görmek mümkün olmamakla birlikte ülkemizde yaşanabilecek olası bir deprem öncesi mevcut izinsiz - ruhsata aykırı yapıların sayısal verilerinin tespitinin faydalı olacağı muhakkak olduğu gibi kentsel dönüşüm çalışmalarında da bu verilerin önemini yadsımak mümkün değildir.

Ancak dönemsel sisteme dahil edilen ve kaçak yapılara ara statü kazandırarak hukuki güvenceye bağlayan imar aflarının düzenli yapılaşmanın sağlanabilmesini güçleştirdiği, hatta çarpık kentleşmenin Yasal hale gelmesini sağladığını belirtmek yanlış olmayacaktır.

Yapı Kayıt Belgesi ile birlikte kazanılan ara statü ile elde edilen haklar da yapının ekonomik ömrünü tamamlamasına kadar geçerliliğini koruyacaktır.

A-1. 3194 sayılı İmar Kanunu'nda Yapı Tanımı, İmar Düzenini Sağlamada Yapı Kayıt Belgesi:

Sözü edilen kayıt altına alma işlemine konu " yapı ", 3194 sayılı İmar Kanununun 5. maddesinde " karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik (hareketli) tesisler" olarak tanımlanmış ve 20 .maddesinde Yapının; a) Kuruluş veya kişilerce kendilerine ait tapusu bulunan arazi, arsa veya parsellerde, b) Kuruluş veya kişilerce, kendisine ait tapusu bulunmamakla beraber kamu kurum ve kuruluşlarının vermiş oldukları tahsis veya irtifak hakkı tesis belgeleri ile imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabileceği kurala bağlanmıştır.

²⁸ İSBİR, Eyüp G., Şehirleşme ve Meseleleri Çevre Mesken Yönetim, Ankara: Gazi Büro Yayınları, 2. Baskı 1991.

²⁹ GİRİTLİOĞLU P. Pınar-ÖZDEN Kardelen, "Kentsel Adalet Ekseninde İmar Afları: "İmar Barışı" Üzerine Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Necla Giritoğlu 'na Armağan, On İki Levha Yayıncılık Nisan 2020, ss. 255-283.

Düzenli yapılaşmanın ilk adımı, meri planda yer alan esaslar dahilinde yetkili idare tarafından düzenlenecek yapı ruhsatıdır.³⁰

Yapı kayıt belgesinin ruhsat niteliğine sahip olup olmadığı ilerleyen bö-
lümelerde tartışılacak konu başlığı olmakla birlikte izinsiz ya da onaylı proje-
sine aykırı inşa edilen yapıları kayıt altına almak suretiyle imar düzenini
sağlamak şeklinde tanımlanan yapı kayıt belgesinin, bir anlamda yapıları
kentsel dönüşüm uygulamasına kadar sahiplerince kullanılmasına imkan
verdiği gibi yapı ve iskan ruhsatı bulunan yapılar bakımından mümkün bulu-
nan kat mülkiyetine geçişi sağladığı ve iş yeri açma ve çalıştırma ruhsatı dü-
zenlenmesine imkan verdiği dikkate alındığında belgenin yapı ruhsatı ile
aynı hukuki sonuçlar doğurduğu kabul edilmelidir.

Bu başlık altında "Ruhsatlandırma neden gereklidir?" sorusuna verile-
cek cevap bizi;

Ruhsatsız veya ruhsata aykırı inşa edilen yapıların, sağlıklı ve düzenli
kentleşme ve beraberinde yaşam alanları oluşturulabilmesine engel niteliği
nedeniyle yapının inşa edildiği tarihte yürürlükte bulunan plana ve plan hü-
kümleri ile belirlenen yapılaşma şartlarına uygun inşa edilmesinin ön şartı
niteliğinde olduğu sonucuna ulaştırmaktadır.

A-2. Ruhsatlandırma Neden Gereklidir:

Kanunun 21. maddesi, Kanun kapsamına giren bütün yapılar için 26'ncı
maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden (veya yeminli
serbest mimarlık ve mühendislik bürolarından" ibaresi; Anayasa Mahkemesi-
nin 11/12/1986 tarih ve E. 1985/11, K. 1986/29 sayılı kararı ile iptal edilmiş-
tir.) yapı ruhsatı alınmasını ön şart olarak benimsemiş bulunmaktadır.

Sözü edilen Kanun maddesi, yapı tanımı içerisinde kalan tüm faaliyetle-
ri, ruhsata tabi olduğu ana kuralını benimsemiş iken yine aynı Kanun madde-
sinin devamında " derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, dö-
şeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı
ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine
göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı
unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamirat " olarak sayılmak suretiyle
istisnalar belirlenmiştir.

Danıştay ve İstinaf İdari Dava Dairesi kararları ile içtihat haline gelen
yapı ruhsat işlemlerini, yapının inşa öncesi sağlanması gereken ön şart oldu-
ğunu belirtmek Kanun madde metni kapsamında yanlış olmayacaktır.

Bu durumdan ayrıksı değerlendirilebilecek diğer bir ifadeyle ruhsat iş-
lemlerine tabi olmadığı değerlendirilmesi yapılabilecek faaliyetleri ise yine

³⁰ ÖZLÜER Ilgın Özkaya, "İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Yaklaşım." İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi, Malatya: 9(2), 2018, ss.313-340.

aynı Kanun ve uygulama Yönetmeliği çerçevesinde aşağıda belirtilen konu başlıkları altında toplamak mümkündür.

A-3. Ruhsata Tabi Bulunmayan İmalatlar Nelerdir:

İmar Kanunu kapsamında yapı tanımında değerlendirilen imalatların inşaat ruhsatı alınmak suretiyle yapılması ana kural olmakla birlikte, ruhsat gerektirmeden yapılabilecek ilave ve imalatları, Yasa ve Yönetmelik hükümleri ile yerleşik yargı kararları ışığında aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür.

- 1- Taşıyıcı sistemi etkilemeyen inşaat türü ilavelerin ve tamir ve tadilatların ruhsat gerektirmediği,
- 2- Yapı yaklaşma mesafesinde yapılan diğer bir ifadeyle çekme mesafesi ihlali bulunmayan, ana yapıya bitişik ve cephe değişikliğine sebep olmayan üç tarafı açık sundurma ve pergola tanımı içerisinde kalan imalatlar,
- 3- Gömme balkon, (emsal artırımına sebep olmayan) balkonlarda yapılan açılır kapanır katlanır cam panel uygulamaları, korkuluk
- 4- Yeni mahal kazandırmayan, emsal arttırmayan ve ıslak zemin değişikliği bulunmayan, kullanım amacı değişiklikleri,
- 5- 3194 sayılı İmar Kanunu 26. maddede belirtilen kamu tesisleri, (avan projeye göre ruhsatlandırılıyor)
- 6- Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 61. maddesinde düzenlendiği görülen Muvakkat Yapılar,
- 7- Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 63. maddesinde düzenlendiği görülen Şantiye Binaları,

Sözü edilen ayrık durumlar maddeler halinde değerlendirilecek olursa;

B. Ayrık Durum Vakaları

01/10/2017 tarihinde yürürlüğe giren planlı alanlar imar yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 4. maddesinin (i) alt bendinde belirlenen basit tamir ve tadil ile yine aynı yönetmelikte tanımlanan " pergola " sundurma niteliğinde bulunan imalatları bu kapsamda değerlendirmemiz ve esas olarak yeni bir mahal kazandırıp kazandırmadığı yönü ile tartışmamız gerekmektedir.

B-1. Sundurma

3194 sayılı İmar Kanunu'nda sundurmaya yönelik açık bir tanım yapılmamış ise de, sözü edilen Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin yapı düzenine ait tanımlara ilişkin 4. maddesinde; "yağmurdan, güneşten ve rüzgardan korunmak için yapı yaklaşma mesafesini ihlal etmemek kaydıyla binaya bitişik

olarak hafif malzemeden yapılan bölme duvarları olmayan üç tarafı açık ör-tüler olarak tanımlanmış" olduğunu görmekteyiz.

B-2. Basit Tamir ve Tadiller

"Yapılarda esaslı tadilat kapsamında olmayan, taşıyıcı sistemi, bağımsız bölümün dış cephesini, ıslak hacimlerin yerini ve sayısını değiştirmeyen; derz, iç ve dış sıva boya, badana, oluk dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile bahçe duvarı, duvar kaplamaları, baca, saçak, çatı onarımı ve kiremit aktarılması gibi her türlü tadil işlemleri olarak tanımlanmış olup aynı Yönetmeliğin 59. maddesinde 3194 sayılı İmar Kanununun 21. maddesi ile uyumlu olarak basit tamir ve tadiller yapı ruhsatı gerektirmeyen imalat olarak belirlenmiş, önceki yönetmelikten farklı olarak balkonlarda yapılan cam panel uygulamaları, korkuluk, bahçe duvarı ruhsat gerektirmeyen imalat olarak değerlendirmeye alınmış ve pergola ve benzerlerinin yapımının ruhsata tabi olmadığı düzenlenmiştir.

Pergola ve benzerlerinin yapımının ruhsata tabi olmadığı düzenlemesi Yönetmelikte açıkça ifade edilmiş olmakla birlikte "benzerleri" ifadesinin ruhsat gerektirmeyen "basit tadiller" kapsamında incelemeye alınması gerekeceği muhakkaktır.

Sözü edilen nitelikteki imalatların ruhsata tabi olmadığı kabul edilebilmesi için; Genel olarak İmar Kanunu'nda düzenlenen yapı tanımı kapsamında inşa edilmemiş olması dolayısıyla kapalı alan oluşturmayacak şekilde, güneş ve yağmurdan korunma amacına yönelik olarak ve taşıyıcı unsuru etkilemeyecek, çekme mesafelerine tecavüz etmeyecek şekilde, hafif yapı malzemeleri ile yapılmış olması gerektiği yerleşik yargı kararları ile içtihat haline gelmiş bulunmaktadır.

Bunlarla birlikte;

Ana yapının ruhsatsız bulunması halinde eklenti olarak değerlendirilen kısım için "sundurma" değerlendirmesi yapılmasının, yapının tümü hakkında 3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesi kapsamında karar alınmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmek uygun olacaktır.

II- 3194 SAYILI İMAR KANUNU VE YÖNETMELİĞİ KAPSAMINDA RUHSAT ALINMADAN YAPILABİLECEK DİĞER UNSURLAR

Sözü edilen Yönetmeliğin ruhsat alınmaksızın ruhsatlı yapıda yapılabilecek değişiklikler kapsamında değerlendirdiği bir diğer husus olan Balkonların açılır kapanır cam panel uygulaması ile inşaat emsaline dahil olan " Gömme balkon " olarak değerlendirdiğimiz ilave eklentilerinde toplam inşaat emsaline dahil olması ve çekme mesafesi ihlalleri bulunmaması nedenleriyle ruhsat gerektirmediği, İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 24/12/2019 gün ve E:2017/2980, K:2019/3864 sayılı, 24/09/2019 gün ve E:2018/2826, K:2019/ 2579 sayılı kararlarında vurgulanmıştır.

A. Konu İle İlgili Emsal Kararlar

a.a. İstanbul Bölge İdari Mahkemesi Beşinci İdare Dava Dairesinin 21/12/2016 tarih ve 2016/240 esas 2016/723 karar sayılı; gömme balkon olması nedeniyle kapatma halinde yeni alan kazanımı olmadığı dolayısıyla yapı tanımında değerlendirilmeyeceği ve ruhsat gerektirmediği gerekçesiyle verilen iptal kararı,

b.b. İstanbul Bölge İdari Mahkemesi Beşinci İdare Dava Dairesinin 27/12/2017 tarih ve E: 2017/2826, K: 2017/2099 karar sayılı kararında da; "uyuşmazlığa konu balkonun emsale esas toplam inşaat alanına dahil olması nedeniyle kapatılması suretiyle yeni ve fazladan bir alan kazanılmaması ve çekme mesafesinin ihlal edilmemesi nedeniyle yapı tanımında değerlendirmeyerek ruhsat gerektirmediği gerekçesiyle ilgili belediye yıkım kararının hukuka aykırı olduğu ve derece mahkemesi iptal kararı sonucu itibarıyla yerinde görülmüştür.

Bir diğer ruhsat gerektirmeden yapılabilecek imalatlar ayrıntılarıyla ve-rilecek olursa;

Yönetmeliğin basit tamir ve tadilat tanımı çerçevesinde "yeni bir mahal kazanıldığı ve ıslak zemin - tesisat değişikliği" yapıldığı yönünde tespit bulunmayan " kullanım amacı " değişiklikleri de 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında " yapı " tanımı kapsamında değerlendirilmemektedir.

c.c. İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 21/12/2016 tarih ve 2016/711 esas 2016/713 karar sayılı kararı "... Ruhsat ve projesinde gösterilen amaca göre inşa edilen bir yapının tamamlandıktan sonra, yapıda herhangi bir ilave, tesisat, imalat veya değişiklik yapılmaksızın kullanım amacı dışında başka bir amaçla kullanılmasının 3194 sayılı Kanun'un 42.maddesi uyarınca imar para cezası verilmesini gerektirmeyeceği, ... bağımsız bölümle ilgili olarak projesinde dükkan olarak görünen alanın daireye çevrildiği yönündeki tespit dışında, anılan bağımsız bölümde 3194 sayılı Kanuna aykırı bir imalat olup olmadığı, yapıda ruhsat gerektiren ne tür değişikliklerin ve varsa ilave imalatların yapıldığı konusunda bir tespite yer verilmediği, ... usulüne uygun düzenlenmeyen tutanak esas alınmak suretiyle eksik tespite dayalı olarak verilen para cezasında hukuka uyarlık bulunmadığından dava konusu encümen kararının iptaline" karar verilmiştir.

B. 3194 Sayılı İmar Kanunu 26. Maddesi

(İnşaat Ruhsatı Alınmadan Yapılabilecek Bir Diğer Yapı Grubu; Kamu Tesislerine Ait Yapılar)

Anılan madde de; " *Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılacak veya yaptırılacak yapılara, imar planlarında o maksada tahsis edilmiş olmak, plan ve mevzuata aykırı olmamak üzere mimari, statik, tesisat ve her türlü fenni mesu-*

liyeti bu kamu kurum ve kuruluşlarınca üstlenilmesi ve mülkiyetin belgelenmesi kaydıyla avan projeye göre ruhsat verilir." düzenlemesini içermektedir.

Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğinin 56. maddesinin 2, 3, 4. fıkraları; yasa maddesi ile örtüşecek nitelikte bir içerik taşımakta olup, ilgili kuralda;

"Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılacak veya yaptırılacak yapılar; uygulama imar planlarında o maksada tahsis edilmiş ve mülkiyeti belgelenmiş olmak kaydıyla ilgili idarelerden avan projelere göre yapı ruhsatı alınarak inşa edilir. Bu yapılarda plan ve mevzuata aykırı olmamak üzere, mimari, statik, tesisat projelerinin hazırlanmasına ve onaylanmasına, inşaatın yapımına ve denetimine ilişkin her türlü fenni mesuliyet kamu kurum ve kuruluşlarının mimar ve mühendislerince üstlenilir. Bu yapılarda kat mülkiyeti tesis edilebilmesi için mimari uygulama projelerinin ilgili idarelerce onaylanması zorunludur." hükmü çerçevesinde; İmar Kanununun 26. maddesi ve Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğinin 56. maddesinin 2, 3, 4. fıkrasındaki hükümler uyarınca avan projesinin olup olmadığı ve avan projesi varsa söz konusu projeye göre ruhsata bağlanıp bağlanamayacağı ve 3194 sayılı Kanunun 44. maddesi ile Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 56. maddesi kapsamında inceleme yapılması gerektiğini vurgulamak uygun olacaktır.

C. Yönetmeliğin 61. Maddesinde Düzenlenen Muvakkat Yapılarda;

a.a. Umumi hizmet alanında kalan ancak 5 yıllık imar programına alınmayan yerlerde ve yine henüz 18. madde uygulaması gerçekleşmeyen alanlarda muvakkat yapı yapılması imkânı bulunmaktadır.

b.b. Henüz imar parseli niteliği bulunmayan taşınmalarda muvakkat yapı izninin, ilgili idare encümeni kararı ile verilmesi gerekliliğinin yine maddenin 4. bendinde düzenlendiği görülmektedir.

c.c. Bu kapsamda, umumi hizmet alanlarında kalmakla birlikte muvakkat izin ile yapılan yapılar ile henüz imar parseli haline gelmeyen alanlarda yine muvakkat izin ile yapılan yapıların kamulaştırılmadan yıktırılmasının mümkün bulunmadığı aynı maddenin 11. alt bendinin düzenleniş şekline göre değerlendirilmektedir.

D. Yönetmeliğin 63. Maddesinde Düzenlenen Şantiye Binalarında;

Ana yapının tamamlanması süreci sonunda kaldırılmak şartıyla yapılan şantiye binaları için de yapı ruhsatı aranmadığı görülmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I. 7143 SAYILI KANUN 16. MADDE KURALI- Yapı Tanımı Üzerinde Doğurduğu Sonuçlar Ve Madde Tahlili

Yapı kavramı ile ilgili bu genel giriş sonrasında kaçak ve izinsiz yapıları kayıt altına almak amacı ile sisteme dahil edilen İmar Kanunu Geçici 16. maddenin tahliline geçilmesi uygun olacaktır.

18.05.2018 tarih ve 30425 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren 7143 sayılı "Vergi ve Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"un 16. maddesi ile 3194 sayılı İmar Kanununa eklenen Geçici 16. Madde hükmünde özetle;" ... *Başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedileceği, yapının bulunduğu arsanın 29/7/1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa göre belirlenen emlak vergi değeri ile yapının Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca belirlenen yaklaşık maliyet bedelinin toplamı üzerinden konutlarda yüzde üç, ticari kullanımlarda yüzde beş oranında alınacak kayıt bedeli başvuru sahibi tarafından genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilmek üzere merkez muhasebe birimi hesabına yatırılacağı, 6306 sayılı Kanun kapsamında kullanılmak üzere kaydedilen gelirler karşılığı Bakanlık bütçesine ödenek eklenmesine Maliye Bakanının yetkili olduğu, bu ödeneğin, dönüşüm projeleri özel hesabına aktarılarak kullanılacağı, kayıt bedeline ilişkin oranı iki katına kadar artırmaya, yarısına kadar azaltmaya, yapının niteliğine ve bölgelere göre kademelendirmeye, ayrıca başvuru ve ödeme süresini bir yıla kadar uzatmaya Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu, Yapı Kayıt Belgesi, yapının kullanım amacına yönelik olup Yapı Kayıt Belgesi alan yapılara, talep halinde ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabileceği, Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarla ilgili bu Kanun (İptal ibare: Anayasa Mahkemesinin 24/9/2020 tarihli ve E.:2019/21; K.:2020/51 sayılı Kararı ile) (...) uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezalarının iptal edileceği,*

Yapı ruhsatı alıp da yapı kullanma izin belgesi almamış veya yapı ruhsatı bulunmayan yapılarda, Yapı Kayıt Belgesi ile maliklerin tamamının muvafakatinin bulunması ve imar planlarında umumi hizmet alanlarına denk gelen alanların terk edilmesi halinde yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebileceği, bu halde ikinci fıkrada belirtilen bedelin iki katı ödeme yapılacağı..., Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların, Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, taşınmaz tahsisi sağlanarak Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine taşınmazların rayiç bedel üzerinden Bakanlıkça doğrudan satılacağı, elde edilen gelirlerin bu maddenin ikinci fıkrasına göre genel bütçe-

ye gelir kaydedileceği, bu gelirler hakkında 29/6/2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin beşinci fıkrası hükmünün uygulanmayacağı,

Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların belediyelere ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine bedeli ilgili belediyesine ödenmek kaydıyla taşınmazların rayiç bedel üzerinden belediyelerce doğrudan satılacağı, üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlarda bulunan yapılar ile Hazineye ait sosyal donatı için tahsisli araziler üzerinde bulunan yapıların bu madde hükümlerinden yararlandırılmayacağı,

Yapı Kayıt Belgesinin, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli olduğu, yapıların yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümlerine tabi olacağı, depreme dayanıklılık hususunda malik sorumluluğunun devam ettiği, Bu madde hükümlerinin, 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alan ile İstanbul tarihi yarımada içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda ve ayrıca 19/6/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirlenmiş Tarihi Alanda uygulanmayacağı,... hükmü yer almıştır.³¹

³¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Mevzuat Bilgi Sisteminde yapılan incelemede, madenin ilk kabul edildiği "Taslak Gerekçesi; "Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız, ruhsat ve eklerine aykırı veya imar mevzuatına aykırı yapıların kayıt altına alınması ile dönüşüm projelerine finans sağlanarak dönüşümün daha hızlı ve etkin yapılması amacıyla; - 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapıların, yapı sahiplerinin müracaatları üzerine ve beyanına göre hazırlanacak Yapı Kayıt Sistemine işlenmesi, - 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapıların, yapı sahiplerinin müracaatları üzerine ve beyanına göre hazırlanacak Yapı Kayıt Sistemine işlenmesi, - Bu yapılara su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilmesi, yargı ve belediyelerdeki iş yükünün azaltılabilmesi için alınmış yıkım kararlarından ve tahsil edilmeyen para cezalarından vazgeçilmesi, - Maliklerin yarısının muvafakatinin bulunması halinde yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilmesi, - Yapı Kayıt Belgesinden elde edilecek gelir, genel bütçeye gelir kaydedilecektir. Bu gelirler, şehirlerin yeniden inşaa ve imarında kullanılması" şeklindedir. Daha sonra madde metninde iki kez değişikliğe gidilerek yukarıda yer verildiği üzere son şeklini almıştır. Bu değişikliklerin ilkinin gerekçesi: "3194 sayılı İmar Kanununa eklenmesi öngörülen geçici 16 ncı maddesinin ikinci fıkrasının, yapı sahiplerinden yüzde üç olarak alınacak kayıt bedelinin hangi bedeller dikkate alınmak suretiyle belirleneceğine ilişkin tereddütlerin giderilmesini teminen değiştirilmesi, - Eşit hissedarların bulunduğu ihtilafli taşınmazlarda yaşanabilecek olumsuzlukların önüne geçilebilmesi amacıyla 'maliklerin yarısının muvafakatinin aranması' yerine gerek Kat Mülkiyeti Kanununda gerekse imar mevzuatında yer alan 'maliklerin sayı ve arsa payı çoğunluğunun' dikkate alınmasını teminen beşinci fıkranın değiştirilmesi,

İmar hukukunun temel düzenlemesi niteliğinde bulunan 3194 sayılı İmar Kanunu'nun ruhsata tabi iş niteliğinde değerlendirdiği yapı ve benzeri imalatların ruhsat alınmaksızın inşası nedeniyle oluşan kontrolsüz ve plansız gelişmenin kayıt altına alınması ve olası afet risklerinde dönüşümün daha hızlı ve etkin yapılması amacıyla yürürlüğe giren "yapı kayıt belgesi" ile bu yapıların ruhsatlı yapı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir.

Bu durum, belgenin hukuki niteliğinin ortaya konulmasını gerektirdiği gibi özel kanunlar ile koruma altında bulunan alanlardaki yapılar ile bizatihi eski eser niteliği nedeniyle tescilli yapılar için düzenlenmiş olması durumlarının ayrı başlık altında incelenmesi uygun olacaktır.

Öte yandan, aynı yasa hükmünde "yapı kayıt belgesi" verilen yapılar hakkında alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezalarının iptal edileceği yolunda amir hüküm bulunmaktadır.

Bu başlık altında ruhsatsız ya da ruhsata aykırı inşa edilen yapılar bakımından İmar Kanunu'nun 32. ve 42. maddeleri uyarınca işlem tesis edilen yapılar için beyana dayalı yapı kayıt belgesi düzenlenmiş olması durumu ile halihazırda yapı kayıt belgesi düzenlenmiş yapılar bakımından aynı Kanun hükümleri gereği, yetkili idarece işlem tesis edilmiş olması durumlarının, yargı kararları ışığında incelemek gerekirse;

-
- Kentsel dönüşüm yapılması halinde Yapı Kayıt Belgesi aranacağını öngören hükmün, Yapı Kayıt Belgesi olmayan yapıların kentsel dönüşüme dâhil edilmeyeceği anlamına gelebileceğinden yaşanması muhtemel olumsuzlukların önüne geçilebilmesini teminen yedinci fıkrasının madde metninden çıkarılması,
 - İstanbul Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi ile İstanbul Tarihi Yarımada'nın kültürel ve tarihi değerlerini ve doğal güzelliklerini kamu yararı gözetilerek korumak ve geliştirmek ve bu alandaki nüfus yoğunluğunu artıracak yapılanmayı sınırlandıran bir hükmün maddeye yeni dokuzuncu fıkraya olarak eklenmesi," şeklinde TBMM'nin sitesinde yer aldığı, Kanun teklifinin Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmeleri sırasında teklif metnine bu madde hükümlerinin, 2960 sayılı Kanun'da tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alan ile İstanbul tarihî yarımada içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda ve ayrıca 19/6/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirlenmiş Tarihi Alanda uygulanmaya-çağın ilişkin hüküm eklenmiştir. Söz konusu hükmün gerekçesi Komisyon raporunda, "İstanbul Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi ile İstanbul Tarihi Yarımada'nın kültürel ve tarihi değerlerini ve doğal güzelliklerini kamu yararı gözetilerek korumak ve geliştirmek ve bu alandaki nüfus yoğunluğunu artıracak yapılanmayı sınırlandıran bu hükmün maddeye yeni fıkraya olarak eklenmesi,..." şeklinde ifade edildiği, maddenin 4. fıkrasına 27/12/2018 tarihli ve 7159 sayılı Kanunun 4. maddesi ile bu fıkrada yer alan "...bu Kanun..." ibaresinden sonra gelmek üzere "ve 2960 sayılı Kanun" ibaresi eklenerek metne işlenmesine ilişkin ikinci ve son değişikliğin gerekçesinin de "2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nda tanımlanan Boğaziçi öngörünüm bölgesi içerisinde belirlenen alanlarda yer alan taşınmaz maliklerinin de yapı kayıt belgesinden faydalanmasının sağlanması(nın)" olduğu belirtilmektedir. Anılan ifade (İptal ibare: Anayasa Mahkemesinin 24/9/2020 tarihli ve E.:2019/21; K.:2020/51 sayılı Kararı ile) iptal edilmiştir.

I-A. İmar Kanununun 32. ve 42. Maddeleri Uyarınca İşlem Tesis Edilmiş Ve Yargısal İncelemesi Devam Etmekte Olan Davalarda “Yapı Kayıt Belgesi” nin Yargı Kararına Etkisi;

Kayıt dışı yapıların tespiti ile sözü edilen yapıları, sisteme dahil etmek amacıyla düzenlendiği gerekçe metninde belirtilen 3194 sayılı Kanun'un Geçici 16.maddesinin 4.fıkrası ve Yapı Kayıt Belgesi verilmesine ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'in 6.maddesinde yer alan "yapı kayıt belgesi ilgili belediyesine verildikten sonra 3194 sayılı Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilmeyen idari para cezalarının iptal edileceği" yönündeki düzenleme, ihtilaf konusu işlemi tesis eden idarelere, yeni gelişen duruma göre işlem tesis etme yükümlülüğü getirdiğinden, yargısal incelemesi devam eden davalarda yargı yeri tarafından verilecek karara etkisi bulunmamaktadır.

Zira, 3194 sayılı İmar Kanunu'na 7143 sayılı Kanun ile eklenen Geçici 16. Madde, yargısal incelemesi devam eden davalar yönü ile bir düzenleme içermemekte, idarelere yapı kayıt belgesi düzenlenen yapılar yönü ile işlem tesis yükümlülüğü getirmekte olup idare tarafından her zaman mevcut duruma uygun yeni bir işlem tesisi mümkündür.³²

I-B. Yapı Kayıt Belgesi Düzenlenen Yapılar İle İlgili Tesis Edilen Yıkım ve İdari Para Cezalarının, İdare Tarafından İptal Edilmesi Durumunun, Yargısal İncelemesi Devam Eden Davalara Etkisi;

3194 sayılı İmar Kanununun 32. ve 42. maddeleri kapsamında işlem tesis edilmiş bulunan ruhsatsız – ruhsata aykırı yapılar bakımından yapı kayıt belgesi düzenlenmesi sonrası ilgili idare tarafından yapı ile ilgili tesis edilen yaptırım kararlarının kaldırılması- iptal edilmesi durumları, sözü edilen yaptırım işlemlerine karşı açılan davaları konusuz bırakacağı tartışmasızdır.

Yine bu konuda tartışmasız bulunan bir diğer husus ise yargısal inceleme konu edilen idari işlemlerin, 3194 sayılı İmar Kanununun ilgili maddeleri kapsamında hukuki değerlendirmeleri yapılmadığı diğer bir ifadeyle yargısal incelemenin devamı sırasında yürürlüğe giren Yasa hükmü gereği ilgili idare tarafından yaptırımların kaldırılması durumu dikkate alınarak davadaki haklılık durumu incelenmediğinden “yargılama giderlerinin” taraflar üzerinde bırakılacağı, yargı kararlarında tartışmasız kabul gören görüş niteliğindedir.

Yukarıda madde metnine yer verilen Yasa hükmünün yürürlüğe girdiği 18/05/2018 tarihi itibarıyla yargısal incelemesi devam etmekte olan davalar ile 3194 sayılı İmar Kanunu 32. maddesi gereği tesis edilen ve yargısal inceleme konusu edilen işlemler sonrası, yapının kayıt altına alınmasını sağlayan

³² İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 13/04/2021 tarih ve E:2019/2174, K:2021/938 sayılı kararı ile 17/12/2020 tarih ve E:2019/541, K:2020/2283 sayılı kararları, İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 17/06/2020 tarih ve E:2020/520, K:2020/925 sayılı kararı, İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 26/09/2019 tarih ve E:2017/3363, K:2019/2700 sayılı kararı

belge düzenlenmiş ancak ilgili idare tarafından, yapı kayıt belgesine konu yapı ile ilgili işlemin geri alınması şeklinde yeni bir tasarrufa konu edilmemiş olması durumlarında ise yargı yeri tarafından hukuksal ihtilafın, anılan Yasa hükmü çerçevesinde çözümlenmesinin mümkün bulunmadığı ve İdare Mahkemesince encümen kararının yıkıma ilişkin kısmı yönünden işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolunda hüküm kurulmasında hukuki isabet bulunmadığı yönünde İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 21/04/2021 tarih ve E:2021/ 850, K:2021/1094 sayılı kararında açıklandığı üzere idare tarafından işlemin “kaldırılması – geri alınması” şeklinde - yeni bir tasarruf – yeni bir işlem- tesis edilmediği sürece yargısal incelemenin devam etmesi gerektiği yönündedir.

Bu noktada şu hususun altının çizilmesinde fayda bulunmaktadır ki yapı kayıt belgesi düzenlenmek suretiyle kayıt altına alınması sağlanan yapı ile ilgili belge öncesi kaçak yapı niteliği nedeniyle tesis edilen işlemlerin geri alınması yönüyle ilgili idareye yapılan başvuru üzerine konunun, 3194 sayılı İmar Kanununun 32. ve 42. Maddeleri kapsamında işlem tesis etmeye yetkili bulunan icra organı tarafından değerlendirilmesi gerektiği İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin; 21/01/2020 tarih E:2020/41, K:2020/90 sayılı kesin olarak verdiği kararda ve yine 09/06/2020 tarih ve E:2019/2213, K:2020/776 sayılı temyize açık olarak verdiği kararlarında vurgulanmıştır.

I-C. 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 4. maddesi Kapsamında Kalan İstisnai Alanlar Bakımından Yapı Kayıt Belgesinin Sağladığı Hukuki Korunma ve Görülmekte Olan Davalara Etkisi;

Yapı sahibinin beyanına dayalı düzenlenen yapı kayıt belgesi ile kayıt altına alınan yapıların, belgenin düzenlenmesine temel oluşturan Yasanın Geçici 16.maddesi ile belirlenen şartları taşımadığının ilgili idare tarafından tespiti halinde anılan Kanuna dayanılarak hazırlanan Tebliğin 8.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yine yetkili idare tarafından iptal edilmesi ve bu belgenin sağladığı hakların geri alınması mümkün olduğu gibi yargısal incelemesi devam eden davalarda da Yasanın 4. maddesinde belirlenen istisna kapsamında bulunan alanlardaki yapılar ile 31/12/2017 tarihinden sonra yapıldığı yetkili idarece somut olarak kanıtlanan yapıların, yapı kayıt belgesi ile sağlanan haklardan yararlanamayacağı açıktır.³³

Bu çerçevede incelenmesi gereken bir diğer husus;

Yukarıda alıntısı yapılan Yasa hükmü gereği ilgilinin beyanı üzerine kayıt altına alındığı tespit edilen yapılar bakımından bu tarihten sonra 3194 sayılı İmar Kanunu 'nun 32. maddesi kapsamında işlem tesisinin mümkün olup olmadığıdır.

³³ İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin; 29/06/2021 tarih E:2021/1756 K:2021/1733 sayılı ve yine 21/01/2020 tarih ve E:2019/2621, K:2020/79 sayılı kararlarında belirtilen husus açıklanmıştır.

II. YAPI KAYIT BELGESİ DÜZENLENEN YAPILAR-

Hukuki Güvence;

3194 sayılı İmar Kanununun " İstisnalar " başlıklı 4. maddesinde belirtilen alanlar ile imar planlarında yapılaşma yönü ile kısıtlılık bulunmayan diğer bir ifadeyle plan hükümlerinde " yerleşme alanı " olarak belirlenen, istisnai alanlarda bulunmamak ve genel arazi kullanım kararlarını belirleyen, yerleşme ve sektörler arasında ilişkiler ile koruma-kullanma dengesini sağlayan 1/50.000 veya 1/100.000 ölçekteki haritalar üzerinde ölçeğine uygun gösterim kullanılarak bölge, havza veya il düzeyinde hazırlanabilen, alt ölçekteki planları arazi kullanımını anlamında yönlendiren, planlama hiyerarşisinde "leke planlar" olarak değerlendirdiğimiz üst ölçekli çevre düzeni planlarında, yerleşim alanı kısıtlılığı bulunmamakla birlikte henüz uygulama imar planı kapsamına alınmamış alanlardaki " ruhsatsız ve ruhsata aykırı yapılar " olmak üzere iki ayrı konu başlığı altında değerlendirmek uygun olacaktır.

II-A. Yerleşim Alanları: (Genel Arazi Kullanım Kararlarını Belirleyen Çevre Düzeni Planlarında Kısıtlılık Bulunmayan Alanlar)

Yukarıda yer verilen mevzuat hükmü uyarınca, "yapı kayıt belgesi"; yapının kullanım amacına yönelik belgeler olup İmar Kanunu ve diğer imar mevzuat hükümlerine aykırı dahi olsa belli şartların varlığı halinde söz konusu yapıların kullanımına izin verilmekte, bu doğrultuda yapılara, elektrik, su, doğalgaz aboneliği bağlanabilmesi imkanı tanınmakta, hatta cins değişikliği ve kat mülkiyeti kurulabilmesini mümkün kılınmaktadır.

Bu itibarla, "yapı kayıt belgesi" verilmiş ruhsatsız ve yapı kullanma izni bulunmayan yapılara, mezkur belge ile "yapı kullanma izni" ile verilmiş yapılara sağlanan haklar tanınmaktadır.

Bu kapsamda, 3194 sayılı İmar Kanununun 4. Maddesi ve yine Geçici 16. Maddenin yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek alanlar olarak belirlediği taşınmaz niteliği bulunmayan 31/12/2017 tarihinden önce yapıldığı ihtilafsız bulunan yapıların "yapı kayıt belgesi" nin düzenlendiği tarih itibariyle imar hukuku açısından izinli yapı statüsünde olduğunun kabulü gerektiğinden sözü edilen belgenin idari veya yargısal bir kararla iptali söz konusu olmadığı sürece izin verilen kısımlara yönelik olarak İmar Kanunu uyarınca "yıkım" ya da "idari para cezası" müeyyidelerinin uygulanmamasının esas olduğu değerlendirilmektedir.³⁴

II-B. İstisnai Alanlar

Yapı sahibinin beyanına dayalı düzenlenen yapı kayıt belgesi ile kayıt altına alınan yapıların, belgenin düzenlenmesine temel oluşturan Yasanın Ge-

³⁴ İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 29/01/2020 tarih E:2020/86, K:2020/147 sayılı kararı, İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 10/12/2019 tarih ve E:2019/2310, K:2019/3603 sayılı kararı.

çici 16.maddesi ile belirlenen şartları taşımadığının ilgili idare tarafından tespiti halinde ise anılan Kanuna dayanılarak hazırlanan Tebliğin 8.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yine yetkili idare tarafından iptal edilmesi ve bu belgenin sağladığı hakların geri alınması mümkün olduğu gibi yargısal incelemesi devam eden davalarda da 3194 sayılı İmar Kanunu'nun "Genel Hükümler" başlıklı birinci bölümünün "İstisnalar" başlıklı 4.maddesi ile aynı Kanuna 7143 sayılı Kanun ile eklenen Geçici 16.madde ile sağlanan haktan yararlandırılmayacağı anlaşılan yapılar için yapı kayıt belgesi ile getirilen muafiyetten söz etmek mümkün değildir.

Bu çerçevede doğal, tarihi ve arkeolojik sit alanları, kültür varlıkları, ormanlar, meralar ve kıyılar gibi özel kanunlarındaki düzenlemeler ile korunan alanlar ile her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılmayacağı yönündeki imar hukukunun genel prensibi uyarınca planda, yapılaşma imkanı bulunmayan sosyal donatı alanlarındaki yapılar için düzenlenen yapı kayıt belgeleri ile kayıt altına alınan yapıların, Kanun ile sağlanan muafiyetten yararlanma imkanı bulunmadığı gibi sözü edilen yapıların bulunduğu taşınmazlar bakımından mülkiyet hakkına konu edilebilmeleri de mümkün bulunmamaktadır.

Bu konu, İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin bir çok kararında vurgulanmış olup "imar planında sosyal donatı fonksiyonunda kalan bu kapsamda spor ve sosyal tesis yapılmak üzere Gençlik Spor Genel Müdürlüğüne tahsis edilen ve hali hazırda üzerinde spor tesisi bulunduğu anlaşılan taşınmaz hakkında 3194 sayılı Kanunun Geçici 16. Maddesi uyarınca satış istemine ilişkin başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırı bir yön bulunmadığı" gerekçesi ile davanın reddi yönündeki karara yapılan istinaf başvurusu, Dairenin 09/12/2020 tarih ve E:2020/482, K:2020/2220 sayılı kararı ile reddedilmiş, yine "3194 sayılı Yasanın Geçici 16. maddesi uyarınca Yapı Kayıt Belgesi bulunan taşınmaz üzerinde ruhsatsız yapı yapıldığından bahisle, 3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesi uyarınca yıkım konulu belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılan davada dava konusu yapının ... Göl Havzası Kısa Mesafeli Koruma Alanında ve 1/1000 ölçekli ... Göl Havzası Uygulama İmar Planında rekreasyon alanında kaldığı kesinleşmiş planlar neticesinde sosyal donatı alanı olarak belirlenmiş ve ... Göl Havzası Kısa Mesafeli Koruma Alanında yer alan taşınmaz üzerinde bulunan yapının Geçici 16. madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmadığından, davanın reddi yönünde verilen ilk derece Mahkemesi kararı sonucu itibarıyla yerinde görülerek istinaf başvurusu, Dairenin 17/06/2020 tarih ve E:2020/630, K:2020/933 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

Yine aynı başlık altında değerlendirdiğimiz bir başka istisnai alan niteliğindeki 6831 sayılı Orman Kanun'unun 17. maddesine göre, genel kamu hizmetlerine yönelik izinlerin ancak söz konusu maddede sınırlı olarak sayılmış belirli konularla ilgili bina ve tesislerin, orman üzerinde bulunması veya ya-

pılmasında kamu yararı ve zorunluluk bulunması hâlinde verilebilmesinin mümkün olduğu görülmektedir.

Bu başlık altında “Orman” alanlarında kalan yapılar bakımından da düzenlenebildiği görülen yapı kayıt belgesinin hukukî niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Hukukî niteliğe ilişkin değerlendirmeler, hukuk düzeninde daha önce var olmayan, mevzuat değişikliği veya teknolojik gelişmeler neticesinde sonradan ortaya çıkan yeni hukukî durumların, hukukta var olan yerleşik kurumlarla açıklanma ihtiyacı nedeniyle yapılmaktadır.

Yapı kayıt belgesi, yapının hukukî statüsünde önemli değişiklikler yaratan idarî bir işlemdir. İdarenin mülkiyetinde olan yerler üzerine inşa edilen yapılar için de verilebilen yapı kayıt belgesi tapuya dönüşüncüye kadar, kişiler için hak sahipliğini ve fiili kullanmayı belirlemektedir.³⁵

Nitekim, 6831 sayılı Orman Kanunu kapsamındaki alanlar bakımı ile Danıştay 13. Dairesinin 15/10/2020 tarih ve E:2020/1311 sayılı kararı ile Anayasa Mahkemesine, Anayasaya aykırılık başvurusunda bulunulduğu, halihazırda³⁶Anayasa Mahkemesinin 2021/15 esasına kayıtlı olarak norm denetimi yönü ile incelemesine devam edilen başvuru sonucu verilecek kararın, 3194 sayılı İmar Kanununun 4. maddesinde sözü edilen “ istisnai alanlar ” yönü ile yapı kayıt belgesinin hukuki niteliği ile ilgili değerlendirmelerde “karar gerekçesi” çerçevesinde etkili olabileceği düşünülmektedir.

III. YAPI KAYIT BELGESİ DÜZENLENEN YAPILAR

31/12/2017 Tarihi İtibariyle Bulunması Gereken Seviye

İlgilerin beyanına dayalı düzenlenen yapı kayıt belgelerinin 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için düzenlenebileceği Geçici 16. madde metninde açıkça vurgulanmış olmakla birlikte anılan Kanun maddesinde yapının bulunduğu seviye ile ilgili açık bir değerlendirme yer almamıştır.

Sözü edilen eksiklik Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar 'ın 6. Maddesi (6) alt bendinde; “İnşaat halindeki yapılarda 31/12/2017 tarihi itibari ile bitmiş olan kısımlar için ilave inşaat alanı ihdas etmemek şartı ile Yapı Kayıt Belgesi verilir ve Yapı Kayıt Belgesi verilen kısımların eksik inşaat işleri tamamlanabilir.” şeklindeki düzenleme ile kısmi açıklık getirildiğini görmekteyiz.

Bu kapsamda, yapı kayıt belgesi düzenlenecek yapının üst tabliyesinin bitmiş olması gerektiği Daire kararlarında vurgulanmış henüz temel seviyesinde tabliyeleri atılmış durumda bulunan yapılar için düzenlendiği anlaşılan yapı kayıt belgelerinin, yapının kayıt altına alınması için gerekli olan şartlara sahip olmadığı yönünde değerlendirmede bulunulmuştur.

³⁵ Danıştay 13. Dairesinin 15/10/2020 tarih ve E:2020/1311 sayılı kararı,

³⁶ Danıştay 13. Dairesinin 15/10/2020 tarih ve E:2020/1311 sayılı kararı ile Anayasa Mahkemesinin 2021/15 esasına kayıtlı olarak norm denetimine devam edildiği,

İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 22/12/2020 tarih ve E: 2020/1254, K:2020/2308 sayılı kararı ile 02/02/2021 tarih ve E:2020/2079, K:2021/152 sayılı kararlarında bu hususun değerlendirildiği görülmektedir.

Yapı Kayıt Belgesinin, yapının 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış olmak şartını sağlamadığından bahisle iptal edilmesine ilişkin ilişkin işleme karşı açılan başka bir ihtilafta ise " ...Yapı kayıt belgesi 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için verilir." hükmü doğrultusunda dava konusu işlem tesis edilmiş ise de; ... kayıt altına alınan yapının tümünün 31/12/2017 tarihinden sonra yapılmadığının anlaşıldığı, ... yapının "kayıt altına alınan hali ile" 31.12.2017 tarihinden önce mevcut olup olmadığının, 31.12.2017 tarihinden sonra inşa edilen kısımları mevcut ise bu kısımlara yönelik ayırım yapılarak, yapı kayıt belgesi hakkında, gerekirse kısmen iptal yolunda işlem tesis edilmesi gerekirken, yapı kayıt belgesinin tamamının iptali yolunda tesis edilen dava konusu işlemde usule ve hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesi ile İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 29/12/2020 tarih ve E:2020/1338, K: 2020/2431 sayılı kararı ile işlem iptal edilmiştir.

Konu ile ilgili bir başka ihtilafta, " yapının 31/12/2017 tarihinden önce yapılan kısımları için düzenlenen yapı kayıt belgesi korunarak bu kısımlar yönü ile yapı kayıt belgesinin güncellenmesi için yapı sahibine süre verilmesi gerekirken uyuşmazlığa konu yapının ilave katı 31/12/2017 tarihinden sonra yapıldığından bahisle bu tarihten önce mevcut olduğu tartışmasız bulunan kısımları da kapsayan yapı kayıt belgesinin tamamının iptal edilmesi yönünde işlem tesisi, hukuka aykırı bulunarak davanın reddi yolunda verilen ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmış, 31/12/2017 tarihinden önce mevcut olduğu tartışmasız bulunan kısımları da kapsayacak şekilde tüm yapı kayıt belgesinin iptali işleminin " İptaline" karar verilmiştir.³⁷

7143 sayılı Kanununun 16. maddesi ile yürürlüğe giren İmar Kanunu, Geçici 16. maddesinde düzenlenen "Yapı Kayıt Belgesi" ile ilgili çalışmada son olarak sözü edilen belgenin mülkiyet hakkı bağlamında doğurduğu sonucun değerlendirmesi uygun olacaktır.

IV. YAPI KAYIT BELGESİ DÜZENLENEN YAPILAR

Hazine ve Belediyeye Ait Taşınmazların Satış Taleplerinde İdarelerin Taktir Hakkı

Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapılardan, satış talebine konu edilebilenleri, İmar Kanunu'nun Geçici 16. maddesinin 7 ve 8. fıkralarında düzenlenmiştir.

Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olup Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapılar, öncelikle Bakanlığa tahsis edilir ve Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine taşınmazlar Bakanlıkça rayiç bedel üzerinden doğrudan satılır. Bu düzenlemeye

³⁷ İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 06/07/2021 tarih ve E:2021/1467, K:2021/1796 sayılı kararı,

göre dolaylı olarak mülkiyet hakkını kurmak üzere dayanak gösterilebilen Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapılar, "hazineye veya belediyelere" ait yerlerde inşa edilmişlerdir.

Bu durumda değerlendirilmesi gereken iki husus vardır.

İstisnaları madde metninde sayılanlar dışında hazine taşınmazlarının "yapı kayıt belgesi" düzenlendiğinden bahisle satış yolu ile mülkiyet devrine konu edilip edilemeyeceği ve idarenin satış konusunda takdir yetkisinin olup olmadığıdır.

3194 sayılı İmar Kanununun Geçici 16. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, "Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar" konulu tebliğ hazırlanarak 06.06.2018 günlü, 30443 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Sözü edilen Tebliğin, 6. Maddesinde yapı kayıt belgesinin kullanım yerlerine, 7. maddesinde de yapı kayıt belgesi verilen Hazineye ait taşınmazların satışına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Aynı Tebliğin; 'Yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek yapılar' başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasında;

"Yapı Kayıt Belgesi; a) 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde, 3194 sayılı Kanunun geçici 16 ncı maddesi uyarınca adı geçen Kanuna eklenmiş olan kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanda,

b) İstanbul tarihi yarımada içinde 3194 sayılı Kanunun geçici 16 ncı maddesi uyarınca adı geçen Kanuna eklenmiş olan kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda,

c) 19/5/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirlenmiş Tarihi Alanda, ç) Üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlar üzerinde,

d) Kesinleşmiş planlar neticesinde sosyal donatı alanı olarak belirlenmiş ve Maliye Bakanlığınca aynı amaçla değerlendirilmek üzere ilgili kurumlara tahsis edilmiş Hazineye ait taşınmazlar üzerinde, bulunan yapılar hakkında Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemez." hükmüne; Aynı maddenin 20 Eylül 2018 tarihli ve 30541 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Değişiklik Yapılmasına Dair Usul ve Esasların 5. maddesi ile değişik ikinci fıkrasında ise;

"Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeyecek yapılar için bu belgenin düzenlendiğinin tespit edilmesi durum unda, Yapı Kayıt Belgesi iptal edilir, bu belgenin sağlamış olduğu haklar geri alınır, Yapı Kayıt Belgesi bedeli olarak yatırılmış olan bedel iade edilmez ve belge düzenlenmesi safhasında yalan beyanda bulunan müracaat sahibi hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 206 ncı maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulur." düzenlemesine yer verilmiştir. Tebliğe dayanak Yasa maddesinin taslak gerekçesi ile metni birlikte incelendiğinde düzenleme ile ulaşılmak istenilen amacın, aktif deprem kuşağında yer alan ülkemizde mevzuata aykırı şekilde inşa edilen

yapıların tespit edilmesi ile dönüşüm projelerine finans sağlanarak dönüşümün daha hızlı ve etkin yapılmasına yönelik olduğu görülmektedir.

Yine Tebliğin dayanağı olan 3194 sayılı Kanunun Geçici 16. maddesinde, *ilgili kişilerin idarelere başvuruda bulunması, başvuru esnasında tahsil edilecek bedellerin 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kapsamında şehirlerin dönüşümünde ve inşasında kullanılacağı* hususu hükme bağlandığından düzenlemenin, öncelikle imar düzenine aykırı yapıları "Yapı Kayıt Belgesi" ile kayıt altına almak ve kentsel dönüşüm uygulamalarının finansal kaynağını yaratmak üzere imar düzenine aykırı yapıları kayıt altına alırken yapı sahiplerine de kentsel dönüşüm uygulamasına kadar yapıyı kullanma hakkı vermek olduğunu vurgulamak yanlış olmayacaktır.

Ancak; doğal, tarihi ve arkeolojik sit alanları, kültür varlıkları, ormanlar, meralar ve kıyılar gibi korunması gereken alanlar, ilgili özel kanunlarındaki düzenlemeler ile korunduklarından, bu alanlarda yapı kayıt belgesi düzenlenmiş olmasının, özel hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğini söylemek mümkündür.

Nitekim, bu husus "*yapı kayıt belgesi verilen taşınmazlar yönünden ilgili özel kanun hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı*" karar gerekçesinde belirtmek suretiyle Anayasa'ya aykırılık başvurusu, başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmiştir.³⁸

Öte yandan, Tebliğin 7. maddesinde, yapı kayıt belgesi alınan yapıların Hazineye ait taşınmazlar üzerinde inşa edilmiş olması halinde, bu taşınmazlardan özel kanunlar kapsamında kalanların ve bu kanunlar uyarınca değerlendirilmesi gerekenlerin Bakanlığa tahsis edilemeyeceği ve ilgililere satılmayacağı düzenlendiğinden sözü edilen alanlarda yapı kayıt belgesi ile sağlanan haklardan söz edilebilmesi bu aşamada mümkün bulunmamaktadır.

Anılan tebliğin madde belirtilmeksizin tümü hakkında iptal istemi ile Danıştay Altıncı Dairesinin 2019/17474 esas kaydında açılan davada; dava konusu Tebliğin tümüne etkili olacak şekilde yapılan değerlendirmede; dayanağı Yasa maddesine uygun olduğu değerlendirilmesi ile mevzuata ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılarak 03/12/2020 günlü karar ile davanın reddine karar verildiği görülmektedir.³⁹

Bu bölümde son olarak şu hususu belirtmek gerekirse; Kesinleşmiş planlar neticesinde sosyal donatı alanı olarak belirlenmiş ve Maliye Bakanlığınca aynı amaçla değerlendirilmek üzere ilgili kurumlara tahsis edilmiş Hazineye ait taşınmazlar üzerinde bulunan yapılar ile özel kanunları kapsamında kalan ve bu özel kanunlara göre değerlendirilmesi gerekenler dışında kalanların, satışının yapılacağı tebliğde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Yine aynı şekilde belediyelerin özel mülkiyetinde olan taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olan yapılar nedeniyle satış taleplerinin ilgili belediye meclisleri

³⁸ Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı:2019/109, Karar Sayısı:2019/91 Karar Tarihi: 4/12/2019

³⁹ Danıştay Altıncı Dairesi, E:2019/17474, K:2020/12031 sayılı 03/12/2020 tarihli karar

tarafından değerlendirmeye alınması ve satış kararı alınması durumunda ise yasa hükmü gereğince kararı uygulamakla yetkili encümen tarafından satış ile ilgili sürecin tamamlanma gerekliliği İstanbul Beşinci İdari Dava Dairesinin 02/03/2021 tarih ve E:2021/440, K:2021/476 sayılı kararında belirtilmiştir.

SONUÇ- Bitirirken

7143 sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 31 Aralık 2017 tarihinden önce yapılan ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılarla ilgili olarak 15.06.2019 tarihine kadar başvuru yapılması ve 31.12.2019 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilmesi hakkındadır.

Bu belge bir imar affi olmamakla birlikte, imar mevzuatına aykırı yapılara, yenisi yapılmaya ya da kentsel dönüşüm kararı alınmaya dek kullanım hakkı verilmesi amacına ilişkin olduğu Yasanın gerekçe metninde vurgulanmakta ve imar barışı düzenlemesinin amacını, Yapı Kayıt Belgesinden edinilen kayıt bedellerinin kentsel dönüşüm çalışmalarında kullanılması olarak gösterilmektedir.

Sonuç olarak “Yapı Kayıt Belgesinin” en önemli amacı, kentsel dönüşüm çalışmalarına konu edilebilecek yapıların tespit edilerek kayıt altına alınmasını sağlamak olarak görülmekte, ruhsatsız-ruhsata aykırı yapıları, kentsel dönüşüme geçiş sürecinde kayıt altına almaktan başka düzenli yapılaşmayı sağlamak konusunda imar hukukuna sağladığı katkıdan, bu aşamada söz edebilmek mümkün görülmemektedir.

Ancak, yapı kayıt belgesi doğrudan yapıyı ruhsatlı hale getirmediği gibi imar planında sosyal donatı alanı olarak belirli bulunan alanlarda kalan yapılar ile Kanunun 4. Maddesi kapsamındaki “istisnai alanlar” olarak değerlendirilen yerleşim alanı dışındaki yerlerin, yapı kayıt belgesi ile satışa konu edilebilmeleri mümkün değildir.

Yine mevcut yapıların ortak alanı olarak belirli bulunan yerler için yapı kayıt belgesinin hak doğurması tartışması ile birlikte çekme mesafesi ihlali bulunan yerler için beyana dayalı düzenlenen yapı kayıt belgesinin sağladığı haklardan söz edilmesinin de tartışmalı bir başka konu olduğunu vurgulamak önemlidir.

İdarenin deprem - sel ve benzeri afetlere karşı önlem alması, denetim ve kontrollerde bulunması imar kamu düzeninin önemli bir bölümünü oluşturur.

Bu nedenle de bu görevin asli sahibi olan idarenin bu yetkiyi özel kişilere ve yapı sahiplerine devretmesi mümkün değildir.⁴⁰

İdarelere ait sorumluluğun kamu görevlilerine ve kişilere özgülenmesi düşünülemez.⁴¹

⁴⁰ 9.5.1986 günlü, 18749 Sayılı Resmî Gazete' de yayımlanan 3.5.1986 günlü, 3194 Sayılı «İmar Kanunu» nun 8., 21., 22., 24., 25., 26., 27., 44., 46., 47., 48. maddeleri ile Geçici 5. ve 7. maddelerinin Anayasanın kimi maddelerine aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmesi istemiyle açılan açılan davada; Anayasa Mahkemesinin, 11/12/1986 tarih ve E. 1985/11, K. 1986/29 sayılı kararı,

⁴¹ Anayasa Mahkemesinin, 11/12/1986 tarih ve E. 1985/11, K. 1986/29 sayılı kararı,

Bu nedenledir ki, Yapı Kayıt Belgesi yoluyla yapıların denetim görevi, yapı kayıtlarının tamamlanması sonrasına ertelenmesi idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Öte yandan, yapı kayıt belgesi başvuruları ile beyana dayalı belge düzenleme yetkisi, Kanun kapsamında Çevre ve Şehircilik Bakanlığına ait olmakla birlikte yapı sahiplerinin beyanına dayalı düzenlenen belgenin kullanım alanları ve hukuki sonuçlarına ilişkin süreç ve yine bu kapsamda "**Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar 'ın** " 6. Maddesinde belirlenen işlemleri yürütme ve başvuruları neticelendirme, denetimleri takip ve işlem tesis etmek yükümlülüğünün, taşınmazın bulunduğu yer belediyelerine ait olduğu görülmektedir.

3194 sayılı İmar Kanununun 4. Maddesinde belirtilen ve çalışma içeriğinde ayrıntılı olarak belirtilen "*istisnai alanlar ile belgenin sağladığı muafiyetten yararlanma imkanı bulunmayan yapılar* " ayrıkısı tutulmak üzere Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esasların 6. Maddesi ile ilgili belediyelerin yükümlülüğünde bulunan hususları maddeler halinde incelediğimizde;

- 1- Yapı Kayıt Belgesi, yapı kullanıcıları için su, elektrik vb. yapı kullanımına imkan veren abonelik tesisi,
- 2- Yapı Kayıt Belgesi verilen yapının, "*belge ile uyumlu olup olmadığı, muafiyetten yararlanabilme imkanı bulunup bulunmadığı dikkate alınarak*" 3194 sayılı Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezalarının iptali yönünde işlem tesisi,
- 3- Yapı Kayıt Belgesi alındıktan sonra yapı ruhsatı alıp da yapı kullanma izin belgesi almamış veya yapı ruhsatı bulunmayan yapılarda, yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın kullanım maksadı değişiklikleri de dahil olmak üzere tapuda cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesisi,
- 4- Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarda ruhsat alınmaksızın yapılabilecek basit onarım ve tadilat izni,
- 5- Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarda yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesi,

şeklinde sıralamak mümkündür.

Usul ve Esasların, ilgili belediyeler yönü ile getirdiği ve yukarıda maddeler halinde sıralanan işlemlerin, belediyeler tarafından yerine getirilmesi gereken yükümlülükler olduğu dikkate alındığında ülke genelinde birlikteliğin sağlanabilmesi bakımından uygulayıcı durumunda bulunan belediyelerin, kaçak yapıların tespiti ve düzenlenen belgenin, yapı ile uyumlu olup olmadığı yönünde yürütülecek denetimleri neticesinde sözü edilen izinler verilebilecektir.

Denetim neticesinde yapı ile uyumlu olmadığı ya da muafiyetten yararlanabilme imkânı bulunmadığının tespiti durumunda ise 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. Maddesi kapsamındaki yetki ve sorumlulukları devam etmekte ve bu belge, anılan maddenin uygulanma imkanını ortadan kaldırmamaktadır.

Ancak; belgeyi düzenleyen idare ile uygulama yetkisine sahip idarelerin farklı olmasının, olası deprem-sel ve benzeri afetler öncesinde kaçak yapıları kayıt altına almak amacına matuf düzenleme ile amaçlanan faydanın sağlanmasında, yeni ihtilaflara sebep olduğu gözlemlenmektedir

Bu itibarla, belge düzenleme yetkisi bulunan merkezi idare ile uygulamaları takip yükümlülüğü bulunan mahalli idareler arası koordinasyonu sağlayıcı düzenlemelerin, hayata geçirilmesi, uygulamada birlik sağlanması bakımından faydalı olacaktır.

Bitirirken şu son açıklamayı Kent Bilimci, Bilim Adamı, Prof. Dr. Ruşen KELEŞ⁴² 'in değerlendirmesi ile belirtmek isterim ki; Yasama, Yürütme ve Yargının, imar ve çevre konularındaki duyarlılıkları, toplumsal değişim süreçleri ile var olan toplumsal dengeye bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir.

Yine imar Hukuku teorisyeni "Kent Bilimci" Ruşen KELEŞ 'in yaklaşımını şu şekilde ifade etmek gerekirse; Bireylerin yararıyla toplumun genel yararı arasında denge sağlama görevinin bu çalışma konumuz olan 7143 sayılı Kanunun 16. maddesi ile imar sistemine en son dahil olan imar düzenlemesinde de görüldüğü gibi daha çok yargı erkine düşmekte ve Danıştay ve İstinaf İhtisas Dairelerinin, içtihat niteliğinde oluşan kararları ışığında gerekli yasal düzenlemelerin yapıldığı bir çok örnekte görülmekte, son olarak literatüre dahil olan "Yapı Kayıt Belgesi" ile ilgili boşlukların da yargı yerlerince verilen kararlar ile şekil aldığı tanıklık etmekteyiz.

Zira, çalışma konusunu oluşturan Yasa metninde, imar barışının hangi alanlardaki yapıları kapsadığına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş, sadece imar barışı kapsamına girmeyen alanlar sayılmakla yetinilerek özel kanunlara tabi alanlardaki yapıların durumu muğlak bırakılmıştır.

Bu durumun, halihazırda Anayasa Mahkemesinin norm denetimini devam ettirdiği Danıştay 13. Dairesinin 15/10/2020 tarih ve E:2020/1311 sayılı başvurusu sonucu verilecek karar, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 4. maddesinde sözü edilen "istisnai alanlar" yönü ile yapı kayıt belgesinin hukuki niteliği ile ilgili değerlendirmelerde önemli olacağı muhakkaktır.

Özellikle şu hususun altının çizilmesinde de fayda bulunmaktadır ki; "yapı kayıt belgesinin" kesinleşmiş ancak tahsil edilmemiş olan idari para cezalarının ve yıkım kararlarının yukarıda ayrıntılı olarak belirtilen alanlarda bulunan yapılar ayrık tutulmak üzere idare tarafından mevcut yapının ayrıkılık olarak saptanan hususlara ilişkin olup olmadığı değerlendirilerek her zaman yeni bir işlem tesisine imkân verdiğini belirtmek uygun olacaktır.

⁴² KELEŞ Ruşen, İmar Hukuku; Hukuksal, Yönetmelik ve Siyasal Boyutlarıyla, İmge Kitapevi.

KAYNAKLAR

ABACIOĞLU Muhittin, İmar Affi ve İlgili Mevzuat, Ankara: Seçkin Yayınevi -2.Baskı, 2018.

ERSOY Melih, "Planlama Kuramına Giriş", Kentsel Planlama Kuramları, Ankara: İmge Kitabevi, 2007.

GERAY Cevat, Kent, Yerel Yönetimler ve Toplu Konut Yazıları, Palme Yayıncılık, Ankara: 2018.

GİRİTLİOĞLU P. Pınar- ÖZDEN Kardelen, Kentsel Adalet Ekseninde İmar Afları: "İmar Barışı" Üzerine Bir Değerlendirme, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Mart-2020.

KALABALIK Halil, İmar Barışı, Ankara: Kasım- 2018, Seçkin Yayınevi.

KELEŞ, Ruşen, Kentleşme Politikası, Ankara: İmge Kitabevi, 2017.

KELEŞ, Ruşen ve MENGİ Ayşegül, Kent Hukuku, Ankara: 2017, İmge Kitabevi.

KELEŞ, Ruşen "Anayasa'da Kent ve Çevre Hakları", Mimarlık Dergisi, S. 368, Kasım-Aralık, 2012.

ÖZKAYA Eraslan, İmar Kanunu Şerhi ve Mevzuatı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.

ÖZLÜER Ilgın Özkaya, "İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Yaklaşım", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 313-340. Doi:10.21492/inuhfd.467904 2018.

ŞENYAPILI Tansı, Barakadan Gecekonduya Ankara'da Kentsel Mekânın Dönüşümü 1923-1960, İstanbul: İletişim Yayınları, 2004.

TERCAN Binali, "1948'den Bugüne İmar Afları", Mimarlık Dergisi, S. 403, Eylül-Ekim 2018, Y. 55.

TEKELİ İlhan, Kent Planlaması Konuşmaları. Ankara: 1991, TMMOB Mimarlar Odası Yayınları.

TEKELİ İlhan, Türkiye'de Yaşamda ve Yazında Konut Sorununun Gelişimi. Ankara: ODTÜ Basım İşliği, 1996.

DİSİPLİN HUKUKUNDA MUHAKKİKLIK KURUMU ÜZERİNE BİR İNCELEME

*Tahir DEMİR**

GİRİŞ

Günümüzde devlet tarafından yürütülen kamu hizmetleri, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen kamu personeli aracılığıyla yerine getirilmektedir. Bu kamu personeli, yürütülecek kamu hizmetinin türüne göre belirli eğitim ve sınav şartlarını yerine getirmekte ve çeşitli aşamalardan geçtikten sonra ilgili kamu kurumunun yasal düzenlemeleri kapsamında kamu hizmetlerine dâhil olmaktadır. Kamu hizmetlerine girme hakkı tüm vatandaşlara anayasal düzeyde verilmiş bir hak olarak görülmektedir. Anayasanın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı yetmişinci maddesinde kamu hizmetlerine girme hakkının tüm vatandaşlara verildiği ve hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka ayırım yapılamayacağı kabul edilmiştir. Kamu personeli istihdam edildiği kamu kurumuna yüklenen görevleri yerine getirmek ve kurumun işleyişi ile ilgili belirlenen yazılı kurallara uymakla yükümlü olarak görevini yerine getirmektedir. Kamu personelinin kurumsal düzenlemelere uymaması hali disiplin suçu kavramını ortaya çıkarmaktadır. Bir fiilin disiplin suçu olarak kabul edilebilmesi için üç ön koşul bir arada bulundurması gerektiği ifade edilmektedir. Bu koşullar; ortada bir fiil olması, fiilin memurun göreviyle ilgili olması ve memurun bu fiilde kusurlu davranması şeklinde sıralanmaktadır¹. Disiplin suçu olarak düzenlenen fiiller karşılığında verileceği belirlenmiş olan müeyyidelere disiplin cezası adı verilmektedir. Anayasa Mahkemesi disiplin cezası kavramını “kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmuş; yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali hâlinde uygulanan, yasal olarak düzenlenmiş idari yaptırımlar” şeklinde tanımlamaktadır². Disiplin suç ve cezaları ile ilgili işlemler, “disiplin hukuku” kavramını ortaya çıkarmıştır. Disiplin hukuku kavramının üst nitelikte bir kavram olarak kendi içinde kamu, özel, askerî ve memur disiplin hukuku gibi dallara ayrıldığı ifade edilmektedir³. Genel olarak otokratik ve demokratik olmak

* Bilim Uzmanı, Kütahya Dumlupınar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, tahir.demir3@egm.gov.tr.

¹ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II, (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2003), 686.

² Burç Volkan Zor, “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12, (1), (2022): 206.

³ Veysel Candan Canoğlu, “Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Sosyal), 2018, (138), (2018): 233.

üzere iki disiplin türünün var olduğu, demokratik disiplin anlayışında disiplin kurallarının nedenleriyle birlikte anlatılarak personeli ikna yoluyla disipline etmeyi amaçlandığı, otokratik disiplin anlayışında böyle bir amacın güdülmediği ileri sürülmektedir⁴. Disiplin hukukunun esasen idare hukuku kökenli bir bilim dalı olmakla birlikte suç ve cezalarla ilgili yönüyle ceza hukuku ile yakın ilişki içinde olduğu ifade edilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da disiplin hukukunun bu yönüne vurgu yapılmış ve Anayasa'nın otuz sekizinci maddesinde düzenlenen suç ve cezalara ilişkin hükümlerde adli ve idari suç ve cezalara dair bir ayırım yapılmadığından anayasal düzlemde suç ve cezalarla ilgili kabul edilen ilkelerin disiplin hukuku yönünden de uygulanması gerektiği ifade edilerek disiplin suç ve cezaları ile ceza hukuku kapsamında düzenlenen suç ve cezaların benzer yönleri olduğu dile getirilmiştir⁵. Disiplin hukukuna hâkim olan ilkelerin; "orantılılık, savunma alınmadan ceza verilememesi, aynı fiile birden fazla ceza verilememesi, soruşturmanın gizliliği, kanun yollarının gösterilmesi zorunluluğu, geçmişe yürümezlik ve şüpheden sanığın yararlanması" şeklinde sıralandığı ifade edilmektedir⁶.

Bu çalışmada disiplin hukukunda soruşturma süreçlerini yürütmekle görevli olan "Muhakkiklik" kurumu ele alınacaktır. Çalışma üç bölüme ayrılacaktır; birinci bölümde disiplin soruşturma süreci ile muhakkik görevlendirmeleri incelenecek, ikinci bölümde muhakkiklerin görev ve yetkileri ceza hukuku ile mukayeseli olarak tartışılacak, üçüncü bölümde disiplin hukukunda yeni bir muhakkiklik modeli önerisi ortaya konulacaktır.

I. DİSİPLİN SORUŞTURMA SÜRECİ

Disiplin hukukunda disiplinsizlik olarak düzenlenerek karşılığında yaptırım öngörülmüş olan fiillerin işlendiği iddiasının ileri sürülmesi halinde kamu personelinin disiplin suçuyla illiyet bağının nesnel parametrelere göre ortaya konulması amacını taşıyan her türlü araştırma veya inceleme faaliyetinin disiplin soruşturması olarak tanımlanabileceği ileri sürülmektedir⁷. Genel olarak disiplin hukukunun amacının kamusal faaliyetlerin etkili, düzenli ve verimli olarak yürütülmesi için kamu kurum ve kuruluşlarının çalışma düzeninin ve kurumsal işleyişin korunması olduğu ifade edilmektedir⁸.

Günümüzde devlet tarafından yürütülen kamusal hizmetler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yerine getirilmektedir. Kamu kurumları bu faaliyetleri istihdam ettikleri kamu çalışanları eliyle yürütmektedir. Genelde

⁴ Oğuz Sancakdar; Lale Burcu Önüt; Eser Us Doğan; Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, İdare Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 505.

⁵ Zor, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği", 207.

⁶ Ahmet Nohutçu, İdare Hukuku, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2016), 598.

⁷ A. Alper Durmuş, Memur Disiplin Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 177.

⁸ Mehmet Hatipoğlu ve Ahmet Cahit Sarıcalar, "Memur Disiplin İşlemlerinde Amaç Unsuru", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28, (2), (2020): 679.

kamu görevlisi ve özelde “memur” olarak adlandırılan bu çalışanların görevlerini yerine getirme sürecinde tabi oldukları yazılı kurallar, objektif bir şekilde düzenlenerek yayımlanmaktadır. Görevli personelin bu düzenlemelere uymadığının ileri sürülmesi halinde disiplin amirleri tarafından konunun açıklığa kavuşturulması ve disiplinsizlik gösteren personelin tespit edilerek cezalandırılması amacına yönelik bir tahkikat süreci izlenmektedir. Bu süreç literatürde “Disiplin soruşturma süreci” olarak adlandırılmaktadır. Disiplin kavramı Türk Dil Kurumu tarafından “Sıkı düzen, kişilerin içinde yaşadığı toplumun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütünü” şeklinde tanımlanmaktadır⁹. Soruşturma kavramı ise “Bir sorunu açıklığa kavuşturmak amacıyla bir idari veya adli makamın yönettiği, ilgililerden ve tanıklardan bilgi toplama, konuyu inceleme işi, tahkik, tahkikat” olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Disiplin soruşturması ise kamu kurum ve kuruluşlarında görevli personel tarafından işlendiği iddia edilen bir disiplinsizlik fiili ile ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkartılarak disiplinsizlik gösteren personelin cezalandırılması ve böylece ilgili kamu kurum veya kuruluşunun iç düzeninin sağlanarak kamu hizmetlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine yönelik bir dizi faaliyeti içinde barındıran bir süreç olarak tanımlanabilmektedir. Disiplin soruşturma sürecinde görev alan çeşitli aktörler bulunmaktadır. Bu aktörler günümüzde; disiplin amirleri, teftiş veya denetim elemanları, muhakkikler ve yetkili disiplin kurulları şeklinde sıralanmaktadır. Çalışma kapsamında bu aktörlerin ele alınmasında yarar görülmektedir. Disiplin soruşturma sürecinde görev alan aktörlerin başında disiplin amirleri gelmektedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun yüz yirmi dördüncü maddesinde disiplin amirleri “Kurumların kuruluş ve görev özellikleri dikkate alınarak Devlet Personel Başkanlığı’nın görüşüne dayanılarak özel yönetmeliklerinde tayin ve tesbit edilecek amirler” şeklinde tanımlanmaktadır¹¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere disiplin amirlerinin, kamu kurum ve kuruluşlarında düzenin sağlanması ve hizmetlerin gereği gibi yerine getirilmesini sağlamakla yükümlü olan ve amir konumunda yer alan kamu personeli olduğu görülmektedir. Disiplin amirleri aynı zamanda disiplin soruşturması açma ve kanunda sayılı belli disiplin cezalarını gerektiren suçlarda resen ceza vermeye yetkili kamu personeli olarak karşımıza çıkmaktadır¹². Teftiş veya denetim elemanları da disiplin soruşturma sürecinde görev alan aktörler arasında yer almaktadır. Disiplin soruşturmasında yer alan bu görevliler, pratikte kamu hizmetlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini denetlemekle görevli birimlerde görev yapan personel ile genelde teftiş kurullarına bağlı olarak görev yapan ve nitelikli disiplin soruşturmalarını yürütmekle görevli müfettiş sınıfı personel olarak karşımıza çıkmaktadır. Disiplin soruş-

⁹ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2005), 539.

¹⁰ ibid, s.1795.

¹¹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 23.07.1965 tarih ve 12056 sayılı Resmî Gazete, m.124.

¹² İbrahim Ülker, “Disiplin Cezalarına Karşı İdari Başvuru (İtiraz)”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIX, (1-2), (2015): 65.

turma sürecinde görev alan bir diğer personel grubu ise muhakkiklerdir. Muhakkikler teftiş veya denetim elemanlarından farklı olarak, hakkında disiplin soruşturması yürütülen kamu personelinin görev yaptığı kamu kurumu içinden disiplin soruşturması yapmak üzere görevlendirilen personeldir. Bu personel, kendisini görevlendiren disiplin amirinin belli yetkilerini kullanarak soruşturma konusu ile ilgili araştırma ve inceleme yapmakta ve bu araştırma/inceleme bir rapor haline getirerek disiplin amirine sunmaktadır. Disiplin soruşturma sürecinde yer alan son aktör ise disiplin kurulları olarak karşımıza çıkmaktadır. Disiplin kurulları mevzuat gereği disiplin amirleri tarafından verilmeyen “kamu görevinden çıkarma” gibi disiplin cezalarının verilmesi noktasında disiplin soruşturma sürecine dâhil olmakta ve soruşturma sürecinin son noktasında görev almaktadır. Disiplin soruşturma sürecinin asli unsurlarından biri çalışmanın konusunu oluşturan muhakkiklerdir. Muhakkikler, disiplin amirleri tarafından görevlendirilmekte ve disiplin amirleri adına disiplin soruşturmasını yürütmektedir. Çalışma kapsamında muhakkiklik görevi kavramsal çerçevede ele alınacak ve pozitif hukukta muhakkikin görev ve yetkileri ele alınacaktır.

A. KAVRAMSAL ÇERÇEVEDE MUHAKKİKLIK

Muhakkik kavramı Türk Dil Kurumu tarafından “gerçeği araştıran, soruşturucu, soruşturmacı” şeklinde tanımlanmaktadır¹³. Arapça kökenli “tahkik” kelimesinden türeyen muhakkik kavramı, bir olay veya durumun gerçek olup olmadığını araştıran kişi anlamına gelmekte, disiplin hukukunda ise “disiplin amirleri tarafından görevlendirilerek disiplin soruşturmasını yürüten kamu personeli olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Bu noktada muhakkik olarak görevlendirilen personel, maddi gerçekliğin ortaya konulması sürecinde görev almakta ve disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili araştırma ve soruşturma yaparak ulaştığı sonucu disiplin cezası vermeye yetkili makama bir rapor halinde sunmaktadır. “Disiplin Soruşturma Raporu” adı verilen bu evrak, yetkili disiplin amirine sunulmakta ve muhakkikin ulaştığı sonuçla bağlantılı olarak verilmesi muhtemel disiplin cezasının niteliğine göre yetkili disiplin kuruluna iletilmektedir. Disiplin cezaları günümüz mevzuatında kategorize edilmiş ve her ceza türü için yetkili merci belirlenmiştir. Devlet Memurları Kanunu’nun yüz yirmi altıncı maddesinde en hafif cezadan en ağır cezaya doğru hiyerarşik bir düzende yapılan bu düzenlemeye göre “uyarma, kınama ve aylıktan kesme” cezaları “disiplin amirleri” tarafından; “kademe ilerlemesinin durdurulması” cezası, memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, “atamaya yetkili amirler”, il disiplin

¹³ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 1414.

¹⁴ Ahmet Şirin ve Selahattin Dal, (2019), “Okul Müdürlerinin Muhakkiklik Görevine İlişkin Görüşleri: Bağcılar, Bakırköy, Başakşehir, Esenler ve Zeytinburnu Örneği”, İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi, 11, (3), (2019), 219.

kurullarının kararlarına dayanan hallerde “valiler” tarafından verilir. “Devlet memurluğundan çıkarma” cezası ise amirlerin bu yöndeki isteği üzerine memurun bağlı bulunduğu kurumun “yüksek disiplin kurulu” kararı ile verilmektedir¹⁵. Disiplin cezası kararını vermeye yetkili bu mercilerin karar alma süreçleri muhakkikler tarafından yürütülen disiplin soruşturması sonrası hazırlanan disiplin soruşturma raporuna göre şekillenmektedir. Bu durumun muhakkiklik görevinin öneminin anlaşılması noktasında önemli bir etken olduğu değerlendirilmektedir. Disiplin soruşturma sürecini yürütmekle görevli olan muhakkikler disiplin soruşturmasına konu olayın gerçek olup olmadığı ile ilgili her türlü incelemeyi yaparak olayın delillerini derli toplu bir hale getirmekte ve bunu bir rapor haline getirmektedir. Bu noktada muhakkik tarafından yapılan eksik ya da yanlış bir işlem, yetkili disiplin mercii-nin hatalı bir karar vermesine neden olmakta ve disiplin soruşturma sürecinden beklenen sonucun gerçekleşmenin önünde bir engel olarak ortaya çıkmaktadır.

B. MUHAKKİK GÖREVLENDİRME SÜRECİ

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin yirmi sekizinci maddesi, disiplin soruşturması açılmadan memur sınıfı personele disiplin cezası verilemeyeceğini, disiplin soruşturmasının ise teftiş, denetim veya soruşturma yapmakla görevli personel ya da memurlar arasından görevlendirilen muhakkikler tarafından yürütülmesinin zorunlu olduğunu düzenlemiştir¹⁶. Bu durum muhakkiklerin soruşturma sürecinin asli unsurları arasında ele alınması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bir disiplinsizlik fiili işlendiği hakkında bilgi edinen disiplin amirleri, maddi gerçeğin ortaya konularak disiplinsizlik gösteren personelin cezalandırılması amacına yönelik olarak disiplin soruşturma sürecini başlatmaktadır. Disiplin soruşturma sürecinin ilk safhası ise konuyu tahkik edecek bir muhakkik görevlendirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Muhakkik olarak görevlendirilen personel, disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili gerekli tahkikatı yaparak kendisini görevlendiren disiplin amirine bir rapor halinde sunmaktadır. Muhakkik görevlendirme süreci, disiplin soruşturmasının yürütüleceği kamu kurumunun ilgili disiplin birimi tarafından alınacak bir makam olur yazısı ile işletilmektedir. Bunun dışında disiplin soruşturma süreciyle ilgili yapılacak tüm araştırma ve tahkikat işlemleri muhakkik tarafından yürütülmektedir. Bu noktada soruşturma sürecinin asli unsurlarından olan ve soruşturmanın sonuçları üzerinde önemli derecede etkiye sahip olduğu değerlendirilen muhakkiklerin seçilmesi konusunun ele alınmasında fayda görülmektedir.

¹⁵ Adil Bucaktepe, “Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, (2), (2015): 208-209.

¹⁶ Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği, 30.04.2021 tarih ve 31470 sayılı Resmî Gazete, m.28.

C. MUHAKKİK SEÇİMİ

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin yirmi sekiz ve yirmi dokuzuncu maddelerinde düzenlenen muhakkiklik görevi ile görevlendirilecek personelin seçimi noktasında idareye önemli ölçüde bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. İlgili yönetmelik maddesinde disiplin soruşturmasının teftiş ve denetim elemanları ile muhakkikler tarafından yapılacağı kabul edilmiş bunun dışında muhakkik seçimi ile ilgili herhangi bir parametreye yer verilmemiştir. Esasen muhakkiklik görevi, 2021 yılında yayımlanan disiplin yönetmeliği öncesinde yürürlükte bulunan 17.09.1982 tarihli Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin ile ilgili hükümleri arasında yer almamış ve pratikte var olmasına rağmen mevzuatta yer almayan bir görev olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷. Günümüzde disiplin amirlerine muhakkik görevlendirmesi bağlamında yol gösterici niteliğe sahip mevzuatın oldukça kısıtlı olduğu görülmektedir. Çalışma kapsamında günümüzde yürürlükte bulunan mevzuat, muhakkik seçimi bağlamında irdelenecektir.

D. MUHAKKİK OLARAK SEÇİLECEK PERSONELDE ARANAN NİTELİKLER

Kamu kurum ve kuruluşlarında görevli kamu personeli giderek artan bir sayıyla hizmet vermektedir. Çalışmanın yapıldığı 2022 yılı itibariyle kamu kurum ve kuruluşlarında üç milyondan fazla kadrolu personelin görev yaptığı görülmektedir¹⁸. Yürütülen görevin niteliğine göre farklı disiplin mevzuatlarına tabi olarak görev yapan bu personelin hizmet sınıfına göre belirlenmiş disiplin soruşturma süreçleri bulunmaktadır. Çalışma kapsamında bu disiplin mevzuatının tümünün ele alınması mümkün görülmemektedir. Bu nedenle çalışmanın geçerliliğini destekleyecek şekilde yüksek sayıda kamu personelinin tabi olduğu mevzuatın irdelenmesi yeterli görülmektedir. Çalışma kapsamında günümüzde yürürlükte bulunan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun disiplin ile ilgili hükümleri, 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun ve Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği ele alınacaktır.

Anayasa'nın yüz yirmi sekizinci maddesinde düzenlenen "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" hükmünün disiplin suç ve cezalarını da kapsadığı ileri sürülmektedir¹⁹.

¹⁷ Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, "Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin Bir İnceleme", Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2, (1), (2021): 25.

¹⁸ Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, "Kamu Personel İstihdam Sayıları 2022.", Erişim Tarihi: Ağustos 03, 2022. <https://www.sbb.gov.tr/kamu-istihdami/>.

¹⁹ Bahtiyar Akyılmaz, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6, (2), (2002) s.6.

657 Devlet Memurları Kanunu 1965 yılında devlet memurlarının hizmet şartlarını, niteliklerini, atanma ve yetiştirilmelerini, ilerleme ve yükselmelerini, ödev, hak, yüküm ve sorumluluklarını, aylıklarını ve ödeneklerini ve diğer özlük işlerini düzenlemek amacıyla²⁰ kabul edilmiş ve yayımlanmıştır. Kamu personeli ile ilgili genel düzenleme olma niteliğine sahip olan bu kanun, geçen süre içinde çok sayıda değişikliğe uğrayarak günümüze gelmiştir. Devlet memurlarının özlük işleri bağlamında çok sayıda düzenlemeyi içinde barındıran bu kanunun “disiplin” başlıklı yedinci bölümünde yüz yirmi dört ila yüz kırk beşinci maddeleri arasında disiplin hükümleri düzenlenmiştir. Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile disiplin suçu oluşturan fiillerin ve disiplin soruşturma süreciyle ilgili düzenlemelerin yer aldığı bu hükümler arasında muhakkiklik görevine yer verilmemiş, yalnızca yüz otuz dördüncü maddede disiplin kurullarının çalışma usullerinin Cumhurbaşkanı tarafından çıkartılacak yönetmelikle düzenleneceği kabul edilmiştir.

1982 yılında yayımlanan Disiplin Amirleri ve Disiplin Kurulları Hakkında Yönetmelik 2021 yılında ilga edilerek yerine 29 Nisan 2021 tarihli Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği yayımlanmıştır. Yeni disiplin yönetmeliği ile ilk defa muhakkik görevlendirmelerine yer verilmiş ve böylece muhakkiklik görevi yasal zemine kavuşturulmuştur. Yönetmeliğin “disiplin soruşturması” başlıklı yirmi sekizinci maddesinde “disiplin soruşturmasında muhakkik görevlendirilmesi hâlinde muhakkikin hakkında soruşturma yapacağı memurdan hiyerarşik olarak alt seviyede olamayacağı” düzenlenmiştir. Hiyerarşi kavramı makam ve görevlerin ast-üst veya önem sırasına göre sıralanması olarak tanımlanabilmektedir. Bu bağlamda Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine göre disiplin soruşturmalarında muhakkik olarak görevlendirilen personelin, hakkında soruşturma yürütülen personel ile eşit veya personelin üstü konumda olması gerektiği kabul edilmiştir. Bu düzenleme dışında muhakkik olarak görevlendirilme noktasında farklı bir parametre belirlenmediği ve yalnızca soruşturulan memurun altı konumunda bir personel olmaması kriteri benimsendiği görülmektedir.

1981 yılında yayımlanan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu yükseköğretim kurumları tarafından yürütülen iş ve işleyiş ile öğretim elemanları ve öğrencilerle ilgili hükümlerin düzenlendiği genel kanun niteliğindedir. Kanunun “Disiplin ve ceza işleri” başlıklı dokuzuncu bölümü ve elli üçüncü maddesinde yükseköğretim kurumlarında görevli personelin disiplin hükümleri düzenlenmiştir. Çeşitli değişiklikler yapılarak günümüze kadar gelen bu düzenlemede “muhakkik” kavramı yerine “soruşturmacı” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinden farklı olarak 2547 sayılı Kanun’da soruşturmanın teftiş veya denetim elemanları ile muhakkikler tarafından yürütülmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanunun

²⁰ Devlet Memurları Kanunu, m.2.

elli üçüncü maddesinin (A) fıkrasında disiplin amirinin soruşturmayı kendisi yürütebileceği gibi bir komisyon veya soruşturmacı görevlendirebileceği²¹ düzenlenerek bu konuda disiplin amirine bir takdir hakkı verilmiştir. Yine aynı maddenin devamında soruşturmacının görev ve unvanının, hakkında disiplin soruşturması yürütülen personel ile aynı veya üstü seviyede olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme dışında soruşturmacı olarak görevlendirilme noktasında farklı bir parametre bulunmamaktadır. Bu durum aynı zamanda hakkında disiplin soruşturması yürütülen personel ile eşit görev ve unvana sahip olan personelin de soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesine olanak vermektedir.

7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun; Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığından teşekkül eden genel kolluk teşkilatları personelinin disiplinsizlik ve cezaları, disiplin amirleri ve kurulları, disiplin soruşturma usulü ile diğer ilgili hususları düzenlemek amacıyla yayımlanmıştır²². 2017 yılında Bakanlar Kurulu tarafından olağanüstü hâl kapsamında 682 sayılı Kanun Hükmünde Kararname olarak yapılan bu düzenleme, 2018 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilerek kanun haline getirilmiştir. Kanun'un "Disiplin amirlerinin soruşturmaya ilişkin yetkileri" başlıklı on dördüncü maddesinde disiplin soruşturmalarının bizzat disiplin amirleri veya görevlendirilecek soruşturmacılar tarafından yürütüleceği düzenlenmiştir. Madde hükmünün ikinci fıkrasında soruşturmacı olarak görevlendirilecek personelin hakkında disiplin soruşturması yürütülen personelin "üstü konumundaki" bir veya daha fazla personelin görevlendirilebileceği, heyet olarak görevlendirme halinde ise soruşturulan personelin astı konumundaki personelin de görevlendirilebileceği kabul edilmiştir²³. Bu bağlamda 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun'da da diğer düzenlemelere benzer şekilde soruşturulan personel ile muhakkik arasında hiyerarşik yapının parametre olarak kabul edildiği, bunun dışında herhangi bir kriter aranmadığı görülmektedir.

Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği 2017 yılında adli ve idari hakimler ile savcılar dışında kalan Adalet Bakanlığı personeli ile ilgili yürütülecek disiplin soruşturmaları ve disiplin amirleri ile disiplin kurullarının iş ve işleyişinin düzenlenmesi amacıyla yayımlanmıştır²⁴. Yönetmeliğin "Disiplin soruşturmasına başlama ve muhakkiklik" başlıklı yirmi üçüncü maddesinde disiplin soruşturmalarının yazılı olarak görevlendirilecek muhakkikler tarafından yapılacağı, muhakkiklik görevi verilebilecek personel bulunmaması halinde

²¹ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 06.11.1981 tarih ve 17506 sayılı Resmî Gazete, m.53/A.

²² 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun, 08.03.2018 tarih ve 30354 sayılı Resmî Gazete (Mük), m.1.

²³ 7068 sayılı Kanun, m.14.

²⁴ Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği, 05.04.2017 tarih ve 30029 sayılı Resmî Gazete, m.1.

bir tutanak tanzim edilerek disiplin soruşturması yapmak üzere bir üst disiplin amirine gönderileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik hükmünün ikinci fıkrasında muhakkik olarak görevlendirilecek personelin hakkında disiplin soruşturması yapılacak personelden daha üst veya eşit bir görevde bulunmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir²⁵. Düzenleme ile muhakkik görevlendirmeleri noktasında farklı bir parametre benimsenmemiş, yalnızca hakkında disiplin soruşturması yürütülecek personelden “görev” olarak üste olan bir personelin muhakkik olarak görevlendirilebileceği esası benimsenmiştir.

Çalışma konusu kapsamında ele alınan yasal mevzuat muhakkik seçimi bağlamında genel olarak ele alındığında muhakkik görevlendirilmelerinde hakkında disiplin soruşturması yürütülecek personelin görev veya unvanının, muhakkik seçimi noktasında önemli bir unsur olduğu, muhakkik olarak seçilecek personelde aranan yegane kriterin hakkında disiplin soruşturması yürütülecek personelin hiyerarşik, görev veya unvan olarak üstü konumunda olması kriteri olduğu, bazı düzenlemelerde hakkında disiplin soruşturması yürütülecek personel ile eşit seviyede görev veya unvana sahip olan personelin de muhakkik olarak görevlendirilmesine olanak verildiği görülmektedir. Bu durumun birtakım eksiklikleri içinde barındırdığı değerlendirilmektedir. Bu noktada örneğin muhakkik olarak görevlendirilecek personelde “yeterlilik” bağlamında aranan bir kriter bulunmamasının önemli bir sorun ortaya çıkardığı değerlendirilmektedir. Bu durum aynı zamanda soruşturulacak personelin dengi veya üstü konumunda olan tüm personelin muhakkik olarak görevlendirilebilmesinin mümkün olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

II. MUHAKKİKİN GÖREV VE YETKİLERİ

Disiplin soruşturma sürecinin asli unsurları arasında yer alan muhakkikin görev ve yetkileri disiplin soruşturmasının yapılacağı kurumun yasal mevzuatına göre farklılık gösterebilmektedir. Çalışma kapsamında ele alınan mevzuat, muhakkikin görev ve yetkileri kapsamında irdelenecektir. Muhakkiklerin görevi disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve disiplinsizlik gösteren personelin cezalandırılarak kamu kurum ve kuruluşlarında düzenli işleyişin sağlanması amacına hizmet etmektir. Bu bağlamda muhakkik, kendisini görevlendiren disiplin amiri adına disiplin soruşturma sürecini yürüterek bir rapor halinde disiplin amirine sunmaktadır. Disiplin amirleri, muhakkikler tarafından hazırlanan disiplin soruşturma raporunu esas alarak soruşturma sürecini sonuçlandırmaktadır. Bu bağlamda muhakkiklerin disiplin soruşturması yürütme görevini yerine getirme sürecinde kullandığı yetkilerin ele alınmasında yarar görülmektedir.

²⁵ Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği, m.23.

A. DEVLET MEMURLARI DİSİPLİN YÖNETMELİĞİNE GÖRE MUHAKKİKİN YETKİLERİ

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin "Muhakkikin çalışma usulü" başlıklı yirmi dokuzuncu maddesi, disiplin amirlerine tanınan savunma isteme ve ceza verme yetkisi dışında soruşturma konusu olayla ilgili tüm yetkilerin muhakkikler tarafından kullanılabilceğini, bu kapsamda muhakkiklerin her türlü evrakı inceleme, hakkında disiplin soruşturması yürütülen memurun ifadesini alma, disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili bilgi sahibi olan kişilerden bilgi almaya yetkili olduğunu düzenlemiştir²⁶. Bu bağlamda Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine göre muhakkikin yetkilerinin evrak inceleme, hakkında disiplin soruşturması yürütülen memurun ifadesini alma ve bilgi sahiplerinin bilgisine başvurma şeklinde üç başlık altında toplanabileceği değerlendirilmektedir. Çalışma kapsamında bu yetkiler hakkında bilgi verilmesinde yarar görülmektedir.

1. Muhakkikin Evrak İnceleme Yetkisi

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği ile muhakkiklere verilen yetkilerin başında evrak inceleme yetkisi gelmektedir. Devlet tüzel kişiliği tarafından yürütülen iş ve işlemler yazılı dokümanlar halinde belge, tutanak, rapor gibi şekillerde gerçekleşmektedir. Yapılan işlemlerin resmi olarak kayıt altına alındığı bu süreçte yazılı hale getirilerek evrak halini alan dokümanlar, disiplin soruşturmasına konu olan olayın açıklığa kavuşturulması noktasında en önemli deliller olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle disiplin soruşturmalarında muhakkiklere verilen ilk yetki, disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili evrakların incelenmesi yetkisidir. Bu noktada muhakkik, soruşturma konusu olayla ilgili tanzim edilmiş evraklar üzerinde inceleme yaparak disiplin suçu oluşturan veyahut disiplin soruşturmasına konu olayı açıklığa kavuşturabilecek belgeleri disiplin soruşturma raporuna esas alınmak üzere soruşturma dosyasına dâhil etmektedir.

Ceza hukukunda evrak inceleme yetkisi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Belge ve kağıtları inceleme yetkisi" başlıklı yüz yirmi ikinci maddesinde Cumhuriyet savcısı ve hâkime verilmiştir²⁷. Düzenlemeyle ceza hukukunda suçun işlenip işlenmediğinin ortaya konulması amacıyla bir suç soruşturmasında ele geçen belgelerin yalnızca yargılamanın asli unsurları tarafından incelenebileceği kabul edilmiştir. Bunun dışında Anayasa'nın otuz altıncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamında müdafî veya vekil sıfatıyla yargılama süreçlerine dâhil olan avukatlara da evrakları inceleme yetkisi verildiği ifade edilmektedir²⁸. Ceza hukukunda belge inceleme yetkisi

²⁶ Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği, m.29.

²⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu, 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmî Gazete, m.122.

²⁸ Ali Pehlivan, "Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19, (2), (2013): 1535

bunlar dışında herhangi bir makama tanınmamıştır. Disiplin soruşturmalarda ise belge inceleme ve örnek alma yetkisi öncelikle muhakkiklere, disiplin cezası verilme sürecinde de yetkili disiplin mercilerine verilmiştir. Bu yönüyle belge inceleme yetkisi bağlamında Cumhuriyet savcıları tarafından yürütülen adli soruşturmalar ile disiplin soruşturmalarında muhakkik tarafından yürütülen işlemler arasında bir homojenlik durumu söz konusu olduğu değerlendirilmektedir.

2. Muhakkikin İfade Alma Yetkisi

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği ile muhakkiklere verilen ikinci yetki ifade alma yetkisidir. Hakkında disiplin soruşturması yürütülen personelin soruşturma konusu olayla ilgili beyanlarının alınması işlemine ifade alma adı verilmektedir. İfade alma işlemi esasen soruşturulan personelin soruşturma konusu olayla ilgili sözlü beyanlarının yazılı hale getirilmesi süreci olarak da tanımlanabilmektedir. Disiplin soruşturma sürecinde bu işlem muhakkik tarafından yerine getirilen işlemler arasında yer almaktadır. Disiplinsizlik gösteren personelin cezalandırılması noktasında ilgili personelin beyanı önemli deliller arasında yer almaktadır. Zira disiplin mevzuatında geçen “mazeretsiz” veya “özürsüz” olma gibi durumlar, ancak personelin beyanı alındıktan sonra ortaya konulabilecek haller olarak görülmektedir. Bu nedenle muhakkik, hakkında disiplin soruşturması yürütülen personelin beyanlarını alarak suçun manevi unsurları olarak bilinen kast veya taksire dayalı sorumluluğunu tespit etmeye çalışmaktadır.

Ceza hukukunda ifade alma işlemi Ceza Muhakemesi Kanunu’nun tanımlar başlıklı ikinci maddesinde “Şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesi” şeklinde tanımlanmıştır²⁹. Ceza hukuku kapsamında yürütülen bir soruşturma işlemi ile ilgili alınan tüm beyanlar “ifade alma” niteliği taşımamaktadır, ifade alma işleminin yalnızca “hakkında soruşturma yürütülen kişinin” soruşturma konusuyla ilgili beyanlarının alınması olarak tanımlanmaktadır³⁰. Soruşturma kapsamında dinlenen diğer kişilerin beyanları, Yakalama ve Gözaltına Alma Yönetmeliği’nin dördüncü maddesinde “Bilgi alma” olarak tanımlanmıştır³¹. Disiplin hukukunda hakkında disiplin soruşturması yürütülen personelin soruşturma konusu olayla ilgili beyanlarının alınması yetkisi muhakkiklere tanınmışken ceza soruşturmasında bu yetkinin kolluk görevlileri ile Cumhuriyet savcılarına verildiği görülmektedir. Pratikte kolluk görevlileri tarafın-

²⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu, m.2.

³⁰ Faruk Turhan ve Murat Aksan, “Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24, (2), (2020): 292.

³¹ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazete, m.4.

dan alınan beyanlar fezleke haline getirilerek Cumhuriyet savcılığına gönderilmekte ve Cumhuriyet savcıları tarafından suçun oluşup oluşmadığı hususunda bir değerlendirme yapılarak yetkili mahkemeye sunulmaktadır. Disiplin soruşturmasında ise suçun oluşup oluşmadığı hususunda değerlendirme yapma görevi muhakkikler tarafından yerine getirilerek yetkili disiplin amirine sunulmaktadır.

3. Muhakkikin Tanık Dinleme Yetkisi

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği ile muhakkiklere verilen bir diğer yetki “memur tarafından gösterilen veya bilgisi olabileceği değerlendirilen kişilerden bilgi isteme veya bunları dinleme” yetkisidir³². Bu yetki soruşturma konusu olayın açıklığa kavuşturulması noktasında katkıda bulunması muhtemel beyan delillerinin elde edilmesi amacıyla verilmiş bir yetki olarak görülmektedir. Disiplin suçları yalnızca resmî belgeler üzerinde işlenebilen suçlar değildir, evrak üzerinde işlenen suçlar dışında görevin yerine getirilme sürecinde işlenebilen çeşitli disiplin suçları da bulunmaktadır. Bu suçların işlenmesi sırasında kamu kurumunda görev yapan diğer memurlar ile hizmet alan kişilerin tanıklık etmesi mümkün görülmektedir. Disiplin hukukunda muhakkike verilen tanık veya bilgi sahiplerinin dinlenmesi yetkisi de böyle bir durumun söz konusu olması halinde tanık beyanlarının kayıt altına alınarak disiplin soruşturma dosyasına eklenmesi amacıyla hizmet etmektedir. Ceza hukukunda tanıklık, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun üçüncü kısmında kırk üç ile altmış birinci maddeler arasında detaylı olarak ele alınmıştır. Yargılamaya taraf olmamakla birlikte soruşturma konusu olayı beş duyu organı ile algılayarak bilgisini yetkili makamlar önünde dile getiren kişiye tanık adı verilmektedir³³. Tanıklık ise meydana gelen bir suç ile ilgili bilgi sahibi olan kişilerin bilgilerini mahkeme huzurunda beyan etmesi şeklinde tanımlanabilmektedir. Bu süreçte maddi gerçekliği ortaya çıkarmak amacıyla kovuşturma konusu olaya şahitlik eden kişilerin bilgi ve görgüleri alınmakta ve buna göre hüküm kurulmaktadır. Disiplin soruşturmasında ise disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili bilgi sahibi olanların beyanları muhakkikler tarafından alınarak yazılı hale getirilmekte, meslekten veya kamu görevinden çıkarma cezaları ile ilgili yapılacak değerlendirme dışında disiplin cezası vermeye yetkili disiplin amirleri veya kurulları tarafından tanıkların dinlenmesi şeklinde bir uygulamaya yer verilmemektedir.

³² Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği, m.28.

³³ Semiyet Badem, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 0, (45), (2021): s.290.

B. DİĞER DÜZENLEMELERE GÖRE MUHAKKİKİN YETKİLERİ

Disiplin soruşturmalarına yasal dayanak teşkil eden mevzuat Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği ile sınırlı değildir. Bu düzenleme dışında farklı kamu kurum ve kuruluşlarının personeli hakkında uygulanan ve muhakkiklere çeşitli yetkiler veren düzenlemeler bulunduğu görülmektedir. Çalışma kapsamında muhakkiklere Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinden farklı yetkiler veren 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun disiplin ile ilgili hükümleri, 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun ve Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği hükümleri ele alınacaktır.

1. Yükseköğretim Kanunu'nda Muhakkikin Yetkileri

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun disiplin hükümleri ile ilgili düzenlemeleri ihtiva eden elli üçüncü maddesinde muhakkik kavramı yerine soruşturmacı kavramı kullanmış ve soruşturmacının “disiplin soruşturmasıyla ilgili bilgi ve belgeleri toplama, ifade alma, tanık dinleme, bilirkişiye başvurma, keşif yapma, inceleme yapma ve ilgili makamlarla yazışma yetkisini haiz olduğu” düzenlenmiştir³⁴. Düzenleme ile muhakkiklere verilen bilgi ve belgeleri toplama, ifade alma, tanık dinleme yetkilerinin Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği ile paralellik gösterdiği, bunların yanında muhakkiklere; bilirkişiye başvurma, keşif yapma, inceleme yapma ve ilgili makamlarla yazışma yapma gibi yetkiler verildiği görülmektedir. Çalışma kapsamında muhakkiklere verilen bu yetkiler irdelenecektir.

a. Muhakkikin Bilirkişiye Başvurma Yetkisi

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda, Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği ile verilen yetkiler dışında muhakkiklere birtakım farklı yetkiler verildiği görülmektedir. Bu yetkilerin başında “bilirkişiye başvurma” yetkisi gelmektedir. Bilirkişi terimi kavramsal olarak 2017 tarihli Bilirkişi Yönetmeliği'nin “tanımlar” başlıklı dördüncü maddesinde açıklanmıştır. Yönetmelik hükmüne göre bilirkişi; “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulmuş gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi” şeklinde tanımlanmaktadır³⁵. Disiplin soruşturmalarına konu olayın açıklığa kavuşturulması her zaman beyanlar ve belgelerin incelenmesi ile mümkün olmamaktadır. Devlet memurları tarafından yürütülen mutemetlik ve hesap işlemleri ile akademik çalışmalarda işlenebilecek disiplinsizlik örneklerinde olduğu gibi bazı görevlerle ilgili yürütülecek disiplin soruşturma süreçleri teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmektedir. Bu nedenle disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili maddi gerçekliğin ortaya çıkarılması sürecinde muhakkike bilirkişiye başvurma yetkisi verilerek göre-

³⁴ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, m.53/A, (g).

³⁵ Bilirkişi Yönetmeliği, 03.08.2017 tarih ve 30143 sayılı Resmî Gazete, m.4.

vin doğasına uygun olarak yapılıp yapılmadığının tespit edilmesinde uzman bilgisine ihtiyaç duyulması halinde bu ihtiyacın karşılanması amaçlanmıştır.

Ceza hukukunda bilirkişilik kurumu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun altmış iki ile yetmiş üçüncü maddeleri arasında detaylı olarak düzenlenmiştir. Düzenleme ile bir suç soruşturmasında çözümü uzmanlık veya teknik bilgi gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise hâkim veya mahkeme tarafından bilirkişi görevlendirilebileceği kabul edilmiştir. Genel olarak bilirkişiye başvurma sebeplerinin; bilirkişinin sahip olduğu teknik bilginin yargı mercilerine sunulması, bilirkişinin bilgisini kullanarak vardığı sonucun bildirilmesi ve bir durumun tespit edilmesi olarak üç başlık altında toplanabileceği ifade edilmektedir³⁶. Bilirkişi raporu Anglo-Amerikan hukuk sisteminde tanık delili ile eşdeğer olarak kabul edildiği ve hatta bilirkişilerin "Expert witness" olarak adlandırılan uzman tanık olarak değerlendirildiği ifade edilmektedir³⁷. Bu noktada ceza hukukunda Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemeye verilen bilirkişi görevlendirme yetkisinin disiplin hukukunda muhakkiklere verildiği görülmektedir. Muhakkik tarafından yürütülen disiplin soruşturma sürecinde çözümü uzmanlık veya teknik bilgi gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde bilirkişiye başvurulmakta ve düzenlenen bilirkişi raporu disiplin soruşturma raporuna eklenecek yetkili disiplin merciine sunulmaktadır.

b. Muhakkikin Keşif Yapma Yetkisi

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda, Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği ile verilen yetkilerden farklı olarak muhakkiklere verilen diğer bir yetki "keşif yapma" yetkisidir. Kavramsal olarak keşif yapma meydana gelen bir olayla ilgili olay yerinde yapılan ve olayın oluş şeklini ortaya çıkarma amacına hizmet eden bir faaliyet olarak tanımlanabilmektedir. Genel olarak keşif işleminin bir olayın sebep veya sebeplerinin anlaşılması veya yargısal mercilerin bir olay veya uyuşmazlıkla ilgili bütün duyu organlarını kullanarak bilgi sahibi olması amacıyla yapıldığı ifade edilmektedir³⁸. Disiplin soruşturmalarında da soruşturma konusu olayın açıklığa çıkarılabilmesi için olayın yerinde görülmesi ihtiyacı ortaya çıkabilmekte ve muhakkik tarafından keşif yapılarak soruşturma dosyasına eklenebilmektedir.

Ceza hukukunda keşif işlemi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun seksen üç ve seksen dördüncü maddelerinde düzenlenmiştir. Düzenleme ile ceza soruşturma ve kovuşturmasında keşif yetkisi hâkim veya mahkemeye verilmiş, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu yetkinin Cumhuriyet savcısı tarafından kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda ceza hukukunda

³⁶ Ersin Erdoğan ve S. Hilal Üçüncü, "Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 10, (1), (2020), 360

³⁷ Fulya Teomete Yalabık, "Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, (0), (2014): 2119.

³⁸ Melike Özge Çebi Buğdaycı, "İdari Yargılama Usulünde Keşif Delili", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29, (1), (2021): 3-4.

hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından kullanılan keşif yapma yetkisinin disiplin hukukunda muhakkiklere verildiği görülmektedir.

c. Muhakkikin İnceleme ve Yazışma Yapma Yetkisi

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile muhakkiklere verilen bir diğer yetki ise inceleme ve yazışma yapma yetkisidir. İnceleme yapma yetkisi muhakkikin soruşturma konusu olayı açıklığa kavuşturabilecek her türlü delili soruşturma kapsamında ele alabilmesi şeklinde gerçekleşirken, yazışma yapma yetkisi hakkında soruşturma yürütülen personelin görevli olduğu kurum içinde veya farklı kurumlarla muhakkikin görevlendirildiği disiplin amiri adına yazışma yapması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Disiplin soruşturmaları, kamu personelinin görevli olduğu birim tarafından yerine getirilen iş ve işlemlerde tanzim edilen evraklar üzerinden yürütülebileceği gibi bu evrakların gönderildiği kurumlar veya soruşturma konusunun ilgili kamu görevinin bir bölümü olması halinde bu kamu görevi ile ilgili tanzim edilen evrakların tümünün incelenmesi ihtiyacını ortaya çıkarabilmekte veyahut soruşturmanın adli tarafının bulunması halinde adli işlemlerde esas alınan bilgi ve belgelerin soruşturma dosyasına dahil edilmesi gerekebilmektedir. Muhakkiklere verilen inceleme ve yazışma yapma yetkisi ile hakkında soruşturma yapılan kamu personelinin görevli bulunduğu kurum ile diğer kurumlar nezdinde yer alan ve soruşturma konusu olayı aydınlatma niteliğine haiz olan delillerin soruşturma dosyasına eklenmesinin amaçlandığı şeklinde değerlendirilmektedir.

Ceza hukukunda inceleme ve yazışma yetkisi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri" başlıklı yüz altmış birinci maddesinde düzenlenmiştir. Düzenleme ile Cumhuriyet savcılarında suç soruşturmaları ile ilgili doğrudan veya adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapma ve tüm kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteme yetkisi verilmiştir³⁹. Yine aynı kanunun "Bilgi isteme" başlıklı üç yüz otuz ikinci maddesinde suç soruşturma ve kovuşturmalarında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilerin on gün içinde gönderilmesinin zorunlu olduğu, bu görevleri yerine getirmeyen kamu görevlileri bakımından Türk Ceza Kanunu'nun iki yüz elli yedinci maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceği kabul edilmiştir.⁴⁰ Bu noktada Ceza Muhakemesi Kanunu'nun üç yüz otuz ikinci maddesinin yüz altmış birinci maddeyi de kapsayacak şekilde düzenlenmekle birlikte yüz altmış birinci maddede bilgi isteme yetkisinin Cumhuriyet savcısına verilmesine ve soruşturma süreci ile sınırlı olmasına karşın üç yüz otuz ikinci maddede bu yetkinin hakim ve mahkemeye verildiği ve kovuşturma aşamasında da kullanılabilmesine olanak verildiği dile getirilmektedir⁴¹. Bu bağlamda ceza hukukunda Cumhuri-

³⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 161.

⁴⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 332.

⁴¹ Bilal Osmanoğlu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemelerin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 33, (151), (2020): 106.

yet savcısı, hâkim veya mahkemeye verilen yazışma yapma yetkisinin disiplin hukukunda muhakkiklere verildiği görülmektedir.

2. Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanuna Göre Muhakkikin Yetkileri

Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun metninde, Yükseköğretim Kanunu'na benzer şekilde muhakkik terimi yerine "soruşturmacı" kavramına yer verildiği görülmektedir. Kanunun "Disiplin amirlerinin soruşturmaya ilişkin yetkileri" başlıklı on dördüncü maddesinde, diğer düzenlemelere benzer olarak muhakkiklere; "bilgi ve belge toplama, ifade alma, tanık dinleme, bilirkişi görevlendirme, keşif yapma, inceleme yapma ve ilgili makamlarla yazışma yapma" gibi yetkilerin verildiği, diğer düzenlemelerden farklı olarak "Hâkim veya savcı kararı gerektirmeyen durumlarda kriminal inceleme yaptırma da dâhil olmak üzere her türlü inceleme yapma" yetkisi verildiği görülmektedir. Çalışma kapsamında muhakkiklerin daha önce ele alınan yetkileri tekrar ele alınmayacak, yalnızca diğer düzenlemelerden farklı olarak verilen "kriminal inceleme yapma" yetkisi tartışılacaktır.

a. Muhakkikin Kriminal İnceleme Yapma Yetkisi

7068 sayılı Genel Kolluk Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun, diğer düzenlemelerden farklı olarak muhakkiklere hâkim veya savcı kararı gerektirmeyen hallerde kriminal inceleme yapma yetkisi tanımıştır. Kriminalistik kavramı farklı bilimsel yöntemler kullanılarak suç veya suçlunun tespit edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁴². Genel kolluk teşkilatları tarafından yürütülen hizmetlerin türü ve niteliği göz önüne alınarak yapılan bu düzenleme ile disiplin soruşturmasının yürütüleceği birimin teknik imkânlarından faydalanması amaçlanmıştır. Kolluk personeli tarafından yürütülen iş ve işlemlerle ilgili yürütülecek bir disiplin soruşturmasında kriminal inceleme ihtiyacı ortaya çıkması halinde bu ihtiyacın karşılanması amacıyla muhakkiklere kriminal inceleme yetkisi verilmiş ve bu yetki hâkim veya savcı kararı gerektirmeyen durumlar ile sınırlandırılmıştır.

Ceza hukukunda kriminal inceleme, suç soruşturma ve kovuşturmalarda görevli birimler tarafından teknik imkanlar kullanılarak suçun aydınlatılması ve suçlunun tespit edilmesi amacıyla hizmet etmektedir⁴³. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun farklı maddelerinde düzenlenen kriminal inceleme yapma yetkisi, yapılacak inceleme işleminin niteliğine göre Cumhuriyet savcısı veya hâkime verilen bir yetki olarak düzenlenmiştir. Kolluk personelinin disiplin hükümlerinin düzenlendiği 7068 sayılı kanunla muhakkiklere

⁴² Seyfettin Arıkan, "Kriminalistik", Ankara Barosu Dergisi, 0, (4), (2014): 493.

⁴³ Ahmet Nezih Kök, "Parmak İzlerinin Delil Olarak Kullanılması", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7, (3-4), (2003): 3.

kriminal inceleme yetkisi verilerek disiplin soruşturma sürecinde kriminal inceleme yapılabilmesinin yasal altyapısı oluşturulmuştur. Çalışma konusu bağlamında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun farklı maddeleri ile Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemeye verilen kriminal inceleme yapma yetkisinin disiplin hukukunda muhakkiklere verildiği görülmektedir.

3. Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği'ne Göre Muhakkikin Yetkileri

Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği, Adalet Bakanlığına bağlı merkez ve taşra teşkilatlarında görevli olup adli ve idari yargı hâkimleri ile savcılar dışında kalan memurlar ve sözleşmeli personellerin disiplin hükümlerinin yer aldığı düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Yönetmeliğin "disiplin soruşturmasına başlama ve muhakkiklik" başlıklı yirmi üçüncü maddesinde muhakkiklik görevi ile ilgili düzenlemelere yer verilmiş ve muhakkiklerin "kendisini görevlendiren disiplin âmirinin disiplin cezası verme yetkisi hariç bütün yetkilerini haiz olduğu, soruşturma konusuyla sınırlı olmak üzere her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan ve kişilerden bilgi ve belge alma, tanık dinlemeye, mahallinde keşif yapmaya, hakkında soruşturma yapılan memurun savunmasını almaya ve soruşturma raporu düzenlemeye" yetkili olduğu kabul edilmiştir. Muhakkiklere verilen bu yetkilerin genel olarak diğer düzenlemelere benzer veya paralel nitelikte olduğu görülmekle birlikte yönetmelikle diğer düzenlemelerden farklı olarak muhakkiklere, hakkında soruşturma yapılan memurun savunmasını alma ve soruşturma raporu düzenleme şeklinde iki farklı yetkinin verildiği görülmektedir. Çalışma kapsamında bu iki yetkinin ele alınmasında yarar görülmektedir.

a. Muhakkikin Savunma Alma Yetkisi

Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği ile diğer düzenlemelerden farklı olarak muhakkiklere hakkında soruşturma yürütülen memurun savunmasını alma yetkisi verilmiştir. Savunma hakkı anayasal düzeyde düzenlenmiş temel haklar arasında yer almaktadır. Anayasa'nın otuz altıncı maddesinde her bireyin yasal araç ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve "savunma" ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir⁴⁴. Anayasa'nın yüz yirmi dokuzuncu maddesiyle kamu personeline savunma hakkı verilmeden disiplin yaptırımı uygulanamayacağı düzenlemesinin, hukuk devleti ilkesi ve kamu personelinin hukuksal güvenliği kapsamında yapıldığı ifade edilmektedir⁴⁵. Esasen çalışma kapsamında ele alınan düzenlemelerin tümünde, hakkında soruşturma yürütülen memurun savunma hakkı ile ilgili hükümler yer almaktadır. Ancak diğer düzenle-

⁴⁴ Süleyman Emre Özdemir, "Ek Savunma Hakkı (CMK m. 226)" İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10, (1), (2019): 89.

⁴⁵ Yusuf Karadeniz, "Jandarma Teşkilatı Özelinde Ceza Hukuku Genel Hükümleri ile Ceza Muhakemesi Hukuku Kurallarının Kolluk Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12, (1), (2022): 287.

melerde savunma hakkının farklı mercilere verildiği görülmektedir. Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinin otuzuncu maddesinde soruşturma sürecinin son safhasında disiplin amiri tarafından memurun savunmasının alınacağı kabul edilmiş, Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun'un otuz birinci maddesinde disiplin amiri veya disiplin kurulları tarafından savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği düzenlenmiştir. Yükseköğretim Kanunu'nda ise savunma isteme yetkisi "soruşturmayı yapan" makama verilmiştir. Soruşturmayı yapan terimi, Danıştay Üçüncü Dairesinin 29 Mayıs 1973 tarih, 1972/272 esas ve 1973/269 sayılı kararı ile açıklığa kavuşturulmuş ve savunma alma yetkisinin muhakkiklerin değil, bizzat disiplin cezası vermeye yetkili disiplin amirlerine ait olduğu ifade edilmiştir⁴⁶. Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği ile diğer düzenlemelerden farklı olarak hakkında soruşturma yürütülen personelin savunmasını alma yetkisi muhakkiklere tanınan yetkiler arasında sayılmıştır.

Ceza hukukunda savunma hakkı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun iki yüz on altıncı maddesinde düzenlenmiştir. Düzenleme ile yargı mercileri tarafından yürütülen yargılama faaliyetlerinde hükümden önce son sözün hazır bulunan sanığa verilmesi kabul edilmiştir. Böylece kovuşturma evresinde toplanan delillerle ilgili sanığın son savunması alınmakta ve buna göre hüküm kurulmaktadır. Bu noktada ceza hukukunda savunma alma yetkisinin hâkim veya mahkeme tarafından kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği ile muhakkiklere verilen savunma alma yetkisinin ceza hukukunda hâkim veya mahkemeye tanınan yetkiler arasında yer aldığı görülmektedir.

b. Muhakkikin Soruşturma Raporu Düzenleme Yetkisi

Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği ile diğer düzenlemelerden farklı olarak muhakkiklere verilen diğer bir yetkinin soruşturma raporu düzenleme yetkisi olduğu görülmektedir. Disiplin soruşturma raporu, muhakkik tarafından yürütülen disiplin soruşturma sürecinde yapılan iş ve işlemler, alınan beyanlar ile muhakkikin değerlendirme ve kanaatinin yer aldığı, muhakkiki görevlendiren disiplin amirine sunulan bir evrak olarak karşımıza çıkmaktadır. Disiplin soruşturma raporu düzenleme görevi çalışma kapsamında ele alınan diğer düzenlemelerde de yer almakla birlikte Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği ile "disiplin soruşturma raporu düzenleme" işlemi muhakkike verilen bir yetki olarak kabul edilmiştir. Disiplin soruşturma raporu, muhakkik tarafından yürütülen tüm işlemlerin bir sonucu olarak düzenlenmekte ve hukuki değerlendirme ile son bulmaktadır. Bu bağlamda çalışma kapsamında disiplin soruşturma raporuna da yer verilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

⁴⁶ Kafkas Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, "Disiplin Soruşturma Rehberi", Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2022, <https://www.kafkas.edu.tr/dosyalar/pdb/file/Disiplin-soru%C7B1urma-rehberi.pdf>. s:8.

C. Disiplin Soruşturma Raporu

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin "Muhakkikin çalışma usulü" başlıklı yirmi dokuzuncu maddesi muhakkikin "Giriş bilgileri, maddi delil ve belgeler, ifade ve bilgisine başvuru belgeleri, konuya ilişkin mevzuat, değerlendirme ve kanaat ile ihtiyaca göre oluşturulan diğer bölümlerden ibaret bir 'Muhakkik Raporu' düzenleyerek bu raporu gizli nitelikli evrak olarak kendisini görevlendiren disiplin amirine sunmakla görevli olduğu" düzenlenmiştir. Düzenleme ile disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili muhakkik tarafından yürütülen tüm iş ve işlemler ile hukuki değerlendirmenin yazılı hale getirilerek disiplin soruşturmasının bir sonraki safhasına geçileceği kabul edilmiştir.

Disiplin soruşturma raporunun içerik itibarıyla muhakkiklik görevinin niteliği ile ilgili önemli ipuçları verdiği değerlendirilmektedir. Disiplin soruşturma raporu muhakkiklik görevinin özeti ve sonucu niteliğine sahip olarak görülmektedir. Disiplin soruşturma raporunda yer alan; giriş bilgileri, maddi delil ve belgeler ile ifade veya bilgisine başvuru belgeleri gibi bölümler raporun temel açıklayıcı unsurları arasında yer alırken; konuya ilişkin mevzuat, değerlendirme ve kanaat gibi kısımlar doğrudan muhakkik tarafından yapılan hukuki inceleme değerlendirme olarak ortaya çıkmaktadır. Bu noktada muhakkik; disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili yasal mevzuat, hakkında soruşturma yürütülen memurun kast veya taksire dayalı sorumluluğu, soruşturma konusu fiil disiplinsizlik olarak değerlendirilmişse karşılığında verilecek olan disiplin cezası gibi hususları göz önüne alarak yetkili disiplin amirine bir "kanaat" bildirmektedir. Disiplin amirleri muhakkik tarafından belirtilen kanaate göre resen ceza vermeye yetkili olması halinde soruşturma sonucunu bizzat kararlaştırmakta, muhakkik kanaatinin disiplin kurulları tarafından verilecek bir ceza olması halinde disiplin soruşturma raporu yetkili disiplin kuruluna gönderilmektedir. Disiplin cezası vermeye yetkili amirler ile disiplin kurulları tarafından yapılan değerlendirme, muhakkik tarafından hazırlanan disiplin soruşturmasında yer alan beyanlar ve deliller üzerinden yapılmakta ve disiplin kurullarının görevi muhakkik tarafından hazırlanan disiplin soruşturma dosyası ile sınırlı kalmaktadır. Bu durumun tek istisnası 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun yüz yirmi dokuzuncu maddesi ile Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin otuzuncu maddesinde düzenlenen ve hakkında "Devlet memurluğundan çıkarma" cezası istenen personel ile ilgili Yüksek Disiplin Kurullarına verilen "memurun özlük dosyası ve diğer evrakları inceleme, ilgili kurumlardan bilgi alma, yeminli tanık ve bilirkişi dinleme ile keşif yapma" yetkisi ile hakkında soruşturma yürütülen personele tanınan "soruşturma evrakını inceleme, tanık dinletme, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma" hakkıdır.

Bu istisna dışında disiplin cezası vermeye yetkili mercilerin hareket alanı muhakkik tarafından hazırlanan disiplin soruşturma dosyası ile sınırlıdır. Bu bağlamda muhakkik tarafından hazırlanan disiplin soruşturma raporunun eksik veya hatalı olması halinde bu rapor esas alınarak verilen disiplin

cezasını da hatalı hale getirmektedir. Bu durum başta disiplin cezasına yapılan itirazı değerlendirme mercileri olmak üzere idari yargı yerlerinin iş yükünün artmasına neden olmakta ve önemli miktarda zaman ve enerji kaybına yol açmaktadır.

III. DİSİPLİN HUKUNUNDA YENİ BİR MUHAKKİKLIK MODELİ ÖNERİSİ

2021 yılında yayımlanan Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği ile disiplin soruşturmalarının muhakkikler eliyle yapılması zorunlu hale getirilmiştir. Esasen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda disiplin soruşturmasının muhakkikler tarafından yürütüleceğine dair bir zorunluluk bulunmadığı gibi bu yönde bir düzenleme de bulunmamaktadır. Ancak Danıştay'ın disiplin soruşturmalarının ceza vermeye yetkili disiplin amirleri tarafından yürütülmesinin soruşturmanın tarafsızlığı bağlamında birtakım tereddütler ortaya çıkaracağına dair içtihatları sonucunda disiplin soruşturmaları pratikte muhakkikler aracılığıyla yürütülmüş, yeni disiplin yönetmeliği ile muhakkiklik kurumunun yasal altyapısı oluşturulmuştur⁴⁷.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 1992 tarihli bir kararında disiplin soruşturmasını yapan muhakkiklik ile disiplin amirliğinin aynı kişide birleşmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiş ve disiplin soruşturmasını yapan personelin disiplin cezası verme noktasında da görevli olmasını iptal sebebi saymıştır⁴⁸.

Milli Eğitim Bakanlığına bağlı eğitim kurumlarında görevli olup muhakkiklik görevi verilen okul müdürleri üzerinde muhakkiklik görevi ile ilgili yapılan bir araştırmaya katılan okul müdürlerinin önemli bir çoğunluğu, "disiplin soruşturmaları konusunda uzman olmamaları, disiplin soruşturmalarının uzun zaman harcanmasını gerektirmesi, birlikte görev yaptıkları personel ile ilgili soruşturma yapmanın güçlüğü gibi gerekçelerle muhakkiklik görevinin kendilerine verilmesini uygun bulmadıklarını dile getirmiştir⁴⁹. Aynı konuda yapılmış başka bir araştırmaya katılan okul müdürleri disiplin soruşturması yürütecek uzmanlık bilgisine sahip olmadıklarını, muhakkiklik ile ilgili verilen hizmet içi eğitimin nitel olarak yetersiz, süre olarak kısa olduğunu dile getirmiştir⁵⁰.

Günümüzde yürütülen disiplin soruşturmalarında hakkında soruşturma yapılan memurun görevli bulunduğu kurum içinden ve kurumun tabii olduğu mevzuata göre denk veya üst bir görevde bulunan bir personelin muhakkik

⁴⁷ Çınarlı ve Azak, "Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin Bir İnceleme," 25.

⁴⁸ Gözler, İdare Hukuku, 702.

⁴⁹ Şirin ve Dal, "Okul Müdürlerinin Muhakkiklik Görevine İlişkin Görüşleri: Bağcılar, Bakırköy, Başakşehir, Esenler ve Zeytinburnu Örneği," 231.

⁵⁰ Hüseyin Ekinci ve Ali Sabancı, "Okul Müdürlerinin Soruşturma Görevlerini Yerine Getirirken Karşılaştıkları Sorunlar", Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, 39, (1), (2020): 148.

olarak atandığı ve disiplin soruşturmalarının bu soruşturmacı eliyle yürütüldüğü görülmektedir. Disiplin soruşturmacıları kendilerini görevlendiren makamın yetkilerini kullanarak disiplin soruşturmasına konu olayın meydana gelip gelmediği, olay meydana gelmişse disiplin suçu oluşturup oluşturmadığı, disiplin soruşturması olmuşsa hakkında soruşturma yapılan personelin kast ya da taksirinin bulunup bulunmadığı, soruşturulan personelin kast ya da taksiri bulunuyorsa bu fiil karşılığında alacağı ceza türünün ortaya konulması sürecinde görev almaktadır. Bu noktada muhakkik olarak görevlendirilecek personelin niteliği bağlamında sorunlu bir alan ortaya çıktığı değerlendirilmektedir. Günümüz pozitif hukukunda muhakkiklik bağlamında nitelik olarak özel bir düzenleme yapılmadığı, yalnızca muhakkik olarak görevlendirilecek personelin, hakkında disiplin soruşturması yürütülecek personel ile eşit ya da daha üst bir görevde bulunması veya unvana sahip olması gibi düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Kanımızca mülki idare amirlikleri ile yerinden yönetim kurumlarının hukuk işleri ile ilgili birimlerinde muhakkiklik görevi ile görevlendirilecek personelin istihdam edilerek muhakkiklik görevinin kurumsal hale getirilmesi halinde disiplin soruşturmalarında etkinlik sağlanabilecektir. Hukuk işleri biriminde istihdam edilecek bu personelin, hukuk fakültesi veya yeterli derecede temel hukuk eğitimi veren fakültelerin mezunları arasından seçilmesi, muhakkik olarak görevlendirilecek personelin ehliyet bağlamındaki yeterliliği durumunu ortaya çıkaracağı, ayrıca yalnızca bu görevi yerine getirmekle görevli olan bu personelin uzmanlaşma bağlamında önemli kazanımlar elde edeceği değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Günümüzde memur olarak adlandırılan personel tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin sağlıklı ve verimli bir şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla uyulması zorunlu yazılı kurallar düzenlenerek kamu kurum ve kuruluşlarında iş ve işleyişin düzenli olarak yürütülmesi amaçlanmıştır. Kamu kurumları tarafından yürütülen hizmetlerde görevli personelin bu kurallara uymayacak bir fiil işlemesinin önüne geçilmesi amacıyla disiplin suçları adı verilen belli fiiller kategorize edilerek karşılığında yaptırım öngörülmüştür. Bu yaptırımların kamu personeli hakkında uygulanması ise soruşturma şartına bağlanarak soruşturma yapılmadan disiplin cezası verilemeyeceği kabul edilmiştir. Disiplin soruşturması adı verilen bu soruşturma türünde kamu personelinin işlediği iddia edilen fiillerle ilgili araştırma ve inceleme işlemleri yapılarak personelin disiplinsizlik fiili işlediğine dair yeterli delil elde edilmesi halinde ilgili personel hakkında disiplin cezası işlemi uygulanmaktadır. Disiplin soruşturmaları “müfettiş” adı verilen teftiş ve denetim elemanları ile kamu kurumu içinden görevlendirilen muhakkikler eliyle yürütülmektedir. Çalışma konusunu oluşturan muhakkikler, yetkili disiplin amirleri tarafından disiplin soruşturmasının yürütüleceği kamu kurumu içinden seçilerek görev-

lendirilmektedir. Çalışma kapsamında ele alınan disiplin mevzuatlarına göre yetkili disiplin amirlerinin disiplin soruşturmasını yürütecek personelin görevlendirilmesi noktasında yalnızca muhakkik ile oluşturulan personelin görev veya unvanları noktasında bir düzenlemeye gidildiği, bunun dışında muhakkiklik görevi için herhangi bir ön koşul belirlenmediği tespit edilmiştir. Bu durumun idareye geniş takdir yetkisi verdiği değerlendirilmektedir. Ayrıca muhakkiklik görevi ile ilgili farklı bir parametrenin belirlenmemiş olması ve eşit düzeyde personelin de muhakkik olarak görevlendirilebilmesi ilgili kamu kurumu içinden çok sayıda personelin muhakkik olarak görevlendirilebilmesine olanak vermektedir. Bu hususun idare tarafından suistimal edilmeye açık bir durum ortaya çıkardığı değerlendirilmektedir. Ayrıca çalışma kapsamında ele alınan disiplin mevzuatları tarafından muhakkiklere tanınan yetkiler ceza hukuku ile mukayese edildiğinde muhakkikler tarafından kullanılan yetkilerin ceza hukukunda hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısına verilen yetkiler olduğu görülmüştür. Bu yönüyle disiplin soruşturmalarının ceza hukuku ile idare hukukunun kesişim noktalarından biri olduğu görülmektedir. Günümüzde adli yargıda hâkim veya Cumhuriyet savcısı olarak istihdam edilebilmek için Hukuk Fakültesi mezunu olmanın yanı sıra çeşitli sınavlardan geçmek ve belirli bir staj evresi geçirmek gerekmektedir. Bu aşamaların tümünden geçerek hâkim veya Cumhuriyet savcısı olarak görevlendirilen kamu personeline verilen yetkilerin disiplin hukukunda muhakkiklere verilmiş olmasında bir beis görülmemekle birlikte, muhakkik görevlendirilmelerinde herhangi bir eğitim veya sınav şartı aranmamasının disiplin soruşturmalarının sonucu hakkında ihtilafı bir durum ortaya çıkardığı değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda muhakkik olarak görevlendirilme noktasında yasal mevzuatın yetersiz veya daha yumuşak bir tabirle eksik olduğu, kamu kurumlarında yalnızca muhakkiklik görevi yapacak personelin istihdam edilmesi halinde disiplin soruşturmalarının daha sağlıklı yürütülmesini sağlayabileceği gibi disiplin amirleri ile kurullarının ve idari yargı mercilerinin iş yükünü hafifletilebileceği değerlendirilmektedir. Yapılacak böyle bir düzenleme ile muhakkikin bağımsızlığının yanında tarafsızlığının da sağlanabileceği değerlendirilmektedir. Bu tür bir düzenleme yapmanın tercih edilmemesi halinde muhakkik görevlendirmelerinde görev veya unvan olarak üst konumda ya da eşit olmak şeklindeki parametrenin yalnızca “üstü olmak” şeklinde değiştirilmesi gerektiği, ayrıca muhakkiklik temel eğitimi, unvan, gibi kriterlerin konulması gerektiği, bunun yanında kıdem unsurunun da göz önüne alınması gerektiği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği, 05.04.2017 tarih ve 30029 sayılı Resmî Gazete.
- Akyılmaz, Bahtiyar. “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (6), (2), (2002): 0-0.
- Arıkan, Seyfettin. “Kriminalistik”, *Ankara Barosu Dergisi*, 0, (4), (2014): 491-496.
- Badem, Semiyet. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 0, (45), (2021): 289-326.
- Bilirkişi Yönetmeliği, 03.08.2017 tarih ve 30143 sayılı Resmî Gazete.
- Bucaktepe, Adil. “Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19, (2), (2015): 199-224.
- Canoğlu, Veysel Candan. “Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Sosyal)*, 2018, (138), (2018): 231-272.
- Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, “Kamu Personel İstihdam Sayıları 2022.”, Erişim Tarihi: Ağustos 03, 2022. <https://www.sbb.gov.tr/kamu-istihdami/>.
- Çebi Buğdaycı,, Melike Özge. “İdari Yargılama Usulünde Keşif Delili”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29, (1), (2021): 1-45.
- Çınarlı Serkan ve Azak, Kerim. “Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin Bir İnceleme”, *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, (1), (2021): 15-31.
- Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği, 30.04.2021 tarih ve 31470 sayılı Resmî Gazete.
- Durmuş, A. Alper, *Memur Disiplin Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Ekinci Hüseyin ve Sabancı, Ali. “Okul Müdürlerinin Soruşturma Görevlerini Yerine Getirirken Karşılaştıkları Sorunlar”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 39, (1), (2020): 138-154.
- Erdoğan, Ersin ve Üçüncü, S. Hilal. “Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10, (1), (2020): 354-387.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku, Cilt II*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2003.
- Hatipoğlu, Mehmet ve Sarıcalar, Ahmet Cahit. “Memur Disiplin İşlemlerinde Amaç Unsuru”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28, (2), (2020): 675-711.

- Kafkas Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “Disiplin Soruşturma Rehberi”, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2022, <https://www.kafkas.edu.tr/dosyalar/pdb/file/Disiplin-soru%C7B7turma-rehberi.pdf>.
- Karadeniz, Yusuf. “Jandarma Teşkilatı Özelinde Ceza Hukuku Genel Hükümleri ile Ceza Muhakemesi Hukuku Kurallarının Kolluk Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, (1), (2022): 251-298.
- Kök, Ahmet Nezh. “Parmak İzlerinin Delil Olarak Kullanılması”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, (3-4), (2003): 3-8.
- Nohutçu, Ahmet, *İdare Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2016.
- Osmanoğlu, Bilal. “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemelerin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 33, (151), (2020): 103-138.
- Özdemir, Süleyman Emre. “Ek Savunma Hakkı (CMK m. 226)” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10, (1), (2019): 87-102.
- Pehlivan, Ali. “Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19, (2), (2013): 1491-1540.
- Sancakdar, Oğuz; Önüt, Lale Burcu; Us Doğan, Eser; Kasapoğlu Turhan, Mine ve Seyhan, Serkan. *İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Şirin, Ahmet ve Dal, Selahattin. (2019), “Okul Müdürlerinin Muhakkiklik Görevine İlişkin Görüşleri: Bağcılar, Bakırköy, Başakşehir, Esenler ve Zeytinburnu Örneği”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi*, 11, (3), (2019):215-240.
- Teomete Yalabık, Fulya. “Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16, (0), (2014): 2115-2162.
- Turhan Faruk ve Aksan, Murat. “Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24, (2), (2020): 289-331.
- Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2005.
- Ülker, İbrahim. “Disiplin Cezalarına Karşı İdari Başvuru (İtiraz)”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XIX, (1-2), (2015): 61-79.
- Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazete.

Zor, Burç Volkan. "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, (1), (2022): 201-250.

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu, 06.11.1981 tarih ve 17506 sayılı Resmî Gazete.

2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 09.11.1982 tarih ve 17863 sayılı Resmî Gazete, (Mük).

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmî Gazete.

657 Devlet Memurları Kanunu, 23.07.1965 tarih ve 12056 sayılı Resmî Gazete.

7068 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun, 08.03.2018 tarih ve 30354 sayılı Resmî Gazete (Mük).

TEMEL YASA İLE BELİRLENEN LİBERALİZMDEN GÜVENLİK YASASI İLE ARTAN ÇİN EGEMENLİĞİNE: GÜNCEL GELİŞMELER İŞİĞİNDA HONG KONG

*Gülçin DEMİRCAN**

GİRİŞ

Hong Kong Özel İdari Bölgesi, sosyalist Çin Halk Cumhuriyeti'ne kısmen bağlı ancak kapitalizm için oynadığı uluslararası ticaret merkezi rolü ve Anglosakson temelli hukuk anlayışı ile *"tek devlet iki sistem"* olarak adlandırılan bir bölgedir. Hong Kong'un *"mini anayasası"* olarak da anılan Temel Yasa her ne kadar Çin'den ayrı bir hukuk düzeni tesis ediyor gibi görünse de aslında İngiltere ve Çin arasında imzalanan 50 yıl süreli Ortak Deklarasyonun parçası olan bu düzen, Çin otoriterliğinden ayrı düşünülememektedir. Temel Yasa'nın içeriğindeki düzenlemelerin büyük bir çoğunluğunun Çin'in bölgedeki otoriterliğine alan sağladığı belirtilebilir. Nitekim Temel Yasa'nın yapım sürecinde rol oynayan tarafların, Çin ve Hong Kong arasındaki bağın sağlamlaştırılmasına hizmet ettiği söylenebilmektedir. Ancak bir yandan da İngiltere, Hong Kong üzerinde deyim yerindeyse *"kurtarıcı"* rol üstlenerek 1997 yılında, Hong Kong'u Çin'e devrederken liberal bir sistem yaratma arzusu ile ifade hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gibi hakların güvence altına alınmasını sağlamıştır. Tüm bu süreçlerde Hong Kongluların fikirlerinin sorulmaması, İngiltere için önemli olanın ticaret olduğu ve Hong Kongluların özgürlük taleplerinin ikinci planda olduğu düşüncesini akıllara getirmiştir. 2003 yılında Temel Yasa'nın 23. maddesi gereğince çıkarılmaya çalışılan mevzuata karşı tepkiler ve Hong Kong Baş Yöneticisinin seçimleri ile ilgili yeni düzenlemelerin getirilmesi sonucu ortaya çıkan 2014 Şemsiye Devrimi, Hong Kong'da insan hakları ve demokrasi için önemli sınavlar verilmesine neden olmuştur. 2019 Ulusal Güvenlik Yasası'nın belirsizliklerle dolu olması gerekçesiyle başlayan protestolar ve aynı yıl haziran ayında maske yasaklarına ilişkin itirazlar, Hong Kong'da Çin yönetimini rahatsız eden ayrık seslerin arttığı bir süreç olmuştur. Ulusal Güvenlik Yasası'nın yürürlüğe girmesi sonrası, Hong Kong'un Yüksek Mahkemesindeki İngiliz yargıçların hakların bu şehirde savunulmasının artık mümkün olmadığı gerekçesi ile istifalarını sunmaları bu bağlamda önem taşımaktadır.

* İzmir Demokrasi Üniversitesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, gulcin.demircan@idu.edu.tr.

Çalışma kapsamında; öncelikle Hong Kong'un statüsü, tek ülke, iki sistem ilkesi ve Temel Yasa incelenecektir. Batı'nın Hong Kong'u liberalleştirme çabası ve buna karşın Çin'in bölge üzerindeki etkisi ele alınacaktır. Bir başka başlık altında ise 1989 Tiananmen Meydanı Protestolarının, Temmuz 2003, 23. Madde Mevzuatı Protestolarının ve 2014 Şemsiye Devrimi'nin Hong Kong için anlamı ve sonuçları irdelenecektir. Son olarak 2019 Ulusal Güvenlik Yasası ve bu yasaya karşı oluşan tepkilerin nedenleri açıklanmaya çalışılacaktır.

I. Hong Kong'un Statüsü (Tek Ülke- İki Sistem) ve Temel Yasa (Hong Kong'un Mini Anayasası)

Hong Kong 1842 yılında, Birinci Afyon Savaşı¹ sonrasında, Çin ve Birleşik Krallık arasında imzalanan Nanking Antlaşması ile İngiltere sömürgesi haline gelmiştir.² 1898 yılına gelindiğinde, İngiltere bölgenin kontrolünü sağlamak için "New Territories" olarak bilinen ek arazileri kiralamış ve bu bölgeleri 99 yıl içinde Çin'e iade etme sözü vermiştir.³ 1900'lü yıllara kadar Hong Kong'un nüfusu azken⁴ 1937'de Japonya'nın Çin'i işgal etmesi sonucu Hong Kong'a Çin'den pek çok kişi göç etmiş ve Hong Kong'un nüfusu 1 milyon 500 bine yükselmiştir. II. Dünya Savaşı esnasında Japonların İttifak devletlerine teslim olmasıyla Hong Kong, 1945'te yeniden İngilizlere verilmiştir. 1949'un sonlarında Çin'de komünistlerin kontrolü ele geçirmesi ile Çin Halk Kurtuluş Ordusu'nun birimleri Hong Kong sınırına kadar yürümüştür. Bu süreç, Hong Kong'a milyonlarca kişinin göç etmesine ve Hong Kong yönetiminin ekonomik olarak hayatta kalmaya ve sosyal istikrarı sağlamaya odaklanmasına neden olmuştur.⁵ Hong Kong'da ekonomik hayat, 1949'da Birleşik

¹ Akarslan Afyon Savaşı'nın, İngilizlerin büyük bir miktarda afyonu Çin'e sokmasından Çin hükümetinin rahatsız olması ve afyon ticaretini yasaklanması sonucu ortaya çıkan Çin ile Batı arasındaki ilk çatışma olduğunu belirtmektedir. Mediha Akarslan, "19. Yüzyılda Çin'de Avrupa Tesirinin Başlaması ve 1839- 1842 Afyon Savaşı", Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi XV, S. 2 (1994): 255, 256.

² Akarslan, s. 256; Christian C. Day, "The Recovery Of Hong Kong By The People's Republic Of China-A Fifty Year Experiment In Capitalism and Freedom", Syracuse Journal of International Law and Commerce, Vol. 11, No. 3 [1984]: 630.

³ "Hong Kong's Handover: How the UK Returned It to China", BBC, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022. <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-40426827>; New Territories, tahmini olarak 376 mil karelik bir alanı kapsıyordu. James Hayes, "A Pattern of Life: Essays on Rural Hong Kong", Journal of the Hong Kong Branch of the Royal Asiatic Society, Vol. 2, (1962): 75, 76; Bölge ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. J. W. Hayes, "The Pattern of Life in the New Territories in 1898", Journal of the Hong Kong Branch of the Royal Asiatic Society, Vol. 2, (1962): 75, 79; Her ne kadar Hong Kong o dönemlerde İngiliz kolonisi olsa da adanın ilk ele geçirildiği yıllarda ve hatta sonraki süreçlerde dahi Çin'e ekonomik, kültürel ve sosyal bağlılığının devam ettiği belirtilmektedir. Ancak bu durum Çin'in Komünist Parti hakimiyetine geçmesine kadar sürmüştür. Meryem Özgür, Çağla Vural, "Tek Devlet, İki Sistem" Politikası Çerçevesinde Hong Kong'un Statüsünün Analizi", Mülkiye Dergisi 45, S. 4 (2021): 884.

⁴ Day, 629.

⁵ Savaşın sona ermesi ve İngilizlerin yeniden bu topraklara egemen olması, Hong Kong'da yeni bir dönemin başlamak üzere olduğuna dair bir inanç yaratmıştır. Bush, Hong Kong In The Shadow Of China, 8.

Krallık'ın Çin'i tanınmasıyla gelişmeye başlamış ve 1950'de Hong Kong'un nüfusu 2 milyon 30 bine ulaşmıştır. 1950'lerde Çin'den gelen çok sayıda kişi, Hong Kong'un hızla büyüyen imalat sanayisine işçi olarak katkı sağlamıştır. 1973 yılında Hong Kong'un ilk yeni kasabası, Sha Tin'e inşa edilmiştir. Hong Kong'un istikrarlı ve çalışkan yapısı nedeniyle⁶ finans sanayii büyümüş, yabancı yatırımlar artmış ve bugünkü Hong Kong görsellerinden aşına olunan gökdelenler bu dönemden itibaren yükselmeye başlamıştır.⁷ 1970'li yıllara gelindiğinde 99 yıllık sürenin sonlarına yaklaşılmışından ötürü İngiliz ve Çin hükümetleri, Hong Kong'un devri hususundaki görüşmelere başlamıştır. 1984 yılında dönemin İngiltere Başbakanı Margaret Thatcher⁸, Hong Kong'un 30 Haziran 1997 tarihinde Çin'e devredileceğini açıklamıştır.⁹ 1984 yılının Ekim ayında iki ülke, bu devir sözünü resmileştiren ve Çin'in bu devirden sonra bölgede uygulayacağı "tek ülke, iki sistem" modelini ortaya koyan ortak bir deklarasyonu imzalamıştır.¹⁰ Ortak Deklarasyon ile Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası'nın¹¹ 31. maddesine (*Devlet, gerektiğinde özel idari bölgeler kurabilir. Özel idari bölgelerde kurulan sistemler, özel durumlar ışığında, Ulusal Halk Kongresi tarafından çıkarılan yasalarla belirlenir.*) dayanılarak Hong Kong'un özel bir idari bölge olduğu belirtilmiştir.¹² Ortak Deklarasyon gereğince Hong Kong Özel İdari Bölgesi, "Common Law" sistemini koruyacak ve kendi yasama, yürütme ve yargı organına sahip olacaktır.¹³

⁶ Day, 631.

⁷ "Bir devlet iki yönetim, Hong Kong 2047'ye kadar özel anayasa ile idare edilecek", ŞARKUL AVSAT, Erişim Tarihi: Mayıs 23, 2022. <https://turkish.aawsat.com//home/article/1809536/bir-devlet-iki-y%C3%B6netim-hong-kong-2047%e2%80%99ye-kadar-%c3%B6zel-anayasa-ile-idare-edilecek>.

⁸ Thatcher, 1982 yılında Pekin'i ziyaret etmiş ve komünist ideolojiyi benimseyen Çin Halk Cumhuriyeti'ne gelen ilk Birleşik Krallık Başbakanı olmuştur. Bu ziyareti ile aynı zamanda Hong Kong'un geleceği konusunda resmi müzakereleri de başlatmıştır. James Griffiths, "The Secret Negotiations That Sealed Hong Kong's Future", CNN, Erişim Tarihi: Haziran 30, 2022, <https://edition.cnn.com/2017/06/18/asia/hong-kong-handover-china-uk-thatcher/index.html>; Day, 633.

⁹ "Bir devlet iki yönetim, Hong Kong 2047'ye kadar özel anayasa ile idare edilecek", ŞARKUL AVSAT, Erişim Tarihi: Mayıs 23, 2022. <https://turkish.aawsat.com//home/article/1809536/bir-devlet-iki-y%C3%B6netim-hong-kong-2047%e2%80%99ye-kadar-%c3%B6zel-anayasa-ile-idare-edilecek>.

¹⁰ Busch, Hong Kong In The Shadow Of China, 14; Day, 637.

¹¹ 1982 Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası için bkz. Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022, <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/constitution2019/201911/1f65146fb6104dd3a2793875d19b5b29.shtml>.

¹² Ortak Deklarasyon metni için bkz. "Sino-British Joint Declaration On The Question Of Hong Kong", The Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 7:139 (1984): 142.

¹³ Day, 634, 635. İngiliz kolonisi olunan günlerden kalan yargıçların peruk takması, trafiğin soldan akması, tabelalarda İngilizce imla kurallarına uyulması gibi alışkanlıklar da sürdürülüyordu. Bush, Hong Kong In The Shadow Of China, 16; "Biz Çin Halk Cumhuriyeti'nin bir parçası olmakla birlikte, herhangi bir Çin şehri değiliz. Biz uluslararası bir şehiriz ve ülkemiz de olabildiğince uluslararası bir şehir olmamız için bizi desteklemektedir." "Hong Kong Özel İdari Bölgesi Baş Yöneticisi Carrie Lam ile Görüşme", DEİK, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, <https://www.deik.org.tr/uploads/hong-kong-sonuc-raporu.pdf>.

1988 yılında Hong Kong'un en az 50 yıl daha özel idari bölge olarak kalması koşuluyla Çin'e tesliminin detayları ve Temel Yasa adı verilen Hong Kong'un "mini anayasası" ortaya çıkmaya başlamıştır.¹⁴ Çin Halk Cumhuriyeti, Hong Kong'u 50 yıl boyunca dış ve savunma işleri dışında yüksek derecede özerkliğe sahip olacağı, şehrin kapitalist ekonomisini ve sınırlı demokratik özgürlüklerini koruyacağı ancak egemenliğin Pekin'e geçeceği "tek ülke, iki sistem" ilkesi¹⁵ altında yönetmeyi kabul etmiştir.¹⁶ İngiltere, kiralama süresinin dolması, Pekin yönetimi ve uluslararası toplumun baskısı nedeniyle Hong Kong'u 1 Temmuz 1997'de Çin'e geri vermek zorunda kalmıştır.¹⁷

Belirtmek gerekir ki, Londra ve Pekin arasında Hong Kong'un devri ile ilgili gerçekleşen müzakereler sırasında Hong Kong'daki halka konu ile ilgili görüşleri sorulmamıştır.¹⁸ Sürecin demokratik usullere riayet etmek suretiyle gerçekleştirilmesinden bahsetmek mümkün değildir. Bu dönemki atmosferi betimlemek için "*İngiliz yöneticilerin bayraklarını toplarken Çinli idarecilerin de kendi bayraklarını astığı*" ifade edilmektedir.¹⁹ Devrin sağlanmasıyla ülke yönetimindeki 135 yıllık İngiliz hakimiyeti sona ermiş ve Hong Kong, Çin'e bağlı özerk bir bölge haline gelmiştir.²⁰ Devir sırasında Çin'in bu şehre kendi otoriter idaresini hâkim kılması ve sivil hakların korunması konusunda oluşan çekinceler nedeniyle tartışmalar yaşanmıştır. Oluşan korkuları azaltmak için İngiliz hükümeti, Hong Kong için bir mini anayasa hazırlanması konusunda Çin'le görüşmeler gerçekleştirmiştir. Görüşmeler sonucu Hong Kong'da en az 50 yıl süreyle ifade hürriyeti, protesto hakkı, bağımsız yargı, çok partili hayat, toplanma ve konuşma özgürlüğü gibi hak, özgürlük ve ilkelerin güvence altına alınması konusunda anlaşma sağlan-

¹⁴ "Bir devlet iki yönetim, Hong Kong 2047'ye kadar özel anayasa ile idare edilecek", ŞARKUL AVSAT, Erişim Tarihi: Mayıs 23, 2022. <https://turkish.aawsat.com//home/article/1809536/bir-devlet-iki-y-c3%b6netim-hong-kong-2047%e2%80%99ye-kadar-%c3%b6zel-anayasa-ile-idare-edilecek>; Müstakbel egemen olarak Pekin, daha sonra Ortak Bildiri'nin genel ilkelerini daha ayrıntılı olarak belirten ve Çin'in kararıyla yürürlüğe giren Hong Kong için bir Temel Yasa taslağı hazırlamaya başladı. Bush, Hong Kong In The Shadow Of China, 14.

¹⁵ James Griffiths, "The Secret Negotiations That Sealed Hong Kong's Future", CNN, Erişim Tarihi: Haziran 30, 2022, <https://edition.cnn.com/2017/06/18/asia/hong-kong-handover-china-uk-thatcher/index.html>.

¹⁶ Özgür, Vural, 888, 893; "Hong Kong's Handover: How the UK Returned It to China", BBC, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022. <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-40426827>.

¹⁷ "Hong Kong Yüksek Mahkemesi Maske Yaşamını Anayasa'ya Aykırı Buldu", BİANET, Erişim Tarihi: Haziran 22, 2022. <https://m.bianet.org/bianet/dunya/215976-hong-kong-yuksekmahkemesi-maske-yasagini-anayasa-ya-aykiri-buldu>.

¹⁸ James Griffiths, "The Secret Negotiations That Sealed Hong Kong's Future", CNN, Erişim Tarihi: Haziran 30, 2022, <https://edition.cnn.com/2017/06/18/asia/hong-kong-handover-china-uk-thatcher/index.html>.

¹⁹ "Bir devlet iki yönetim, Hong Kong 2047'ye kadar özel anayasa ile idare edilecek", ŞARKUL AVSAT, Erişim Tarihi: Mayıs 23, 2022. <https://turkish.aawsat.com//home/article/1809536/bir-devlet-iki-y-c3%b6netim-hong-kong-2047%e2%80%99ye-kadar-%c3%b6zel-anayasa-ile-idare-edilecek>.

²⁰ "Hong Kong Yüksek Mahkemesi Maske Yaşamını Anayasa'ya Aykırı Buldu", BİANET, Erişim Tarihi: Haziran 22, 2022. <https://m.bianet.org/bianet/dunya/215976-hong-kong-yuksekmahkemesi-maske-yasagini-anayasa-ya-aykiri-buldu>.

mıştır. Bölgenin, bu hakları koruyan kendi anayasası Temel Yasa bu amaçla oluşturulmuştur. Ancak Deng Xiaoping'in Temel Yasa'yı hazırlayan komiteye hitaben 16 Nisan 1987 yılında yaptığı konuşmada da açıkça ifade ettiği gibi Temel Yasa, tek ülke, iki sistem ilkesini garanti altına almayı da amaçlamaktadır.²¹ Temel Yasa'nın taslağının hazırlanması sırasında, demokrasi yanlısı güçler aktif olarak tam demokrasi için pazarlık yaparken Çin yönetiminin sınırlı demokratikleşmeyi tercih ettiği ancak demokratların siyasi olarak etkili olmaması nedeniyle pazarlık taraflarının nispeten dostane bir ilişki sürdürmeyi başardığı ifade edilmektedir. 1989 Tiananmen Meydanı Protestoları, Hong Kong'daki demokratik gelişme için önemli bir dönüm noktası olmuş ve bu ilişkinin bozulmasına sebebiyet vermiştir. Pekin ile demokrasi yanlısı kamp arasında artan gerilim ve güvensizlik nedeniyle, Tiananmen Meydanı Protestolarının Temel Yasa'nın hazırlanması üzerinde önemli bir etkisi olduğu belirtilmektedir. Örneğin Temel Yasa'nın çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de üzerinde durulacak ünlü 23. maddesi²² Tiananmen Meydanı Protestolarından önce farklı bir şekilde tasarlanmışken bu olaylardan sonra maddede değişikliğe gidilmiştir. Önceki halinde bu madde yalnızca Hong Kong'un ihanet, ayrılık, ayaklanma veya devlet sırlarının çalınmasını yasaklayan yasalar çıkarmasını talep etmekteydi. Çin'de aşına olunan belli belirsiz bir şekilde kurulu düzeni devirmeye veya baltalamaya atıfta bulunan " yıkım " kavramı madde metninde geçmiyordu. Tiananmen Meydanı Protestolarından sonra ise Temel Yasa Taslak Komisyonu madde metnini değiştirmiş ve bu kavramı metne eklemiştir.²³

Temel Yasa; 4 Nisan 1990 tarihinde Yedinci Çin Halk Cumhuriyeti Ulusal Halk Kongresinde kabul edilmiş, Çin Devlet Başkanı Yang Shangkun tarafından 4 Nisan 1990 tarih ve 26 Sayılı Karar ile yayımlanmıştır. Temel Yasa'nın 1 Temmuz 1997'den itibaren yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.²⁴ Temel Yasa'nın başlangıç bölümünde, Hong Kong'un antik çağlardan beri Çin topraklarının bir parçası olduğu, Hong Kong üzerindeki egemenlik devrinin, Çin halkının uzun zamandır özlemini çektiği bir hususu ifade ettiği yazılmıştır.²⁵ Temel Yasa'nın

²¹ Deng Xiaoping, "Speech at a Meeting with the Members of The Committee for Drafting the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region", Erişim Tarihi: Haziran 22, 2022, <http://www.china.org.cn/english/features/dengxiaoping/103351.htm>.

²² Temel Yasa'nın İngilizce tam metni için bkz. Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/103944/126590/F-1433239456/CHN103944.pdf>. Temel Yasa Madde 23: Hong Kong Özel İdari Bölgesi, Çin Merkezi Halk Hükümetine karşı herhangi bir ihanet, ayrılık, ayaklanma, yıkım veya devlet sırlarının çalınmasını, yabancı siyasi örgütlerin veya kuruluşların Bölge'de siyasi faaliyetler yürütmesini ve Bölge'deki siyasi örgüt veya organların yabancı siyasi örgüt veya organlarla ilişki kurmasını yasaklayan kanunları kendi başına çıkaracaktır.

²³ Elson Tong, "Reviving Article 23 (Part I): The rise and fall of Hong Kong's 2003 national security bill", Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022, <https://hongkongfp.com/2018/02/17/reviving-article-23-part-i-rise-fall-hong-kongs-2003-national-security-bill/>.

²⁴ Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/103944/126590/F-1433239456/CHN103944.pdf>.

²⁵ Bkz. Temel Yasa'nın başlangıç bölümü. Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/103944/126590/F-1433239456/CHN103944.pdf>.

ilk maddesiyle Hong Kong'un Çin'in devredilemez bir parçası olduğu belirtilmiştir. Ancak 5. madde ile Hong Kong'da sosyalist sistem ve politikaların 50 yıl boyunca uygulanmayacağı, önceki kapitalist sistem ve yaşam biçiminin 50 yıllık süre için değişmeden kalacağı düzenlenmiştir. Temel Yasa'nın Üçüncü Bölümü, Hong Kongluların temel hak ve özgürlüklerinin düzenlendiği bölüm olup kanun önünde eşitlik, seçme ve seçilme hakkı, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi liberal ideolojilerde sıklıkla görülen hak ve özgürlükler güvence altına alınmıştır. Hong Kong baş yöneticisi Temel Yasa'nın 44. maddesine göre, 40 yaşından küçük olmamalı ve Çin vatandaşı olmalıdır. Baş Yönetici, demokratik prosedürlere uygun olarak geniş temsilli bir aday gösterme komitesi tarafından ve genel oy ilkesine uygun olarak seçilir. Yasama organı ise Yasama Konseyidir ve yalnızca Çin vatandaşlarından oluşur. Ancak Konsey üye tam sayısının yüzde 20'sini geçmemek kaydıyla, Çinli olmayan bölge sakinleri de Yasama Konseyi üyesi olarak seçilebilirler.²⁶ Temel Yasa'nın 85. maddesi ile yargı bağımsızlığı korunmaktadır. Temel Yasa ayrıca devirden önce de Hong Kong'da uygulanmış olan ve yargılama sürecini düzenleyen temel prosedürleri ihtiva etmektedir. Temel Yasa, Hong Kong'un bir İngiliz kolonisi olduğu zaman var olan yargı sistemini korumaktadır.²⁷ Temel Yasa'nın 19. maddesi, Hong Kong mahkemelerinin savunma ve dışişleri gibi devlet işlemleri üzerinde yargı yetkisine sahip olmadığını açıkça belirtmektedir. Adil yargılama hakkı ve masumiyet karinesi açıkça garanti altına alınmıştır. Adli atamalar, hukukçular ve yargıçlardan oluşan bağımsız bir komisyonun tavsiyesi üzerine Baş Yönetici tarafından yapılır.²⁸ Bir yargıç, yalnızca görevlerini yerine getirememesi veya uygunsuz davranışları nedeniyle görevden alınabilir.²⁹ Belirtmek gerekir ki Temel Yasa'da değişiklik yapma yetkisi Çin'in yasama organı olan Ulusal Halk Kongresine verilmiştir.³⁰

Temel Yasa'nın yayımlanmasından bu yana, Çin'deki merkezi hükümetin Temel Yasa'yı ve yasal mekanizmaları demokratikleşmenin hızını kontrol etmek ve demokrasinin alanını sınırlamak için kullandığı iddia edilmektedir.³¹ Temel Yasa'nın 158. maddesine göre, Temel Yasa'nın yorumlanma yet-

²⁶ "Hong Kong's Handover: How the UK Returned It to China", BBC, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022. <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-40426827>.

²⁷ "Hong Kong'daki yargı sistemi, Avustralya, Yeni Zelanda ve Kanada gibi ortak hukuk yargı alanlarındaki yargı sistemine büyük ölçüde benzer...Avustralya Yüksek Mahkemesinde olduğundan daha fazla yazılı argüman kullanılmasına rağmen, mahkeme prosedürleri ve sözlü argüman tarzı Avustralyalı bir avukata aşına olacaktır." Anthony Mason AC KBE, "The Hong Kong Court Of Final Appeal", Melbourne Journal of International Law, Vol. 2 (2001): 1, 3.

²⁸ Temel Yasa madde 88.

²⁹ Temel Yasa madde 89.

³⁰ Temel Yasa madde 159.

³¹ "Bir devlet iki yönetim, Hong Kong 2047'ye kadar özel anayasa ile idare edilecek", ŞARKUL AVSAT, Erişim Tarihi: Mayıs 23, 2022. <https://turkish.aawsat.com//home/article/1809536/bir-devlet-iki-y%cc3%b6netim-hong-kong-2047%e2%80%99ye-kadar-%c3%b6zel-anayasa-ile-idare-edilecek>.

kisi, Çin Halk Cumhuriyeti Ulusal Halk Kongresi Daimî Komitesine aittir. Temel Yasa hükümleri ile ilgili önemli anlaşmazlıkları çözmek için Çin anayasal yapısındaki en yüksek devlet gücü olan Ulusal Halk Kongresi ve Ulusal Halk Kongresi Daimî Komitesi, Temel Yasa hakkında yorumlarda bulunmuş ve kararlar almıştır. Daimî Komitenin yorumları, mahkemeler için bağlayıcıdır. Daimî Komite, bir yorumu kabul etmeden önce Hong Kong Özel İdari Bölgesi'nin Temel Yasa Komitesine danışmakla yükümlüdür.³² Ancak yine de vurgulamak gerekir ki, Hong Kong'daki bazı yetkililer için Temel Yasa'nın sahte bir anayasal belge, kolayca bir kenara atılıp göz ardı edilebilecek bir vitrin süsü olmadığı, "tek ülke, iki sistem" anayasal tasarımının temelini oluşturduğu ifade edilmektedir.³³

II. 1989 Tiananmen Meydanı Protestoları, Temmuz 2003, 23. Madde Mevzuatı Protestoları ve 2014 Şemsiye Devrimi: Hong Kong İçin Anlamları ve Sonuçları

1989 Tiananmen Meydanı Protestoları'nın, 1 Temmuz 2003'te gerçekleşen Temel Yasa'nın 23. madde mevzuatına karşı gerçekleştirilen protestoların ve 2014'teki Şemsiye Devrimi'nin, Çin'in Hong Kong üzerindeki iktidar politikasında üç kritik dönüm noktası olduğu belirtilmektedir. 1989 Tiananmen Meydanı Protestoları, Çin'in tamamen demokratikleştirilmiş bir Hong Kong Özel İdari Bölgesi'ne yönelik çekincelerini arttırmıştır. Her ne kadar o dönem hala Hong Kong'un Çin'e devri gerçekleşmemiş olsa da Pekin'de gerçekleşen protestolar, Hong Kong'da da yakından takip edilmiş ve pek çok kişi protestoculara olan desteğini dile getirmiştir.³⁴ Hong Konglular bu protestolar sırasında, 1997 yılında gerçekleşecek devir sonrasında Çin'in Hong Kong'a ilişkin vaatlerine ne kadar güvenebilecekleri hususunda şüpheye düşmüşlerdir.³⁵

2003'te gerçekleşen ve Temel Yasa'nın 23. maddesi mevzuatı tasarısına karşı yürüyüş ise Çin'i yönetim stratejisi açısından daha aktif bir duruşa geçmeye sevk etmiştir. Temel Yasa'nın 23. maddesi uyarınca Hong Kong, Çin Halk Cumhuriyeti'nin ulusal güvenliğini korumak için yerel yasalar çıkarmakla yükümlüdür. Pekin makamları bu yönde yasama sürecinin başlatılmasını talep etmiştir.³⁶ Önerilen 23. madde mevzuatı, hangi eylemlerin suç ol-

³² AC KBE, 4.

³³ Han Zhu, "Beijing's "Rule of Law" Strategy for Governing Hong Kong: Legalisation without Democratisation?", China Perspectives, No. 2019-1 (2019): 23.

³⁴ John Greenwald, "Hong Kong: Next Door and Eight Years Away", TIME, Erişim Tarihi: Ağustos 24, 2022. <http://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,957879-2,00.html>.

³⁵ Wendy Dullea Bowie, "The Effect of the Tiananmen Square Massacre Upon Negotiations for the Draft Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region", Penn State International Law Review, Vol. 8, No. 2 (1990): 247.

³⁶ Elson Tong, "Reviving Article 23 (Part I): The rise and fall of Hong Kong's 2003 national security bill", Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022, <https://hongkongfp.com/2018/02/17/reviving-article-23-part-i-rise-fall-hong-kongs-2003-national-security-bill/>.

duğunun yeterince belirli olmamasından ötürü hukukçular da dahil olmak üzere halkın genelinin³⁷ tepkisini çekmiş ve neredeyse 500.000 kişinin katılımının görüldüğü protestolara yol açmıştır.³⁸ Çin yönetiminin bu protestoları, “*Hong Kong halkının kalbinin anavatanına dönmediğinin*” bir işareti olarak gördüğünden daha müdahaleci bir politika benimsemeye yöneldiği ifade edilmiştir. Hong Kongluların ise bölgelerindeki siyaseti etkileyebilme olasılıkları olduğunu görerek güven kazandıkları belirtilmiştir.³⁹ Protestoların 23. madde mevzuatının askıya alınması ve o zamanki Baş Yöneticisi Tung Chee-hwa’nın istifa etmek zorunda kalması gibi sonuçları olmuştur. Ancak protestoların ardından Çin Ulusal Halk Kongresi Daimî Komitesinin Hong Kong’un siyasi reformları için Temel Yasa metninde belirtilenden daha özel ve katı prosedürler belirlediği ve Hong Kong’da genel oy hakkı reformunun hızını kontrol ettiği ifade edilmiştir. Pekin tarafından oluşturulan ve yeniden vurulan bir diğer Temel Yasa söylemi, Ulusal Halk Kongresinin Hong Kong üzerindeki denetim gücü olmuştur. Bu denetim kudreti, Çin Devlet Konseyi tarafından 2014’te yayınlanan Beyaz Kitap’ta resmi olarak kabul edilmiş ve Hong Kong Özel İdari Bölgesi’nin yüksek derecede özerkliğinin merkezi olmayan bir güç olmadığı ve Çin’deki merkezi liderliğin yetkilendirdiği şekilde yerel işleri yürütme yetkisi olduğu belirtilerek ortaya konulmuştur. Beyaz Kitap, 2014 Şemsiye Devrimi Protestolarının önemli nedenlerinden biri olmuştur.⁴⁰ Bir diğer önemli neden ise Beyaz Kitap’ın yayınlanmasının ardından 31 Ağustos 2014’te Ulusal Halk Kongresi Daimî Komitesi tarafından alınan ve “831 Kararı” olarak bilinen karardır. Bu karar ile 2017 Baş Yönetici seçimi için kısıtlayıcı kurallar getirilmiş olup fiili olarak tüm muhalefet adaylarının Baş Yönetici pozisyonu için yarışması yasaklanmıştır. Beyaz Kitap ve 831 kararının birçok Hong Kong akademisyeni ve aktivisti tarafından Temel Yasa’yı ve 1984 Ortak Deklarasyonu’nu ihlal etmesi sebebiyle eleştirildiği ifade edilmiştir.⁴¹

Çin’in Hong Kong’da giderek artan demokrasi ve bağımsızlık yanlısı sesleri kırmak için Temel Yasa tarafından oluşturulan yasal mekanizmaları etkin bir şekilde kullandığı belirtilmiştir. Hong Kong’da başta taahhüt edilen özerk-

³⁷ Elson Tong, “Reviving Article 23 (Part I): The rise and fall of Hong Kong’s 2003 national security bill”, Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022, <https://hongkongfp.com/2018/02/17/reviving-article-23-part-i-rise-fall-hong-kongs-2003-national-security-bill/>.

³⁸ Amy Gunia, “A Brief History of Protest in Post-Handover Hong Kong”, TIME, Erişim Tarihi: Ağustos 1, 2022, <https://time.com/5606212/hong-kong-history-mass-demonstrations-protest/>.

³⁹ “The Impact Of July’s Protest Demonstrations On The November 23 District Council Elections A Pre-Election Report”, NDI Hong Kong Report, Erişim Tarihi: Ağustos 23, 2022, https://www.ndi.org/sites/default/files/1669_hk_rpt8_0.pdf: 3.

⁴⁰ Karen Cheung, “Ex-LegCo head: 2014 white paper was turning point of Beijing exercising ‘overall jurisdiction’ in Hong Kong”, Erişim Tarihi: Ağustos 24, 2022, <https://hongkongfp.com/2017/11/20/ex-legco-head-2014-white-paper-turning-point-beijing-exercising-overall-jurisdiction-hong-kong/>.

⁴¹ Zhu, 25.

liğin alanının giderek sınırlandırılması ve demokratik gelişmenin engellenmesine karşı görülen protestolar, 2014 yılında en yüksek düzeye ulaşmıştır. Baş Yönetici seçimleri için adayların çoğunlukla Pekin hükümetinin destekçilerinden oluşan bir aday belirleme komitesi tarafından belirlenmesi⁴² usulüne karşı başlayan ve “Şemsiye Devrimi” adıyla anılan⁴³ protesto gösterilerine binlerce Hong Konglunun katıldığı ifade edilmiştir. Polis tarafından göstericilere karşı kullanılan biber gazına ve ani gök gürültülü fırtınalara karşı koruma sağlamak için kullanılan şemsiyeler, Şemsiye Devrimi olarak bilinen hareket için bir sembol ve isim sağlamıştır.⁴⁴ Taksi şoförleri, minibüs şirketleri ve protestoların kendilerini geçim kaynaklarından mahrum bıraktığına inanan diğer kişiler, protesto alanlarının işlerine engel olmaması için yerel mahkemelerde dava açmış ve davalarını kazanmışlardır. Hong Kong Polisi, mahkemelere ihtiyati tedbiri yerine getirmede yardım etme yetkisine sahipti ve bu şekilde yavaş yavaş protestolar sona ermiştir.⁴⁵

Seçilmiş iki bağımsızlık yanlısı Hong Kong Yasama Konseyi üyesinin, Hong Kong Özel İdari Bölgesi'ne bağlılık yemini etmedikleri için görevden alınmasıyla başlayan 2016 Yemin Krizi, Hong Kong ve Çin merkezi makamları tarafından alınan yasal önlemlerle çözülmüştür. Ulusal Halk Kongresi Daimî Komitesi Temel Yasa'ya ilişkin bir yorum daha yayımlayarak geçerli yemin etme için gerekli şartları belirlemiştir. Bu yorum mevcut yemin etme davalarını doğrudan etkilemiş ve ayrıca Çin'in Hong Kong üzerindeki egemenliğine meydan okuyacak diğer adayları da yasaklamıştır. Şemsiye Devrimi sonrası dönemde ayrıca Hong Kong'u ekonomik, sosyal ve yasal olarak Çin'e daha fazla entegre etme stratejisine hizmet etmeyi amaçlayan Hong Kongluların Çin'deki sosyalist sisteme ve Çin Komünist Partisi yönetimine saygı duymasını, Hong Kong da dahil olmak üzere Çin'de tek parti yönetiminin yasallığının tanınmasını gerektiren anayasal söylemin de yaygınlaştırıldığı ifade edilmiştir.⁴⁶

⁴² Bush, *Hong Kong In The Shadow Of China*, 2; Michael Forsythe, “Hong Kong and Tiananmen Protests Have Major Differences”, *The New York Times*, Erişim Tarihi: Haziran 14, 2022, <https://www.nytimes.com/2014/10/03/world/asia/hong-kong-and-tiananmen-protests-have-major-differences.html>; Victoria Tin-bor Hui, “Hong Kong's Umbrella Movement: The Protest and Beyond”, *Journal of Democracy*, Volume 26, Number 2 (2015): 111.

⁴³ Protestolar ayrıca “Occupy Central” protestoları olarak da anılmaktadır. Nitekim protestoların organizatörleri, Çin ve Hong Kong hükümetlerinin kısıtlayıcı aday komitesi yaklaşımından geri adım atmazlarsa ve halktan aday gösterme fikrini kabul etmezlerse, on binlerce protestocuyu kilit sokakları ele geçirmek için seferber edeceklerini belirttiler. Bush, *Hong Kong In The Shadow Of China*, 2.

⁴⁴ **Bush, *Hong Kong In The Shadow Of China*, 3; Hui, 111.**

⁴⁵ Bush, *Hong Kong In The Shadow Of China*, 4.

⁴⁶ Zhu, 26.

III. 2019 Güvenlik Yasası, Protestolar ve Hong Kong'da Güncel Durum

Bir suç işlediği iddia edilen Hong Kongluların Çin'de yargılanmasına potansiyel olarak izin verebilecek bir Ulusal Güvenlik Yasası tasarısı önerilen 2019 yılı, Hong Kong için bir diğer kırılma noktası olmuştur. Buradaki temel kaygı, Çin'in Hong Kong'daki muhalifleri çeşitli bahanelerle hedef almasının önünün açılma olasılığı olmuştur.⁴⁷ Protestocuları cezalandırmayı kolaylaştıran ve şehrin özerkliğini azaltan geniş kapsamlı Ulusal Güvenlik Yasası, pek çok kişi tarafından Hong Kong'un liberal halinin sonu olarak nitelendirilmiştir.⁴⁸ Yasanın 66 maddesinin ayrıntıları onaylanana kadar gizli tutulmuştur. Yasa; bölünme, yıkım, merkezi hükümetin (Pekin yönetimi kastediliyor.) gücünü veya otoritesini baltalamak, terörizm, insanlara karşı şiddet veya korkutma kullanmak, yabancı veya dış güçlerle gizli anlaşma yapmak gibi eylemleri suç saymaktadır. Hong Kong'un Baş Yöneticisinin, ulusal güvenlik davalarına bakacak yargıçları yasa gereği atama yetkisine sahip olması, yargı özerkliği konusunda çekinceler oluşturmuştur. Yasa yalnızca vatandaşlar için değil, Hong Kong'da daimi ikametgahı olmayan kişiler için de geçerli olacaktır. Ulusal Güvenlik Yasası sembolik bir tarihte, Hong Kong'un İngiliz yönetiminden Çin'e devrinin 23. yıldönümünden bir saat önce, 30 Haziran 2020'de yerel saatle 23:00'te yürürlüğe girmiştir. Yasa yürürlüğe girmeden saatler önce Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyine, yasanın Hong Kong'un özerkliğini veya bağımsız yargısını baltalamayacağı ve geriye dönük olmayacağı bildirilmiştir. Ancak yasanın yürürlüğe girmesi ile Facebook gönderilerini silen kişilerin olduğu, Ulusal Güvenlik Yasası'na karşı çıkan adayların seçimlerde yarışamayacakları ve yargı bağımsızlığının aşınacağı yönünde endişelerin olduğu belirtilmektedir.⁴⁹ Hong Kong Baş Yöneticisi Carrie Lam, yasanın ulusal bir konu olduğunu, her hükümetin diğerine insan hakları ve özgürlük konularının ele alınış biçimi konusunda saygı göstermesi gerektiğini, Ulusal Güvenlik Yasası'ndaki düzenlemelerle birlikte sokaklardaki huzursuzluğun sona erdiğini belirtmiştir. Ayrıca Ulusal Güvenlik Yasası'nı uygulamak için kurulan Hong Kong Ulusal Güvenlik Komitesine bizzat başkanlık ettiğini ve yapılan her uygulamanın yasal ve şeffaf bir şekilde gerçekleştirildiğini ifade etmiştir.⁵⁰ Tasarının geçmesi halinde Hong Kong'da basın ve ifade özgürlüklerinin kısıtlanacağını savunan kişiler, tasarıyı protesto etmiştir.⁵¹ Başlangıçta protestocuların talebi,

⁴⁷ Daniel Victor, "Why Are People Protesting in Hong Kong?", The NewYork Times, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022. <https://www.nytimes.com/2019/11/13/world/asia/hong-kong-protests.html>.

⁴⁸ Grace Tsoi, Lam Cho Wai, "Hong Kong security law: What is it and is it worrying?", BBC, Erişim Tarihi: Haziran 23, 2022. <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-52765838>.

⁴⁹ Grace Tsoi, Lam Cho Wai, "Hong Kong security law: What is it and is it worrying?", BBC, Erişim Tarihi: Haziran 23, 2022. <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-52765838>.

⁵⁰ "Hong Kong Özel İdari Bölgesi Baş Yöneticisi Carrie Lam ile Görüşme", DEİK, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, <https://www.deik.org.tr/uploads/hong-kong-sonuc-raporu.pdf>.

⁵¹ 9 Haziran 2019'daki ilk yürüyüşe bir milyondan fazla kişinin katıldığı, Hong Kong'un toplam 7 milyonluk nüfusunun tahminen 2 milyonunun ise bir hafta sonra başka bir yürüyüşe katıldığı belirtilmektedir. Amy Gunia, "A Brief History of Protest in Post-Handover Hong Kong", Erişim Tarihi: Ağustos 1, 2022, <https://time.com/5606212/hong-kong-history-mass-demonstrations-protest/>.

yasa tasarısının geri çekilmesi üzerineyken devam eden süreçte tutuklanan protestocular için af ve ayrıca doğrudan seçim yönünde taleplerini özellikle çevrimiçi platformlar üzerinden imza toplayarak belirtmişlerdir.⁵² Hong Kong İlk Derece Mahkemesi, bu protestolar sırasında protestocuların yüzlerine maske takmalarını yasaklayan yasayı, Temel Yasa'ya aykırı bulmuştur. Hong Kong Baş Yöneticisi Carrie Lam, aktivistlerin kimliklerinin tespitinin gerekli olduğunu savunarak yasayı savunmuştur.⁵³ Hong Kong Yüksek Mahkemesi, maske yasağının orantılı ve gerekli olduğuna oy birliğiyle hükmederek ilk derece mahkemesinin iptal yönündeki kararını bozmuştur. Gerekçeli kararda, protestolarda hukuksuzluk ve vandalizm yapıldığı, maskenin protestoculara hareket özgürlüğü ve dokunulmazlık sağladığı belirtilerek maske yasağının sürdürülmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁴

Hong Kong'da gerçekleşen ve dolaylı da olsa Çin'e yönelik tepkiyi içerdiğinde barındıran protestoların, Tiananmen Meydanı Protestoları ile benzerlikleri ve farklılıkları, üzerinde durulan bir konu başlığı olmuştur.⁵⁵ Bu protestoların benzerlikleri arasında binlerce kişinin (özellikle öğrencilerin) Çin Komünist Partisi'nin normalde kutsal olan otoritesine doğrudan meydan okumak için büyük bir şehrin merkezi sokaklarını ve meydanlarını işgal etmesi gösterilmektedir. Bir diğer benzerlik ise Çin yönetiminin protestoları kınamak için yaptığı resmî açıklamalarda, sosyal istikrara zarar verildiği ve protestocuların düşman yabancı güçler tarafından kışkırtıldığı ibarelerini kullanılmış olmasıdır.⁵⁶ Ancak Hong Kong'da protestolara katılan gençlerden 1997 sonrası doğanların her zaman Çin yönetimi altında olan ancak sivil toplumun nispeten özgür kaldığı bir Hong Kong'da büyüdüğü ifade edilmiştir. Bir diğer fark ise Hong Kong'daki gençlerin protestolar sırasında kimliklerini yönetimden gizleyecek önlemler almaları (maske gibi) ve önemli kararlar alma noktasında teknolojiden yararlanmaları gösterilmektedir.⁵⁷

⁵² Daniel Victor, "Why Are People Protesting in Hong Kong?", The New York Times, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022. <https://www.nytimes.com/2019/11/13/world/asia/hong-kong-protests.html>.

⁵³ "Hong Kong Yüksek Mahkemesi Maske Yasağını Anayasa'ya Aykırı Buldu", BIANET, Erişim Tarihi: Haziran 22, 2022. <https://m.bianet.org/bianet/dunya/215976-hong-kong-yuksekmahkemesi-maske-yasagini-anayasa-ya-aykiri-buldu>.

⁵⁴ "Hong Kong'da gösterilerde maske takmak resmen yasaklandı", Milliyet, Erişim Tarihi: Ağustos 3, 2022, <https://www.milliyet.com.tr/dunya/hong-kongda-gosterilerde-maske-takmak-resmen-yasaklandi-6385635>.

⁵⁵ Michael Forsythe, "Hong Kong and Tiananmen Protests Have Major Differences", The New York Times, Erişim Tarihi: Haziran 14, 2022, <https://www.nytimes.com/2014/10/03/world/asia/hong-kong-and-tiananmen-protests-have-major-differences.html>; "Hong Kong protests: Echoes of Tiananmen", BBC, Erişim Tarihi: Haziran 16, 2022, <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-29454326>.

⁵⁶ "Hong Kong protests: Echoes of Tiananmen", BBC, Erişim Tarihi: Haziran 16, 2022, <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-29454326>.

⁵⁷ Travis Sanderson, "From Tiananmen to Hong Kong: An Evolution of Protesting in China", Erişim Tarihi: Haziran 12, 2022, The Diplomat, <https://thediplomat.com/2019/09/from-tiananmen-to-hong-kong-an-evolution-of-protesting-in-china/>.

Hong Kong mahkemelerinin, üst düzey yargıçların konuşmalarıyla veya yüksek profilli davaların kararlarıyla kamuoyuna sürekli olarak hukukun üstünlüğü mesajı gönderdiği ifade edilmiştir. Hong Kong mahkemeleri genellikle sivil itaatsizliğe karşı kısıtlayıcı bir tutum sergileyerek mevcut yasal düzene daha güçlü bir vurgu yapmış, temel hakların korunması ve merkezi hükümetin otoritesini destekleme noktasında denge kurmaya çalışmıştır. 1999 Lau KongYung davasından bu yana, Hong Kong mahkemeleri, mahkemelerin Ulusal Halk Kongresi Daimî Komitesi yorumlarını gözden geçirme yetkisine sahip olduğu konusundaki önceki görüşlerini değiştirmiş, bunun yerine Ulusal Halk Kongresinin Temel Yasa'yı yorumlama yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir.⁵⁸

2021'e gelindiğinde ise Pekin, Hong Kong Yasama Konseyini temelden değiştiren bir kararı onaylamıştır. Yeni vatanseverler yasasına göre, tüm Yasama Konseyi adayları ayrı bir tarama komitesi tarafından incelenmelidir. Bu düzenlemenin Çin'i eleştirdiği düşünülen adayların vekil olmasını engelleyecek nitelikte olduğu görülmektedir. Ayrıca doğrudan halk tarafından seçilen vekillerin oranı da %50'den %22'ye indirilmiştir. 2022 yılı itibariyle, Yasama Konseyi üyelerinin neredeyse tamamının Çin yönetimi yanlısı olduğu ifade edilmektedir.⁵⁹

Hong Kong Nihai Temyiz Mahkemesi, Hong Kong Özel İdari Bölgesi'ndeki nihai temyiz mahkemesi ve en yüksek yargı organı olup kurulduğu yıldan beri çok sayıda dava önüne gelmiştir.⁶⁰ En az üç daimî yargıç ve en fazla 30 daimî olmayan yargıç ve bir baş yargıçtan oluşur. Emekli veya hala görevde olan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, Avustralya Yüksek Mahkemesi ve Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi'nden yargıçların olması nedeniyle, Hong Kong Nihai Temyiz Mahkemesi ve içtihatlarına uluslararası alanda ilgi gösterildiği ifade edilmektedir.⁶¹ Belirtmek gerekir ki yabancı yargıçların Temel Yasa'nın 82. maddesi uyarınca Temyiz Mahkemesinin çalışmalarına katılması medyada tartışma konusu olmuş ve yabancı yargıçların Hong Kong'un kendine özgü atmosferine aşına olmayabilecekleri ileri sürülmüştür.⁶² Son dönemde iki kıdemli İngiliz yargıç, Ulusal Güvenlik Yasası nedeniyle

⁵⁸ Zhu, 31.

⁵⁹ "Hong Kong's Handover: How the UK Returned It to China", BBC, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022, <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-40426827>.

⁶⁰ Martin Kwan, "Understanding the Hong Kong Court of Final Appeal: Statistics and Inexplicable Patterns", *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, Vol. 21:2 (2020): 2.

⁶¹ "Judges and Judging In The Court Of Final Appeal: A Statistical Picture", Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://hub.hku.hk/bitstream/10722/129553/1/HKLawyer-JudgesJudging-Aug2010.pdf>; Joseph Fok, "Judges From Other Common Law Jurisdictions in the Hong Kong Court of Final Appeal", Erişim Tarihi: Temmuz 12, 2022, https://www.hkcfahk.com/filemanager/engagement/en/upload/43/D5_The%20Use%20of%20Non-local%20Judges%20in%20Overseas%20Jurisdictions.pdf: 7.

⁶² Mason AC KBE, 2; Başka bir açıdan ise yabancı yargıçların Mahkemedeki varlığının Hong Kong'daki hukukun gelişimine katkı sunduğu ifade edilmiştir. Fok, 14.

le Mahkemeden istifa etmiştir.⁶³ İstifa eden yargıçlardan Robert Reed bu kararlarının arkasında siyasi özgürlük ve ifade özgürlüğü değerlerinden ayrılan bir yönetimi onaylıyor görünmeden Mahkemedeki görevlerine devam etmelerinin mümkün olmadığına dayandırmıştır. İngiltere ise yıkım gibi suçları ömür boyu hapis cezasına kadar cezalandıran Ulusal Güvenlik Yasası'nın muhalefeti ve özgürlükleri kısıtlamak için kullanıldığını ve bunun 1984 Çin-İngiliz Ortak Bildirgesi'nin ihlali olduğunu belirtmiştir.⁶⁴ İstifaların büyük olasılıkla diğer altısı İngiliz olan on yabancı Nihai Temyiz Mahkemesi yargıcı üzerinde istifa etmeleri için baskı oluşturacağını belirtilmiştir.⁶⁵

SONUÇ

2047 yılı Hong Kong için oldukça önemlidir. Zira bu tarihten sonra Çin, artık Hong Kong'a 1997 devir tesliminden önce İngiltere ile üzerinde anlaşmaya varılan özerkliği vermek zorunda değildir. Ancak bazı Çinli siyasetçiler elli yıl sonra yönetim yapısında değişime gerek görülmediğini belirtmiştir. Hong Kong'un en tanınmış Çin yanlısı milletvekillerinden biri olan Regina Ip, Çin'in devredilemez bir parçası olarak Çin'in güvenliğini baltalayan bir ülke olmayı göze alamayacaklarını, mevcut sistemin sürdürülebilir olduğu düşünülmüyorsa, Hong Kong'un 2047'den önce bile yeniden entegre edilebileceğini belirtmiştir.⁶⁶

Bir başka açıdan ise Day, Çin'in Hong Kong'un temel kapitalist yapısını korumak için önemli nedenleri olduğunu belirtmiştir. Çin'in Devlet Başkanı Xi Jinping'in ekonomi anlayışı ile daha da iddialı hale gelen ekonomi planları, Hong Kong'daki kapitalist ekonomi sayesinde geliştirilebilecektir. Hong Kong ekonomisi, Çin'e dövizinin çoğunu sağlamaktadır. Ayrıca Çin'in hedeflerine ulaşması için büyük yabancı yatırımlara ve modern teknolojiye ihtiyacı olacaktır.⁶⁷ Ortak Deklarasyonun sonra erdiği tarihte Hong Kong'daki sistemin değiştirilmesi siyasi istikrarsızlığa işaret ederek yabancı sermayenin Hong Kong'dan çekilmesine neden olabilecektir.⁶⁸ Bu nedenle, sermayenin kamulaştırılmasının ve ekonomik özgürlüklerde radikal bir değişikliğin Çin'in kendi çıkarına aykırı olduğu belirtilmektedir.⁶⁹ Hong Kong'un Çin'in dünyaya açılan finansal penceresi olduğu ve Hong Kong'daki herhangi bir şiddetli

⁶³ Grace Tsoi, Lam Cho Wai, "Hong Kong security law: What is it and is it worrying?", BBC, Erişim Tarihi: Haziran 23, 2022. <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-52765838>.

⁶⁴ Grace Tsoi, Lam Cho Wai, "Hong Kong security law: What is it and is it worrying?", BBC, Erişim Tarihi: Haziran 23, 2022. <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-52765838>.

⁶⁵ Michael Holden, Greg Torode, "UK judges resign from Hong Kong court over China's crackdown on dissent", Erişim Tarihi: Mayıs 30, 2022, <https://www.reuters.com/world/uk-judges-quit-hong-kong-court-over-new-security-law-2022-03-30/>.

⁶⁶ "Hong Kong's Handover: How the UK Returned It to China", BBC, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022. <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-40426827>.

⁶⁷ Day, 643.

⁶⁸ Day, 644.

⁶⁹ Day, 645, 649.

baskının dünya çapında finansal piyasalar üzerinde ciddi etkilere sahip olabileceği ifade edilmektedir.⁷⁰ Ancak Hong Kong'da mevcut durumun korunması bir nevi Çin'in çıkarlarına uygun olsa ve bu nedenle mevcut hakların ve özgürlüklerin olduğu haliyle korunması gerekse de World Justice Project'in hukukun üstünlüğü endeksine göre, Hong Kong'da hukukun üstünlüğü, 2021 tarihinde 0,75 düzeyindedir (en yüksek düzey 1 en aşağı düzey 0'dır).⁷¹ Bu rakam 2020 yılında 0,76⁷², 2019 yılında 0,77 oranında olmuştur.⁷³ Yani en azından sırf bu rakamlara göre Çin'de hukukun üstünlüğü anlayışı aşınmaktadır.

Hong Kong Demokrat Partisi'nin Eski Başkanı Emily Lau, devir sırasında İngilizlerin tek umursadığı şeyin ticaret olduğunu ve İngilizler için Hong Kong halkının refahının ikinci derecede önemli olduğunu belirtmiştir. Devir müzakereleri sırasında Hong Kongluların fikrinin hiçbir şekilde sorulmaması nedeniyle kentin demokrasi yanlısı hareketinin bazı bölümlerinde İngilizlere karşı bir tepki oluştuğu ifade edilmektedir.⁷⁴ Hong Kong'da hakların ve özgürlüklerin kısıtlanmasına yönelik düzenlemeler ya da düzenlemelere tepki olarak gerçekleşen protestolar ele alınırken elbette Çin'in siyasi anlayışı göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak bu yapılırken İngiltere ya da diğer Batı devletlerinin kurtarıcı olarak görülmesi, objektif bir değerlendirme yapılmamasına ve çözüm üretilmemesine neden olacaktır.

⁷⁰ Michael Forsythe, "Hong Kong and Tiananmen Protests Have Major Differences", The New York Times, Erişim Tarihi: Haziran 14, 2022, <https://www.nytimes.com/2014/10/03/world/asia/hong-kong-and-tiananmen-protests-have-major-differences.html>.

⁷¹ "World Justice Project Rule of Law Index 2021", World Justice Project, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-INDEX-2021.pdf>: 10.

⁷² "World Justice Project Rule of Law Index 2020", World Justice Project, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2020-Online_0.pdf: 6.

⁷³ "World Justice Project Rule of Law Index 2019", World Justice Project, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/ROLI-2019-Reduced.pdf>: 6.

⁷⁴ James Griffiths, "The Secret Negotiations That Sealed Hong Kong's Future", CNN, Erişim Tarihi: Haziran 30, 2022, <https://edition.cnn.com/2017/06/18/asia/hong-kong-handover-china-uk-thatcher/index.html>.

KAYNAKÇA

- AC KBE, Anthony Mason. "The Hong Kong Court Of Final Appeal", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 2 (2001): 1-8.
- Akarslan, Mediha. "19. Yüzyılda Çin'de Avrupa Tesirinin Başlaması ve 1839-1842 Afyon Savaşı", *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* XV, S. 2 (1994): 251-257.
- BBC. "Hong Kong's Handover: How the UK Returned It to China", Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022. <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-40426827>.
- BBC. "Hong Kong protests: Echoes of Tiananmen", Erişim Tarihi: Haziran 16, 2022, <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-29454326>.
- BİANET. "Hong Kong Yüksek Mahkemesi Maske Yasağını Anayasa'ya Aykırı Buldu", Erişim Tarihi Haziran 22, 2022. <https://m.bianet.org/bianet/dunya/215976-hong-kong-yuksek-mahkemesi-maske-yasagini-anayasa-ya-aykiri-buldu>.
- Bowie, Wendy Dullea. "The Effect of the Tiananmen Square Massacre Upon Negotiations for the Draft Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region", *Penn State International Law Review*, Vol. 8, No. 2 (1990): 245-266.
- Bush, Richard C.. *Hong Kong In The Shadow Of China: Living with the Leviathan*, Washington: Brookings Institution Press, 2016.
- Cheung, Karen. "Ex-LegCo head: 2014 white paper was turning point of Beijing exercising 'overall jurisdiction' in Hong Kong", Erişim Tarihi: Ağustos 24, 2022, <https://hongkongfp.com/2017/11/20/ex-legco-head-2014-white-paper-turning-point-beijing-exercising-overall-jurisdiction-hong-kong/>.
- Day, Christian C.. "The Recovery Of Hong Kong By The People's Republic Of China-A Fifty Year Experiment In Capitalism and Freedom", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 11, No. 3 [1984]: 625-649.
- DEİK. "Hong Kong Özel İdari Bölgesi Baş Yöneticisi Carrie Lam ile Görüşme", Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, <https://www.deik.org.tr/uploads/hong-kong-sonuc-raporu.pdf>.
- Fok, Joseph. "Judges From Other Common Law Jurisdictions in the Hong Kong Court of Final Appeal", Erişim Tarihi: Temmuz 12, 2022, https://www.hkcfca.hk/filemanager/engagement/en/upload/43/D5_The%20Use%20of%20Non-local%20Judges%20in%20Overseas%20Jurisdictions.pdf.
- Forsythe, Michael. "Hong Kong and Tiananmen Protests Have Major Differences", *The New York Times*, Erişim Tarihi: Haziran 14, 2022, <https://www.nytimes.com/2014/10/03/world/asia/hong-kong-and-tiananmen-protests-have-major-differences.html>.

- Greenwald, John. "Hong Kong: Next Door and Eight Years Away", TIME, Erişim Tarihi: Ağustos 24, 2022. <http://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,957879-2,00.html>.
- Griffiths, James. "The Secret Negotiations That Sealed Hong Kong's Future", CNN, Erişim Tarihi: Haziran 30, 2022, <https://edition.cnn.com/2017/06/18/asia/hong-kong-handover-china-uk-thatcher/index.html>.
- Gunia, Amy. "A Brief History of Protest in Post-Handover Hong Kong", TIME, Erişim Tarihi: Ağustos 1, 2022. <https://time.com/5606212/hong-kong-history-mass-demonstrations-protest/>.
- Hayes, James. "A Pattern of Life: Essays on Rural Hong Kong", *Journal of the Hong Kong Branch of the Royal Asiatic Society*, Vol. 2, (1962): 75-102.
- Hayes, J. W.. "The Pattern of Life in the New Territories in 1898", *Journal of the Hong Kong Branch of the Royal Asiatic Society*, Vol. 2, (1962): 75-102.
- Holden, Michael; Torode, Greg. "UK judges resign from Hong Kong court over China's crackdown on dissent", Erişim Tarihi: Mayıs 30, 2022, <https://www.reuters.com/world/uk-judges-quit-hong-kong-court-over-new-security-law-2022-03-30/>.
- Hui, Victoria Tin-bor. "Hong Kong's Umbrella Movement: The Protest and Beyond", *Journal of Democracy*, Volume 26, Number 2 (2015): 111-121.
- Kwan, Martin. "Understanding the Hong Kong Court of Final Appeal: Statistics and Inexplicable Patterns", *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, Vol. 21:2 (2020): 1-39.
- Milliyet. "Hong Kong'da gösterilerde maske takmak resmen yasaklandı", Erişim Tarihi: Ağustos 3, 2022, <https://www.milliyet.com.tr/dunya/hong-kongda-gosterilerde-maske-takmak-resmen-yasaklandi-6385635>.
- NDI Hong Kong Report. "The Impact Of July's Protest Demonstrations On The November 23 District Council Elections A Pre-Election Report", Erişim Tarihi: Ağustos 23, 2022. https://www.ndi.org/sites/default/files/1669_hk_rpt8_0.pdf.
- Özgür, Meryem; Vural, Çağla. ""Tek Devlet, İki Sistem" Politikası Çerçevesinde Hong Kong'un Statüsünün Analizi", *Mülkiye Dergisi* 45, S. 4 (2021): 878-911.
- ŞARKUL AVSAT. "Bir Devlet İki Yönetim, Hong Kong 2047'ye Kadar Özel Anayasa ile İdare Edilecek", Erişim Tarihi: Mayıs 23, 2022. <https://turkish.aawsat.com//home/article/1809536/bir-devlet-iki-y%c3%b6netim-hong-kong-2047%e2%80%99ye-kadar-%c3%b6zel-anayasa-ile-idare-edilecek>.
- Tong, Elson. "Reviving Article 23 (Part I): The rise and fall of Hong Kong's 2003 national security bill", Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022, <https://hongkongfp.com/2018/02/17/reviving-article-23-part-i-rise-fall-hong-kongs-2003-national-security-bill/>.

- Tsoi, Grace; Wai, Lam Cho. "Hong Kong security law: What is it and is it worrying?", BBC, Erişim Tarihi: Haziran 23, 2022. <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-52765838>.
- Victor, Daniel. "Why Are People Protesting in Hong Kong?", The New York Times, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022. <https://www.nytimes.com/2019/11/13/world/asia/hong-kong-protests.html>.
- Xiaoping, Deng. "Speech at a Meeting with the Members of The Committee for Drafting the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region", Erişim Tarihi: Haziran 22, 2022, <http://www.china.org.cn/english/features/dengxiaoping/103351.htm>.
- Zhu, Han. "Beijing's "Rule of Law" Strategy for Governing Hong Kong: Legalisation without Democratisation?", *China Perspectives*, No. 2019-1 (2019): 23-33.
- "Judges and Judging In The Court Of Final Appeal: A Statistical Picture", Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://hub.hku.hk/bitstream/10722/129553/1/HKLawyer-JudgesJudging-Aug2010.pdf>.
- "Sino-British Joint Declaration On The Question Of Hong Kong", *The Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 7:139 (1984): 139-164.
- The Basic Law of The Hong Kong Special Administrative Region of The People's Republic Of China, Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/103944/126590/F-1433239456/CHN103944.pdf>.
- "World Justice Project Rule of Law Index 2019", World Justice Project, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/ROLI-2019-Reduced.pdf>.
- "World Justice Project Rule of Law Index 2020", World Justice Project, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2020-Online_0.pdf.
- "World Justice Project Rule of Law Index 2021", World Justice Project, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-INDEX-2021.pdf>.
- 1982 Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası, Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022, <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/constitution2019/201911/1f65146fb6104dd3a2793875d19b5b29.shtml>.

ESASTAN KARAR VERİLEBİLECEK AŞAMADA İLK İNCELEME/ USULE DAİR KARAR VERİLEBİLME MESELESİ *

*Selami DEMİRKOL***

“Yanlılıklar, söylenmedikçe meşrulaşır.”

GİRİŞ

Uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında **Mahkemelere**, önemli görevler düşmektedir.

Mahkemeler, “uyuşmazlıkları çözdükleri” ve “adalet duygusunu” tatmin ettikleri süreçte, **saygı duyulan yerler olmaktadır**.

“Saygı duyulan yer olma olgusu” ise, ancak yargıçların **yargılama işlevleri** ve **hükümleri** ile kazanılmaktadır.

Dünyadaki tüm ülkelerde, idareler, **hukuk dışına çıkma** eğiliminde bulunabilmektedir.

Bu eğilimi taşıyan idareler, genel olarak “**yargının**” **varlığı ve işlerliği** ile duraksamaktadırlar.

“Yargılama”nın etkin ve yetkin olduğu ülkelerde yargı yerleri; kamu otoritelerinin bu eğilimine, **çaydırıcı bir tablo** çizmektedirler.

Bununla birlikte, mahkemelerin/yargılamanın var olmasından öte, yargıçın **yargılama usul ve enstrümanlarını kullanması/kullanabilmesi** daha bir önem arz etmektedir.

İşte, önüne gelen uyuşmazlık ile aktifleşen idari yargıç, **hukukun ne olduğunu söylemede, hukukun üstünlüğünü öğretmede**, kollama ve korumada, **artık aktör olmak** durumundadır.

Bu aktör **rolüdür**, yargıca, **ağırlığı ve saygınlığı** kazandıran.

Yargı yerleri, tartışmasız “**pasif**” konumdadırlar.

Ancak, menfaatleri ihlal edilen veya hakları muhtel olan bireylerin açtıkları davalar ile **aktifleşmektedirler**.

* Akdeniz Üniversitesi'nin 30. Kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi (2022) için hazırlanan ve sunulan tebliğ.

** Prof. Dr., Danıştay Onursal Üyesi-İstanbul Bilgi Üniversitesi Öğretim Üyesi, E-mail: selamidemirkol63@gmail.com.

Yine, yargıçlara, **hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanmasında** önemli görevler yüklenmiştir.

Bilimde ve yargıda, **keyfilğe**, asla yer yoktur.

Yargıç, yargılama usulünü uygularken **toplumun adalet duygusunu tatmin** etmede, hukuki ve vicdani sorumluluk taşımaktadır.

Usule dair incelemelerde, mümkün olduğunca **geniş yorumlama** yapılmalıdır.

Sınırlayıcı yorumlar, **hakkın özüne dokunacak biçimde**, bireyin, Mahkemeye erişimini kısıtlamamalıdır.

Sınırlamalar ise, ancak yasal bir amaç gütmeli ve **uygulanan araçlarla ulaşılmak istenilen amaç arasında**, makul bir orantılılık bulunmalıdır.

Yargı yeri önüne götürülen, ancak, **usul kurallarının katı uygulanması** nedeniyle, hukuka aykırı da olsa, birçok işlem ve eylem, yargılamadan bağışık kalabilecektir.

Yargılanmadığı için de **hukuk alanında yer bulacak**, sonuç yaratacaktır.¹

Amaçladığımız **hukuka uygunluğun resmini**, işin kolayına kaçmadan çizebilmektir.

Vurgulamak istediğimiz ise dava dosyaları **esastan karar verilebilecek eşiği** geçtikten sonra artık esastan karar verilmesidir.

Esastan karara verilecek aşamada yani davacı/davalı tarafın esastan dosyaları ile ilgili karar verileceğini beklemektedirken ilk inceleme/usul kararı verilmesi/verilebiliyor olması **yargılamaya ve yargılama usulüne, yargılama usulünü uygulayana güven duymalarında ciddi bir olumsuz tablo** çizmektedir.

Çalışmamızda **çözülmesi gereken bir mesele olarak gördüğümüz** bu konuyu gündeme getirmek istedim.

Birinci bölümde farklı yargılama usullerinde ilk inceleme kurumunu anlattıktan sonra **ikinci bölümde** adil yargılanma hakkı ile aranılan yargılama usul uygulamasını verip **üçüncü ve dördüncü bölümlerde** ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesinin çalışma konumuz ile ilgili kararlarını aktarıp, meselenin önemine dikkat çekeceğim.

¹ Selami Demirkol, "Hukuk Devleti" İlkesinden, "Hukukun Üstünlüğü" İlkesine-İdari Yargının Adapte Olma Paradoksu-Uygulayan Değil, Yorumlayan Yargıç Beklentisi, Vergi ve Temel Haklar İncelemeleri I, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Vergi Yargısına Etkisi, İstanbul: Beta, 2020, ss.4-5, (3-18).

I. YARGILAMA USULLERİNDE İLK/ÖN İNCELEME KURUMUNUN YERİ

A. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İLK İNCELEME OLGUSU

İlk inceleme; dava dosyalarının kayda alınan dilekçelerinin sonraki işlemlere geçilmeden önce, usul yasasında öngörülen hususlarda usul bakımından incelemeye tabi tutulmaları ve artık esas incelemesine geçilebilme eşiğini, iznini, olurlarını deklere eden bir uygulamadır.

Bu uygulamanın dayanağı usul kuralları 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14 ve 15. maddelerinde düzenlenmiştir.

Kanun'un 14.maddesinin 3. fıkrası uyarınca dava dilekçeleri, Danıştay da daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hâkimi, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye (hâkim) tarafından:

a- Görev ve yetki, **b-**İdari merci tecavüzü, **c-**Ehliyet, **d-**İdari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, **e-**Süre aşımı, **f-**Husumet, **g-**3 ve 5. maddelere uygun olup olmadıkları yönlerinden sırasıyla incelemeye tabi tutulması öngörülmüştür.

İlk inceleme sürecinde Kanun'un 14. maddesinin 3. fıkrasında ifade olunan hususlar ile ilgili olarak Kanun'a aykırılık görülür ise, 15.maddede öngörülmüş olan kararların verileceği belirtilmiştir.

Bu kararlar;

a-Dava, görev veya yetki ret-gönderme kararları, adli yargı görevli ise görev ret kararı,

b-3/c, davanın ehliyet yönünden reddi kararı, 3/d, dava konusu işlemin kesin ve yürütülebilir işlem olmadığına dair ret (incelenmeksizin ret) kararı ve 3/e, davanın süre yönünden ret kararı

c-3/f bendine göre, davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliği, **d)** Dilekçe ret kararı, **e)** Merciiine tevdi kararı, **f)** Dilekçenin reddedilmesi üzerine, yeniden verilen dilekçelerde aynı yanlışlıklar yapılması halinde verilen davanın reddi kararlardır.

İlk inceleme üzerine Danıştay veya mahkemelerce verilen; bu maddenin 1/a bendinde belirtilen idari yargının görevli olduğu konularda davanın görev ve yetki yönünden reddine (gönderme) ilişkin kararlarla, 1/c bendinde yazılı gerçek hasma tebliğ ve 1/d bendindeki dilekçe ret kararları **dışında**, ilgisine göre istinaf ya da temyiz yoluna başvurulabilir.

Kanun, ilk incelemenin dilekçelerin alındığı tarihten itibaren **on beş gün içinde sonuçlandırılacağını**, ilk incelemede sorun görülmezse tebligat işlemlerinin yapılacağını düzenlemektedir.

İlk incelemede dikkate alınacak dava şartları, Kanun'un 14. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, yalnız davanın başında değil **yargılamanın her aşamasında 're'sen' aranacağı vurgulanmış ve işte bu çalışmanın gündeme getirilmesine de sebep olmuştur.**

Esasında ilk inceleme kurumu ile amaçlanan; yargılamada esasa geçmeden önce davanın görülmesine engel olabilecek usuli noksanlıkların **en başta saptanarak, hak arama sürecini kısaltıp bu suretle hak arayanların çıkarlarını korumak**, öte yandan iptal veya tam yargı davası tehdidi altında olan **idarenin, usule uygun olmayan bir davanın varlığından bir an evvel kurtulmasını** sağlamaktır.

İdari yargılama hukukunda kanun yollarının mevcudiyeti nedeniyle basamaklı (dereceli) bir yargılama sisteminin mevcut olması, ilk inceleme aşamasında tespiti istenilen bu hususların, yargılamanın sonraki aşamalarında da tespitini mümkün kılmakta, bu durum da **yargılama başladıktan ve esas aşamasına geçildikten sonra** ilk inceleme konuları ile ilgili konularda bir sorunun tespiti halinde süreci en başa döndürebilmekte veyahut sonlandırabilmektedir.

Anayasa 141.madde hükmü uyarınca esas olan, davaların, **en az masraf-la ve mümkün olan süratle** çözümlenmesidir.

İlk incelemede sorun görülmemesi üzerine tebligat işlemleri yapıp tekemmül ettirilen bir dosyada, **esastan karar verilmesi beklenirken**, bu aşamada -örneğin davacının ehliyetli görülmemesi gibi- bir ilk inceleme sorunu nedeniyle davanın reddine karar verilirse, bu durum davacıların **yargı mercilerine duydukları güvenin de sarsılması sonucunu** doğurabilecektir.

Yargılama usulü kuralları "**kamu düzeni**" ndendir.

İlk incelemenin de bu niteliğinden ötürü yargılamanın her safhasında dikkate alınması ve resen icra edilmesi yasa gereği olmaktadır.

Öğretide de hakim olan görüş, ilk incelemenin kamu düzeninden olması niteliğinden ötürü, katı şekilde ve kanuna uygun olarak icra edilmesidir. Bir diğer görüş ise; ilk inceleme yapılırken özellikle tam yargı davalarında daha esnek davranılabileceği yönündedir.²

İlk inceleme aşaması tamamlandı, dilekçe tebligata çıkarıldıktan sonra, mahkemenin **ilk inceleme hususlarındaki yetkisinde daralma olması gerektiği** yönünde de doktrinde görüşler bulunmaktadır.

Şöyle ki; Mahkemenin yetkisinin artık daralması gerektiği, kamu düzenini ilgilendirmedikçe (dilekçenin şekli ve idari merci tecavüzü gibi konular-

² Celal Işıklar, (Temmuz 2011), "İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usulü", <https://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423934929.pdf> adresinden 27/06/2021 tarihinde alınmıştır.

da) sonradan ortaya çıkan veya anlaşılan eksikliklerin tamamlanmayacağı, 15. madde hükümlerinin aynen uygulanmaya mecbur olunmadığı ve esasın incelenebileceği yönünde yaklaşımlar bulunmaktadır.³

B. HUKUK YARGILAMASINDA ÖN İNCELEME KURUMU

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "**Dava şartlarının incelenmesi**" başlıklı 115.maddesinde "(1) *Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler.*

(2) *Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder.*

(3) *Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez."* Kuralı öngörülmüştür.

"**İlk İtirazlar**" ın düzenlendiği 116.maddede ise "(1) *İlk itirazlar aşağıdakilerden ibarettir:*

- a) *Kesin yetki kuralının bulunmadığı hâllerde yetki itirazı.*
- b) *Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı.*
- c) *İş bölümü itirazı."* düzenlemesine yer verilmiş olup

"**İleri sürülmesi ve incelenmesi**" başlıklı 117.maddede ise "(1) *İlk itirazların hepsi cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır; aksi hâlde dinlenemez.*

(2) *İlk itirazlar, dava şartlarından sonra incelenir.*

(3) *İlk itirazlar, ön sorunlar gibi incelenir ve karara bağlanır."* vurgusu yapılarak,

"**Ön incelemenin kapsamı**" başlıklı 137. Maddede de "(1) *Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.*

(2) *Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez."* hükümlerine yer verilmiştir.

³ Kahraman Berk, (2008); İdari Yargılama Usûlü Kanunu'na Göre İlk İnceleme, İstanbul: Alfa Yayınları, 2008, s.31-32.

Bu maddelerin incelenmesinden hukuk usulünde ön inceleme ve ilk itirazlar ile ilgili şu tespitlerde bulunulabilir:

A. Bu düzenleme ile amaçlanan dava şartları ve ilk itirazların **daha işin başında** ve hatta mümkünse ön inceleme duruşmasından önce incelenmesi, en geç ise tahkikat başlamadan, ön inceleme duruşması sonrası karara bağlanmasıdır.⁴

B. Bununla birlikte dava şartları, davanın her aşamasında **resen** araştırılmaktadır.

C. Taraflar dava şartı noksanlığını (yani ön inceleme konularını) **her zaman ileri sürebilmektedirler**.

C. ANAYASA YARGISINDA BİREYSEL BAŞVURULARDA “KABUL EDİLEBİLİRLİK” İNCELEMESİ MÜESSESESİ

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 66. maddesinin 3. fıkrasında; başvurunun süresinde yapılmaması ya da bireysel başvuru formu ve eklerinin gerekli şekil şartlarını taşınamaması ve tespit edilen bu eksikliklerin verilen kesin sürelerde tamamlanmaması hâllerinde başvurunun idari yönden reddine karar verileceği düzenlenmiştir.

Bu karar yargısal nitelikte değildir. Bu kararı verme yetkisi **Komisyonlar Baş raportörüne** aittir. Bu aşamada sorun görülmemesi halinde dosya kabul edilebilirlik incelemesi için **Komisyonlara sevk edilmektedir**.

Anayasa Mahkemesinin çok yoğun başvurular nedeniyle aşırı iş yükü problemleriyle karşılaşması olasılığını dikkate alan yasama organı, kabul edilebilirlik sorununun daha başlangıçta **az sayıda üyeden oluşan, seri ve esnek bir çalışma usulü bulunan “Komisyonlar” önünde** (Bazı hallerde Bölümlerde)⁵ **çözümlemesi yöntemini** benimsemiştir.

Anayasa'nın 153. maddesi ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun madde 48/4'e göre, Anayasa Mahkemesinin **kabul edilemezlik kararları kesindir**.

Komisyonlar ya da duruma göre Bölümler tarafından verilen kabul edilemezlik kararlarına karşı **herhangi bir itiraz yolu bulunmamaktadır**.

Komisyonlarca verilen kabul edilebilirlik kararları ise **bölümler açısından bağlayıcı değildir**.

Esası incelenen bir dosyaya ilişkin olarak, **sonradan yeni bir kabul edilemezlik nedeninin ortaya çıkması**, Komisyonca tespit edilemeyen bir

⁴ İbrahim Ermenek, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Ön İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2011, s.156 vd.

⁵ Hüseyin Ekinci, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi”, Anayasa Yargısı 30, 2013, s.162.

nedenin Bakanlık görüşünde dile getirilmesi ya da resen yapılan incelemede tespiti **her zaman söz konusu olabilecektir.**⁶

Başvurulardan çok az kısmı yönünden esastan incelemeye geçilmesi, AYM 'nin **kabul edilebilirlik kriterleri eşiğinin yüksek olduğunu** göstermektedir.⁷

D. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNDE KABUL EDİLEBİLİRLİK İNCELEMESİ

AİHM, ilk incelemede, bireysel başvuru hakkında;1-Süre, 2-İç hukuk yollarının tüketilmemesi, 3-Başvurunun konusunun önemsiz olması, 4-Dayanaktan yoksun olması nedenleriyle veya mahkemenin saptadığı başkaca herhangi bir gerekçe nedeniyle (usuli veyahut esastan) kabul edilemezlik kararı verebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 'nin "Kabul edilebilirlik koşulları" başlıklı 35.maddesinde;

1. *Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir.*

2. *Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları aşağıda sayılı hallerde ele almaz:*

a) *Başvuru isimsiz ise; veya*

b) *Başvuru, Mahkemece daha önce incelenmiş ya da uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine daha önceden sunulmuş bir başka başvuruyla esasen aynı olup yeni olgular içermiyorsa.*

3. *Aşağıdaki hallerde Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları kabul edilemez bulur:*

a) *Başvurunun konu bakımından Sözleşme veya Protokollerinin hükümleriyle bağdaşmaması, dayanaktan açıkça yoksun veya bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması, veya;*

b) *Başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması; meğerki Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esastan incelenmesini gerektirsin. Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez.*

4. *Mahkeme bu maddeye göre kabul edilemez bulduğu tüm başvuruları reddeder. Mahkeme, yargılamanın her aşamasında bu yönde karar verebilir."*

⁶ Ekinci, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi, s.169

⁷ Ekinci, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi, s.195

Mevcut uygulamada Mahkemeye ulaşan her başvuru ilk olarak yazı işleri müdürlüğü hukukçuları tarafından ele alınır ve uygun yargısal formasyonlar önüne gönderilir.⁸

Açıkça kabul edilebilirlik kriterlerini karşılamayan bir başvuru **tek hâkim önüne gönderilir** ve tek hâkim, yazı işleri müdürlüğü hukukçusunun kendi sorumluluğu altında hazırladığı bir not (tek hâkim notu) üzerinden kararını verir.

Tek hâkim, kendisi karar almak yerine başvuruyu incelenmek üzere komite ya da daire önüne de taşıyabilir.

AIHM tarafından verilen **kabul edilemezlik kararları kesindir.**

Yargılamanın **her aşamasında** verilebilir.

İlk inceleme sonucunda verilen kabul edilemezlik kararlarında, genellikle Sözleşme'nin 34 ve 35. maddelerine atıfta bulunulup neden kabul edilemezlik kararı verildiğine ilişkin gerekçe belirtilmediğinden, çoğu zaman, başvurunun neden kabul edilmediği hususu anlaşılammaktadır.

Mahkemenin kabul edilebilirlik ve esas hakkında incelemeyi birlikte yapması artık olağan usul haline gelmiştir.⁹

II. İLK İNCELEME KURUMU VE ADİL YARGILANMA HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS)'nin 6. maddesindeki hükme göre, *“Herkes yargı önündeki başvurusunun, medeni hak ve sorumluluklarıyla ilgili anlaşmazlıklar ya da cezai alanda kendine yöneltilen suçlamaların özü hakkında karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve **makul bir süre içinde** görülmesini isteme hakkına sahiptir.”*

Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasında da bu hak, *“Herkes, meşru vasiyet ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile **adil yargılanma hakkına sahiptir.**”* hükmüyle yer bulmuştur.

Adil yargılanma hakkı bakımından incelenen; bir bütün olarak ulusal mahkemelerce gerçekleştirilen sonuçtan çok, bir bütün olarak ulusal mahkemelerce gerçekleştirilen yargılama sürecidir.

⁸ “AIHM Yapısı”, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Erişim Tarihi: Şubat 27, 2022, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/insan-haklari-bilgi-bankasi/avrupa-insan-haklari-mahkemesi/aihm-yapisi/>

⁹ Tuğba Demirer Akar ve Ömer Faruk Kemalöglü, “Esastan Karar Verilebilecek Aşamada Usule Dair Karar Verilebilir Olmasının Adil Yargılanma İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, Danıştay Başkanlığı İnsan Hakları Komisyonu Çalışmaları, 6. Dönem (2020-2021), Ankara:2021, ss.15-16, ss.7-49

Diğer bir ifadeyle “içerik olarak adil bir karar verilip verilmediği değil, **adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığı, usuli güvencelerin gerçekleşip gerçekleşmediği**” önem kazanmaktadır.¹⁰

A. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

AYM “**mahkemeye erişim hakkını** şöyle tanımlamıştır:

*“Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir.”*¹¹

AYM ve AİHM’nin önüne gelen başvurularda iç hukukumuzdaki ilk inceleme aşamasında verilen kararlardan en çok davanın süre aşımından reddi kararları, davanın ehliyet yönünden reddi kararları ve incelenmeksizin reddi kararları erişim hakkı ve makul süre kapsamında değerlendirilen kararlar olmuştur.

AİHM, süre koşulu gibi dava açmaya ilişkin usul koşulları birden fazla yoruma neden olabilecek nitelikte ise, mahkemeye erişim hakkı kapsamında **bireylerin dava açma haklarını engelleyecek şekilde katı bir yoruma tabi tutulmaması** veya söz konusu koşulların katı bir biçimde uygulanmaması gerektiğini ifade etmiştir.¹²

AYM ‘de kararlarında, adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkemeye erişim hakkına yönelik sınırlamaların veya mevzuat yorumlamalarının dava açmak isteyen bir kişinin **mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verecek seviyeye ulaşmaması gerektiğine** vurgu yapmaktadır.¹³

B. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

AİHM, makul sürede yargılanma hakkı bakımından değerlendirmeyi yaparken, **dört ölçüt** ele almaktadır:

1. Davanın karmaşıklığı
2. Başvuranın tutum ve davranışı
3. Yetkili mercilerin tutumu
4. Uyuşmazlık konusunun başvuran için önemi

¹⁰ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, Avrupa Konseyi, 2018, s.1

¹¹ Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52

¹² Bkz. Beles/Çek Cumhuriyeti, B. No: 47273/99, 12/11/2002, § 51; Tricard/Fransa, B. No: 40472/98, 10/07/2001, § 33

¹³ Şener Berçin, 22.01.2015 tarih ve Başvuru No: 2013/5516 lı kararı

AIHM, kararlarında, davaların makul sürede görülmesini emrederken, adaletin yerine getirilmesindeki etkililiğe ve güvenilirliğe zarar verebilecek gecikmeler olmaksızın adaletin yerine getirilmesinin önemini vurgulamaktadır.¹⁴

Anayasa Mahkemesi Şener Berçin Başvurusuna (Başvuru No: 2013/5516, 22/1/2015) konu uyuşmazlıkta;

İdare Mahkemesinde açılan iptal ve tazminat talepli davada, Mahkemece süre ret kararı verilmiştir.

İdareye başvuru tarihinden itibaren ilk derece yargılamasında geçen süre 1 yıl 2 ay 24 gün, kanun yolunda geçen süre 1 yıl 9 ay 28 gün ve toplam yargılama 3 yıl 22 gün sürmüştür.

AYM, başvuru konusu olayda uygulanması gereken usul hükümleri nazara alındığında, söz konusu **iki dereceli yargılama prosedüründe geçen 3 yıl 22 günlük yargılama süresinin makul süreyi aşmadığı** ve başvuruya konu uyuşmazlığın karara bağlanmasının yargılama makamlarının tutumu nedeniyle geciktirildiğine dair bir bulgu saptanmadığı sonucuna varmıştır.¹⁵

Konu ile ilgili Danıştay kararlarından; makul süre aşımına yönelik olan ve esastan karar verilebilecek eşiği geçtikten çok uzun bir zaman sonrası ilk incelemeyen verilen kararlardan şimdi bazı örnekler verelim.

- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 02/10/2019 tarih ve E:2018/3201, K:2019/3998 sayılı kararı:

Uyuşmazlıkta bir yükseköğretim kurumunda, bölüm başkanı ile öğretim üyesi arasında çıkan anlaşmazlık neticesinde, **31/01/2009 tarihinde** bölüm başkanının öğretim üyesini darp etmesi üzerine adli yargı yerinde açılan kamu davasında, kasten basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde hafif yaralama ve hakaret suçlarından 20/06/2011 tarihinde ilgilinin mahkûmiyetine karar verilmiştir.

Bunun üzerine, 07/09/2011 tarihinde öğretim üyesi tarafından bölüm başkanı hasım gösterilerek Asliye Hukuk Mahkemesinde manevi tazminat davası açılmıştır. (2 yıl 8 ay sonra)

Asliye Hukuk Mahkemesince 28/02/2013 tarihinde davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine karar verilmiştir. (Olaydan 4 yıl sonra)

Bu kararın temyizi üzerine, 27/02/2014 tarihinde, **Yargıtay tarafından, bu davanın gerçek kişi aleyhine değil idare aleyhine açılması ve davanın husumetten reddi gerektiği gerekçesiyle** karar bozulmuştur. (Olaydan 5 yıl sonra)

¹⁴ Güher Ergun vd., 02.07.2013 tarih ve Başvuru No: 2012/13 numaralı kararı, § 40.

¹⁵ İsmail Şahin, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali, YBHD, Yıl 4, Sayı 2019/1, s.238.

Asliye Hukuk Mahkemesince 08/12/2014 tarihli kararla bozma kararına uyularak davanın idari yargı yerinde ve idareye karşı açılması gerektiğinden bahisle davanın husumet yönünden reddine karar verilmiş ve bu karar taraflarca temyiz edilmeyerek 16/01/2015 tarihinde kesinleşmiştir. (Olaydan 6 yıl sonra)

Davacı bu karar üzerine, 20/01/2015 tarihinde, İdare Mahkemesinde olayın gerçekleştiği yükseköğretim kurumunu hasım göstererek manevi tazminat davası açmıştır.

İdare Mahkemesince, 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (1). bendi uyarınca dava açılmadan önce ilgili idareye başvurulması ve idareden "ön karar" alınmasının zorunlu olduğu belirtilerek dilekçenin merciiine tevdiine karar verilmiştir.

Davalı idarece, davacının taleplerinin cevap verilmeyerek reddedilmesi üzerine 14/05/2015 tarihinde bakılan dava açılmıştır.

Bu davada ise, **İdare Mahkemesince**, 25/05/2015 tarihinde (Olay tarihinden 6 yıl 4 ay sonra) **davanın süre aşımından reddine karar** verilmiştir.

Bu karar, 28/12/2017 tarihinde **Danıştay Dairesince davanın süresinde olduğundan bahisle bozulmuştur. (Olaydan yaklaşık 8 yıl sonra)**

İdare Mahkemesince davanın süre aşımı nedeniyle reddi kararında **ısrar** edilmesi üzerine (30/05/2018), Danıştay İDDK 'nun 02/10/2019 tarihli kararıyla; İdare Mahkemesinin davanın süre aşımı nedeniyle reddi kararı farklı bir gerekçe ile 9/6 oyla onanmıştır.

Netice olarak, olayın üzerinden **10 yıl 9 ay** geçtikten sonra dava ilk inceleme hususlarından biri olan süre aşımı nedeniyle reddedilmiştir.

• Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 04/04/2018 tarih ve E:2015/2456, K:2018/1519 sayılı kararı:

Uyuşmazlığın konusunu, davacı ile davalı yükseköğretim kurumu arasında imzalanan taahhüt ve kefalet senedi uyarınca doktora çalışmalarını tamamlayamaması üzerine davacıya kişi borcu çıkarılmasına ilişkin **24/02/2009 tarihli işlem oluşturmaktadır.**

Bu işlemin iptali istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesince uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı yerlerine ait olduğundan bahisle **2014 yılında davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir. (5 yıl sonra)**

Bu kararın temyizi üzerine, yine 2014 yılında, Danıştay Sekizinci Dairesi tarafından, uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğundan bahisle **Mahkeme kararı bozulmuştur.**

İdare Mahkemesi davanın görev yönünden reddi kararında **2015 yılında verdiği kararla ısrar etmiştir.**

Bu ısrar kararı, İDDK'nın 2018 yılında verdiği kararlar, dava konusu işlemin kesin ve icrai nitelik taşımadığından bahisle bozulmuştur.

Netice olarak, 2009 tarihli işlem hakkında, 2018 yılında, yani **9 yıl sonra**, İDDK'ca, dava konusu işlemin kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı ve bu işleme karşı açılan davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 23/05/2019 tarih ve E:2018/2451, K:2029/2669 sayılı kararı:

Davanın konusunu, davacının kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 2010 tarihli işlem oluşturmaktadır.

İlk derece Mahkemesince 2012 yılında davanın esastan reddine karar verilmiştir.

Danıştay On ikinci Dairesince 2016 yılında, davada süre aşımı olduğu ve esasının incelenme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle bu karar bozulmuştur. (6 yıl sonra)

İdare Mahkemesince, bozma kararına uyularak davanın süre aşımından reddine karar verilmiştir.

Karar, Dairece bu kez de davanın süresinde olduğu ve işin esasının incelenmesi gerektiğinden bahisle bozulmuştur. (7 yıl sonra)

İdare Mahkemesi 15/03/2018 tarihli kararıyla davanın süre aşımından reddine yönelik kararında ısrar etmiştir. (8 yıl sonra)

İDDK, 23/05/2019 tarihli kararıyla davanın süresinde olduğundan bahisle oybirliği ile ısrar kararının bozulmasına hükmetmiştir. (9 yıl sonra)

Bu karara yönelik karar düzeltme istemi de yine İDDK'ca 17/09/2020 tarihinde oybirliğiyle reddedilmiştir.

Netice olarak, davanın açıldığı tarihten **10 yıl** sonra davanın esasını inceleyebilir hale gelmiştir.

- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 17/11/2014 tarih ve E:2012/1989, K:2014/4056 sayılı kararı:

Davanın konusunu, 24/05/2006 tarihli Belediye Meclis kararıyla kabul edilen ... Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliği'nin bazı maddelerinin iptali istemi oluşturmaktadır.

Davacı ise Şehir Plancıları Odasıdır.

İdare Mahkemesinin 09/08/2006 tarihli kararıyla, dava konusu maddeler arasında maddi ve hukuki bağıllık ile sebep sonuç ilişkisi bulunmaması nedeniyle ayrı dilekçelerle dava açılması gerektiğinden bahisle dilekçe ret kararı verilmiştir.

02/11/2006 tarihli kararla da, aynı yanlışlıkların yenileme dilekçesinde de tekrarlandığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir. (5 ay 15 gün sonra)

Danıştay Altıncı Dairesinin 22/04/2009 tarihli kararıyla; Yönetmelik maddelerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve aralarında maddi ve hukuki bağlantı bulunduğunun kabulü gerektiğinden bahisle Mahkeme kararı bozulmuştur. (3 yıl sonra)

İdare Mahkemesince 18/05/2012 tarihli kararla, Dairece incelenmesi gereken hususun ilk dilekçe ret kararının haklı olup olmadığı değil, yenileme dilekçesinde, dilekçe ret kararında tespit edilen eksikliklerin giderilip giderilmediğidir gerekçesini ekleyerek davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar edilmiştir. (6 yıl sonra)

İDDK tarafından, 17/11/2014 tarihli kararla; ısrar kararı, dava konusu Yönetmelik maddeleri arasında maddi ve hukuki bağlantı bulunduğu ve dava dilekçesinin kabulü ve dosyanın tekemmül ettirilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuştur. (8 yıl)

Bu karara yönelik karar düzeltme istemi, 15/02/2016 tarihinde reddedilmiştir. (10 yıl sonra)

Netice olarak, 2006 tarihli Yönetmeliğe karşı açılan davada **10 yıl sonra** verilen kararla dosyanın tekemmül ettirilmesi gerektiği sonucuna varılarak dosya mahkemesine gönderilmiş ve yargılama yeniden başlamıştır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ PRATİKLERİ

A. MESUTOĞLU/TÜRKİYE KARARI (BAŞVURU NUMARASI: 36533/04, KARAR TARİHİ: 14/10/2008)

* Başvurunun Konusu

Başvuru; yakınlarını bir trafik kazasında kaybeden başvuranlar tarafından açılan ve daha sonra idari yargı merciine taşınan tam yargı davasının, usul hükümleri yönünden reddine ve dava dosyasının adli yargı merciine iadesine karar verilmesi nedeniyle, mevzuat hükümlerinin aşırı şekilci bir biçimde yorumlanması sonucunda adil yargılanma ve bu bağlamda mahkeme erişim haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

* Maddi Olay ve Yargısal Süreç

Başvuranlar, 14/10/1999 tarihinde meydana gelen trafik kazasında yakınlarını kaybetmişlerdir.

Açılan ceza davası çerçevesinde Adli Tıp Kurumunca, tarafların kusur oranını saptayan bir bilirkişi raporu düzenlenmiş ve söz konusu rapora göre yolun bakımından sorumlu idare olarak Elazığ Belediyesi 3/8 oranında kusurlu bulunmuştur.

Bunun üzerine başvuranlar, Elâziğ Asliye Hukuk Mahkemesinde Belediye aleyhine tazminat davası açmışlardır.

Açılan dava neticesinde Asliye Hukuk Mahkemesince, 14/11/2000 tarihinde görevsizlik kararı verilmiş ve dava dosyası, İdare Mahkemesine gönderilmemesi gerekirken, başvuranların talepleri üzerine 21/12/2000 tarihinde Malatya İdare Mahkemesine gönderilmiştir.

İdare Mahkemesi, dosya üzerinde 11/01/2001 tarihinde yaptığı ilk inceleme sonrası başvuranlardan dava dilekçelerini İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun hükümlerine uygun olarak tamamlamalarını istemiştir.

Başvuranların 02/04/2001 tarihinde usulüne uygun olarak yeniledikleri dilekçe üzerine İdare Mahkemesi, dava dilekçesini davalı idareye tebliğ ederek ve diğer usulî işleri tamamlayarak dosyayı tekemmül ettirmiştir.

Daha sonra 12/12/2002 tarihinde İdare Mahkemesi, dosyada usul sakatlığı bulunduğu gerekçesiyle başvuranların davasının reddine ve dava dosyasının Asliye Hukuk Mahkemesine iadesine karar vermiştir.

İdare Mahkemesi gerekçesinde, bu ihtilafın idare mahkemesinin yetki alanına girdiği, ancak, davanın asliye hukuk mahkemesinde açıldığı durumlarda, İdari Yargılama Usul Kanunu'nun asliye hukuk mahkemesinin idare mahkemesi lehine görevsizlik kararı vermesini, bir başka ifadeyle, dava dosyasının idari yargı yerine gönderilmesini öngörmediğini, başvuranların, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3. maddesine uygun olarak, doğrudan İdare Mahkemesinde dava açmış olmaları gerektiğini belirtmiştir.

İdare Mahkemesinin bu kararı, Danıştay Onuncu Dairesince 02/06/2003 tarihinde onanmış ve başvuranların karar düzeltme talepleri de 18/06/2004 tarihinde reddedilmiştir.

Bunun üzerine başvuranlar, ulusal mahkemelerin, İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerini aşırı şekilci bir şekilde yorumladıkları ve böylece mahkemeye erişim haklarını ihlal ettikleri iddiasıyla 10/09/2004 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunmuşlardır.

*** İlgili Hukuk**

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Görevli olmayan yerlere başvurma" başlıklı 9. maddesinde;

"1. Çözümlemesi Danıştay'ın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli ve askeri yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. Görevsiz yargı merciine başvurma tarihi, Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edilir.

2. Adli veya askeri yargı yerlerine açılan ve görevsizlik sebebiyle reddedilen davalarda, görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonra birinci fıkrada yazılı otuz günlük süre geçirilmiş olsa dahi, idari dava açılması için öngörülen süre henüz dolmamış ise bu süre içinde idari dava açılabilir.” hükmü yer almaktadır.

*** AİHM’ in Yargılaması, Tespitleri ve Hüküm**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öncelikle, mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, özellikle bir başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin koşullarla ilgili olarak zımnen kabul edilmiş bazı sınırlamalara tabi olabildiğini, zira erişim hakkının doğası gereği devlet tarafından bir düzenlemeyi gerektirdiğini ve Sözleşmeciler Devletlerin bu konuda belirli bir takdir payına sahip olduklarını belirtmiştir.

Bununla birlikte, getirilen kısıtlamaların, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememesi gerektiğini, mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamaların, ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvuru araçları arasında makul bir orantı olması halinde AİHM’nin 6/1. maddesi ile bağdaşabileceğini, bu bağlamda, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine halel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınmaları gerektiği hususunun da altını çizmiştir.

AİHM, olayda İdare Mahkemesinin başvuru sahiplerinin dilekçesini esas incelemesine tabi tutmaksızın kabul edilemez bulduğunu ve bu karara gerekçe olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (m.9) görevsizlik kararı veren adli yargı yerinin dava dosyasını idari yargı yerine göndereceğini öngörmemiş olduğunu gerekçe olarak gösterdiğini tespit etmiştir.

AİHM, İdare Mahkemesinin bu sonuca yargılama sürecinin başında değil, fakat ikinci oturumundan yirmi ay ve usule ilişkin işlemleri yerine getirdikten, özellikle dosyanın tekemmülünü sağladıktan sonra ulaştığına dikkat çekmiştir.

İdare Mahkemesinin, başvuru sahiplerinin İYUK’un tüm gerekliliklerine uygun olan başvurusunu önce kabul edip, sonra ilgililerin esasa ilişkin bir karar elde etmeyi bekledikleri bir aşamada usul sakatlığından dolayı reddettiği tespitinde bulunmuştur.

AİHM, davanın istisnai koşullarına bakıldığında, dava dosyasının görevsizlik kararı veren Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından İdare Mahkemesine gönderilmesi ile İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 9. maddesi ile öngörülen ayrıntı ve usullere sıkı sıkıya bağlı kalarak başvuruların İdare Mahkemesine başvurusu arasında alınacak sonuç açısından hiçbir fark bulunmadığına kanaat getirerek, hangi yöntem aracılığı ile olursa olsun mevcut davada ulaşılmak istenen amacın davanın yetkili bir mahkemede görülmesi olduğu, mevcut davada 9. maddenin kati surette uygulanması gerektiği farz edilse

dahi, yargılamanın hemen başında ve İdare Mahkemesinin ara kararının hemen ardından, başvuranların, tam anlamıyla İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine uygun olarak yeni bir başvuruda bulunduğunu not etmiştir.

Sonuç olarak AİHM, 2577 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile birlikte 9. maddesinin konuluş amacının idare mahkemelerine erişimi kolaylaştırmak olduğunu, oysa mevcut davada, başvuranların, dilekçelerinin esas bakımından incelenmesinden yoksun bırakan usulî muameleye ilişkin bir gerekliliğin yorumunun söz konusu olduğunu ve bu durumun mahkemeler ile yüksek yargı organları tarafından sağlanan etkin koruma hakkına yönelik bir ihlal niteliğinde bulunduğunu belirterek, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesinin çok katı bir şekilde, son derece dar uygulanması ile Türk idare mahkemelerinin aşırı şekilci davrandığını, böylece başvuranların mahkemeye erişim haklarından ve dolayısıyla AİHS'nin 6/1 maddesi kapsamında adil yargılanma haklarından yoksun bırakıldıkları sonucuna ulaşmıştır.

B. ORMANCI VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE KARARI (BAŞVURU NUMARASI: 43647/98, KARAR TARİHİ: 21/12/2004)

*** Başvurunun Konusu**

Başvuru; başvuranlar tarafından, idari yargı merciinde açılan tam yargı davasında makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

*** Maddi Olay ve Yargısal Süreç**

Başvuranların Kahramanmaraş'taki köyüne 15/04/1991'de örgüt mensuplarınca düzenlenen baskın sonrasında aralarında ilk başvuranın kocası ve diğer başvuranların babası olan A.O.'nun da bulunduğu köyün erkekleri öldürülmüştür.

Bunun üzerine başvuranlar, 15/04/1992 tarihinde Ankara İdare Mahkemesinde İçişleri Bakanlığı aleyhine tazminat davası açmışlardır.

Davayı gören Ankara İdare Mahkemesi, tarafların dilekçeleri üzerindeki usuli işlemleri yerine getirmiş ve dava dosyasını tekemmülünü sağlamıştır.

Ancak ilerleyen süreçte dosyanın tekemmülünden sonra, Ankara İdare Mahkemesi 21/02/1994 tarihinde «yetki ret» kararı vererek dava dosyasını Gaziantep İdari Mahkemesine göndermiştir.

Dosyayı incelemeye başlayan Gaziantep İdare Mahkemesi gerekli ara karar ve bilirkişi incelemelerini yaptıktan sonra, 19/06/1996 tarihinde (Dosyanın kendisine gelişinden yaklaşık 2 yıl 4 ay sonra) başvuranlara davanın açıldığı tarihten itibaren işletilen faizle beraber maddi ve manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

Davalı idarenin temyizi üzerine, Danıştay Onuncu Dairesinin 10/03/1998 (Davanın açılışından yaklaşık 5 yıl 10 ay sonra) tarihli kararıyla ilk derece mahkemesi kararı onanmış ve 05/11/1997 ile 30/04/1998 tarihlerinde başvuranların hak ettikleri tazminat kendilerine ödenmiştir.

Başvuranlar daha sonra, 13/07/1998 tarihinde AİHM'e başvurarak, Sözleşme'nin 6/1. maddesi uyarınca tazmin işlemlerinin uzun sürmesinden şikayetçi olmuş ve bu suretle «makul sürede yargılanma haklarının» ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

* İlgili Hukuk

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dilekçeler üzerine ilk inceleme" başlıklı 14. maddesinde;

"1. Dilekçeler kaydedildikten sonra..., görevli dairelere..., iletilir.

2. ...

3. Dilekçeler, idari mahkemelerde daire başkanın görevlendireceği bir tetkik hakimi tarafından:

a) Görev ve yetki, ...

Yönlerinden sırasıyla incelenir

4. ...dilekçelerin incelenmesi dilekçenin alındığı tarihten itibaren en geç on beş gün içinde sonuçlandırılır.

5. İlk incelemeyi yapanlar, bu noktalardan kanuna aykırılık görmezlerse tebligat işlemi yapılır..." hükmüne yer verilmiştir.

* AİHM'nin Yargılaması, Tespitleri ve Hüküm

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öncelikle, dava işlemlerinin süresinin makul olup olmadığını değerlendirirken, dava şartlarının yanı sıra içtihatlar tarafından belirlenen, özellikle davanın karmaşıklığı, başvuranın ve ilgili mercilerin tutumu ve başvuranın neleri yitirebileceği gibi kriterlerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

AİHM, olayda, dava işlemlerinin m. 6/1'de belirtilen "makul süre" şartını karşılayıp karşılamadığını belirlerken söz konusu davanın üç mahkeme huzurunda 5 yıl 10 ay sürdüğüne dikkat çekmiştir.

AİHM, uyuşmazlıkta başvuranların da, iç hukuk hükümlerinin aksine yanlış mahkemede tazminat davası açmak suretiyle işlemlerin uzamasına katkıda bulunduğunu belirtmiş, ancak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca dilekçenin verildiği mahkemenin yetkili olup olmadığına dair ön incelemenin yerel idari mahkeme tarafından dilekçenin o mahkemenin ilgili dairesine iletilmesini izleyen on beş gün içerisinde re'sen yapılması gerektiğine, bu kapsamda söz konusu davada Ankara İdare Mahkemesinin dilekçenin sunulmasından ancak 1 yıl 10 ay sonra yer bakımından (ratione loci) yetkisizlik kararı verdiğine özellikle vurgu yapmıştır.

AİHM, davanın Ankara İdare Mahkemesi önünde yaklaşık olarak 1 yıl 10 ay boyunca kaldığına dikkat çekmiş, diğer yandan, Gaziantep İdare Mahkemesi ile Danıştay önündeki süreçte aşırı bir gecikme olmadığı kanaatine varmıştır.

Sonuç olarak AİHM, söz konusu davanın şartları altında, Ankara İdari Mahkemesinin yetkisizlik kararı almasının 1 yıl 10 ay sürmesinin Sözleşme'nin 6/1 maddesine aykırı olduğu kararına varmış ve bu suretle başvuruların makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. (Ormancı ve Diğerleri/Türkiye, 21/12/2004, Başvuru No:43647/98)

Davacılar Kahramanmaraş'ta meydana gelen zarar doğurucu eylemden ötürü Ankara İdare Mahkemesinde maddi ve manevi tazminat istemiyle dava açmışlardır. **(15/04/1992)**

Mahkeme dosyanın tekemmülüne ilişkin işlemleri yürütürken 21/01/1994'te yetki ret kararı vererek dosyayı Gaziantep İdare Mahkemesine göndermiştir. **(1 yıl 9 ay sonra)**

Gaziantep İdare Mahkemesi 19/06/1996'da maddi ve manevi tazminata hükmetmiştir. **(4 yıl 2 ay sonra)**

Danıştay ca karar 10/03/1998'de onanarak kesinleşmiştir. **(Yaklaşık 6 yıl)**

Başvuranlar, tazminat işlemlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 maddesiyle belirtilen makul süreyi aştığından şikayet etmiştir.

*Söz konusu dava, iç hukukta üç mahkeme huzurunda, **beş yıl on ay sürmüştür.***

AİHM, 2577 sayılı Kanun'un 14.maddesi uyarınca dilekçenin verildiği mahkemenin yetkili olup olmadığına dair ön incelemenin yerel idari mahkeme tarafından dilekçenin o mahkemenin ilgili dairesine iletilmesini izleyen **on beş gün içinde ex officio (resen) olarak yapılması gerektiğine**, söz konusu davada, Ankara İdare Mahkemesinin dilekçenin sunulmasından ancak **bir yıl on ay sonra** razione loci (mahkemenin yer bakımından yetkisi) yetkisizlik kararı verdiğine dikkat çekmiştir.

AİHM, Gaziantep İdare Mahkemesi ile Danıştay'da geçen sürelerin ise makul olduğu görüşündedir.

AİHM, sonuç olarak, Ankara İdare Mahkemesinin razione loci/yetkisizlik kararı almasının bir yıl on ay sürmesinin Sözleşme'nin 6/1 maddesine aykırı olduğu tespitiyle ihlal kararı vermiştir.

Bu AİHM kararı, ilk inceleme konularından biri nedeniyle verilen iç hukuktaki Mahkeme kararının gecikmeli olarak verilmesini ihlal kararı ile neticelendirerek Türk yargı sisteminde pek çok reformu tetikleyen bir karar olmuştur.

C. EŐİM / TÜRKiYE KARARI (BAŞVURU NUMARASI: 59601/09, KARAR TARİHi: 17/09/2013)

*** Başvurunun Konusu**

Başvuru; başvuran tarafından, askeri idari yargı merciinde açılan tam yargı davalarının sure aşımı yonnden reddi nedeniyle adil yargılanma ve mahkemeye erişim haklarından mahrum bırakıldığı iddialarına ilişkindir.

*** Maddi Olay ve Yargısal Sure**

Başvuran UĞur EŐim, orduda **asker olarak görev yapmakta iken** 25/09/1990 tarihinde güvenlik güçleri ile bir grup terörist arasında çıkan çatışmada ağır bir biçimde yaralanmıŐ ve farklı askerİ hastanelerde tedavi görmüştür.

14/11/1991 tarihli sağlık raporuna göre de iş görme yeteneğini % 33 oranında kaybettiği tespitiyle maluliyet aylığı bağlanarak ordu ile iliŐĐi ke-silmiŐtir.

Sonraki yıllarda sürekli baş ağrısı ve baş dönmesinden Şikayetçi olan baŐvuranda, 2004 yılında yapılan bir BT taraması sonucu sol orbital bölgede ne olduğu belirlenemeyen bir metal cismin bulunduğu ortaya çıkmıştır.

Ardından, 2007 yılında GATA Askerİ Hastanesi nöroŐirurji bölümünde yapılan bir başka BT taraması sonucunda başvuranın kafatasında 15x10 mm.lik bir mermi belirlenmiştir.

Bunun zerine başvuran, 19/09/2007 tarihinde tıbbi ihmal bulunduğu iddiasıyla Millİ Savunma Bakanlığına tazminat talebiyle baŐvurmıŐtur.

Bu talebinin idarece zımnen reddedilmesi üzerine başvuran, 16/01/2008 tarihinde, biri maddi zarar ve diğeri 2007 yılında kafatasında tespit edilen kurŐun nedeniyle uğradığı manevi zararın tazmini için olmak üzere Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde iki ayrı tam yargı davası açmıştır.

Askerİ Yüksek İdare Mahkemesi sırasıyla, 21 Ocak ve 18 Şubat 2009 ta-rihlerinde, her iki davanın da suresinde açılmamış olduğu gerekçesiyle, davaların sure aşımı nedeniyle reddine, oy çokluğuyla karar vermiştir.

AYİM, kararlarında gerekçe olarak, başvuranın 2007 yılına kadar kafata-sındaki kurŐunun farkında olmasa da Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanu-nu'nun 43. maddesinin 1. fıkrası uyarınca her halükarda olayın meydana geldiği 1990 yılından itibaren beş yıl içinde davaları açması gerektiğini ifade etmiştir.

Karar düzeltme isteminin de AYİM tarafından 22/04/2009 tarihinde reddedilmesi üzerine başvuran, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ve mahkemeye erişim hakkının engellendiğini ileri sürerek AİHM'e başvuruda bulunmuştur.

* İlgili Hukuk

1602 sayılı (mülga) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun "Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması" başlıklı 43. maddesinde;

"İdari eylemlerden hakları ihlâl edilmiş olanların Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde dava açmadan önce, bu eylemlerin yazılı bildirimini üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde yetkili makama başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri lazımdır. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde bu konudaki işlemin tebliği tarihinden ve altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren altmış gün içinde tam yargı davası açabilirler..." hükmüne yer verilmiştir.

* AİHM'nin Yargılaması, Tespitleri ve Hüküm

AİHM olayda, hükümetin, başvuranın kafatasında ne olduğu belirlenmeyen bir cismin bulunduğunu 2004 yılında BT taraması sonucu öğrendiğini belirtmesine rağmen, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bu konuda herhangi bir değerlendirme yapmadığına dikkat çekmiş ve AYİM'in kararında, yalnızca başvuranın, eylemin meydana gelmesinden itibaren beş yıl içerisinde dava açması gerekirken davanın açılmamış olduğunu gerekçe olarak gösterdiğini tespit etmiştir. Buna göre AYİM'in, 2004 ve 2007 yıllarında başvuranın kafatasındaki mermiyi öğrenmiş olması ile ilgilenmediğini belirtmiştir.

AİHM, başvuranın kafatasındaki merminin yaralandığı sırada fark edilmeyip, ancak şiddetli baş ağrıları ortaya çıktığında anlaşılmasının taraflar arasında tartışma konusu olmadığını kaydedip, dava açma süresinin bu ağrıların kafatasındaki mermiden kaynaklı olduğunu BT taraması ile öğrendiği andan itibaren beş yıllık sürenin başlatılması gerektiğini ifade etmiş ve olayda, başvuranın zararı öğrendiği tarihin göz önüne bulundurulması gerektiği halde bunu yapmayan AYİM'in ihlale sebep olduğuna vurgu yapmıştır.

Zira Mahkeme, başvuranın 25/09/1995 tarihinde kafatasındaki mermiden haberdar olmadığı tartışma konusu olmadığından, kendisinin beş yıl içerisinde tazminat davası açmasının beklenmesinin makul olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.

Sonuç olarak, başvuranın 25/09/1995 tarihinde kafatasındaki mermiden haberdar olmadığı tartışma konusu olmadığından, kendisinin beş yıl içerisinde tazminat davası açmasının beklenmesinin makul olarak değerlendirilemeyeceği görüşüyle AİHM, başvuruya konu davada, AYİM'in süre sınırı hakkındaki katı yorumunun, davanın esasının tam olarak incelenmesine engel olduğunu, dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının özüne hâle getirdiğini belirterek, başvuranın mahkemeye erişim hakkının ve dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlâl edildiğine hükmetmiştir.

D. REİSNER / TÜRKİYE KARARI (BAŞVURU NUMARASI: 46815/09, KARAR TARİHİ: 21/07/2015)

Bu kararda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Sözleşmeye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında mülkiyet hakkı bağlamında da değerlendirme ve tespitlere yer verilmiş olup, çalışmamızda, Mahkeme kararının konumuzla ilgili kısmını teşkil eden AIHS'nin 6. maddesi çerçevesinde yapılan değerlendirmelerine yer verilmektedir.

*** Başvurunun Konusu**

Başvuru; başvuran tarafından, idari yargı merciinde açılan tam yargı davasının süre aşımı yönünden reddi nedeniyle mülkiyetinin barışçıl bir şekilde korunması hakkı ile adil yargılanma ve mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

*** Maddi Olay ve Yargısal Süreç**

Başvuran Alman vatandaşı Michael Reisner Almanya'da yaşamakta olup, Alman menkul kıymetler borsası aracılığıyla Türkiye'nin olay tarihinde beşinci büyük bankası olan Demirbank'tan altı yüz elli adet hisse senedi satın almıştır.

Başvuran, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) tarafından Demirbank'ın yönetim ve denetiminin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) 31/01/2001 tarihinde devredilmesi ve ardından Demirbank'ın TMSF tarafından HSBC'ye satılmasına ilişkin anlaşmanın iptali sonucu 30/04/2006 tarihinde bankanın hukuka aykırı olarak HSBC'ye satılmasından kaynaklandığı ileri sürerek hisse değer kaybından dolayı tazminat istemiyle TMSF'ye yaptığı başvurunun 15/06/2006 tarihinde reddi üzerine, zararın tazmini istemiyle İstanbul İdare Mahkemesinde dava açmıştır.

İdare Mahkemesi, 15/04/2008 tarihli kararı ile davayı süre aşımı nedeniyle reddetmiştir.

İdare mahkemesi kararında, idari davanın açılabilmesi için öngörülen altmış günlük dava açma süresinin, Demirbank'ın öz kaynaklarının TMSF'nin Menkul Kıymetler Borsasındaki hesabına devredildiği, 31/01/2001 tarihinden itibaren başladığı ancak, yasa ile öngörülen altmış günlük dava açma süresinin geçirilmiş olduğu gerekçesine yer verilmiştir.

Bu kararın İstanbul Bölge İdare Mahkemesi tarafından 21/01/2009 tarihinde onanarak kesinleşmesi üzerine başvuran, mülkiyetinin barışçıl bir şekilde korunması hakkı ile adil yargılanma ve mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiği iddialarıyla AİHM'e başvuruda bulunmuştur.

*** İlgili Hukuk**

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dava açma süresi" başlıklı 7. maddesinde;

“1. Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür.

2. Bu süreler;

a) İdari uyuşmazlıklarda; yazılı bildirim yapıldığı, ... Tarihi izleyen gündün başlar...” hükmüne,

Aynı Kanun’un “İptal ve tam yargı davaları” başlıklı 12. maddesinde de;

“İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır.” hükmüne yer verilmiştir.

*** AİHM’nin Yargılaması, Tespitleri ve Hüküm**

AİHM, başvuranın hisse sahibi olduğunu dikkate alarak, bunların ekonomik bir değeri bulunduğunu, mülkiyet teşkil ettiğini ve Banka ile ilgili tedbirlerin alınması nedeniyle başvuranın hisselerinin değerinin tamamen kaybolduğunu kaydetmiştir.

Başvuranın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varan AİHM, diğer iddia olan Sözleşme’nin 6. maddesi ihlali iddiası ile ilgili de ihlal tespiti yapmıştır. Zira, başvuran tarafından, davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmiş olması nedeniyle mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakıldığı ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olduğu iddiasında da bulunulmuştur.

AİHM tarafından, dava açma hakkının yasal birtakım şartlara bağlanabileceği, ancak mahkemelerin usul kurallarını uygularken yargılamanın adil olmasına hanel getirecek aşırı şekilcilikten ve yasalar tarafından konulan usul kurallarını ortadan kaldırma sonucunu doğuracak aşırı esneklikten kaçınması gerektiği tekraren hatırlatılmıştır.

AİHM, usul kurallarının hukuki belirlilik ve adaletin düzgün şekilde yönetilmesine yönelik hedeflere hizmet etmediği takdirde ve davacının davasının esasını yerel mahkemeler tarafından inceletmesinin önüne geçen bir tür engel oluşturduğunda, mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmaktadır.

AİHM’nin tespitlerine göre, Demirbank’ın HSBC tarafından alınması işlemi, açılan davaların süregelen yargılamaları nedeniyle sonradan hukuka aykırı bulunmuş ve 24/02/2006 tarihli kesinleşen kararla iptal edilmiş, başvuran da bu devir işleminin 24/02/2006 tarihinde iptal edilmiş olduğunu dikkate alarak tazminat talebini bu tarihten sonra başlatmıştır.

Başvuranın bu tarihten önce tazminat davasını açmasını beklemenin makul olmayacağını vurgulayan AİHM, eylemin hukuka uygun olmadığını 24/02/2006 tarihinde kesinleşen kararla tespit edilmiş olduğu saptamasını yapmıştır.

Sonuç olarak AİHM, İdare Mahkemesinin dava açma süresinin başlangıcını katı bir şekilde yorumlamasının, davanın esasının bütünüyle incelenmesini imkânsız hale getirdiği ve başvuranın mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verdiği sonucuna varmış ve Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ PRATİKLERİ

A. NEZAKET KAPLAN BAŞVURUSU (BAŞVURU NUMARASI: 2014/6717, KARAR TARİHİ: 09/01/2018)

*** Başvurunun Konusu**

Başvuru; idari yargı merciinde açılan tam yargı davasının süre aşımı yönünden reddi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

*** Maddi Olay ve Yargısal Süreç**

Başvurucu, çocuğunun 2007 yılı ocak ayında Çanakkale Devlet Hastanesinde tedavi altındayken hayatını kaybetmesi üzerine, ilgili hekimler aleyhine 01/04/2011 tarihinde Çanakkale 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açmıştır.

Yargılama sürecinde ilk derece mahkemesince dava görülmekte iken, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi benzer bir konudaki davada verdiği karar ile kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana geldiği ileri sürülen, dolayısıyla hizmet kusuruna dayanılarak açılacak tazminat davalarında ancak kamu idaresi aleyhine dava açılabilmesi yönünde görüş ortaya koymuş ve temyize konu davanın husumet yönünden reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bu görüşü, Çanakkale 1. Asliye Hukuk Mahkemesince benimsenmiş ve 12/06/2012 tarihli karar ile davanın husumet yönünden reddine hükmedilmiş, bu karar Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 09/11/2012 tarihli ilamı ile onanmış, onama ilamı başvurucuya 17/12/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Başvurucu bunun üzerine, 16/01/2013 tarihinde Çanakkale İdare Mahkemesinde Sağlık Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açmış ve adli yargıdaki davasının değişen Yargıtay içtihadı uyarınca reddedildiğini belirterek 2577 sayılı Kanun'un 9.maddesi uyarınca davanın görülmesini ve lehine tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Açılan dava sonucunda Çanakkale İdare Mahkemesi, 07/03/2013 tarihli kararı ile davanın süre aşımı nedeniyle reddine hükmetmiştir.

Mahkeme kararında, bakılmakta olan davanın Çanakkale 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen davada verilen 12/06/2012 tarihli kararın görev yönünden ret kararı olmadığını, husumet yönünden ret kararı olduğunu belirtmiştir.

Bu haliyle İdare Mahkemesine göre, başvuruçunun zarara uğradığını öğrendiği tarihten itibaren, yani, adli yargıda dava açma tarihi olan 28/03/2011 tarihinden sonra bir yıl içinde dava açılmadığından süre aşımı nedeniyle işin esasının incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

Davanın süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin karar Danıştay On beşinci Dairesinin 20/02/2014 tarihli kararı ile onanmış, karar düzeltme talebinde bulunulmaması üzerine bu karar kesinleşmiştir.

Daha sonra başvuruçunun, 15/05/2014 tarihinde idare mahkemesinin süre aşımı nedeniyle davanın reddine karar vermesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek bireysel başvuruda bulunmuştur.

*** İlgili Hukuk**

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Görevli olmayan yerlere başvurma" başlıklı 9. maddesinde;

"1. Çözümlemesi Danıştay'ın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli ve askeri yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. Görevsiz yargı merciine başvurma tarihi, Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edilir. ..." hükmüne,

Aynı Kanun'un "Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması" başlıklı 13. maddesinde de;

"1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, b, konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir..." hükmüne yer verilmiştir.

*** AYM'nin Yargılaması, Tespitleri ve Hüküm**

Anayasa Mahkemesi öncelikle, hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması bakımından dava açma hakkının belli bir süreyle sınırlandırılmasının tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal etmemekle birlikte öngörülen sürenin makul olması, diğer bir ifadeyle, haktan yararlanılmayı imkansız kılacak veya aşırı derecede zorlaştıracak derecede kısa olmaması gerektiğini, dava

açma süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken dava ile elde edilecek hakkın niteliği, davanın konusu ve kişinin dava hakkının doğduğunu öğrenme imkanına sahip olup olmadığı gibi hususların göz önünde bulundurulması gerektiğini ve öngörülen sürenin dava açmak için gerekli araştırma ve hazırlıkların yapılmasına, gerekiyorsa hukuki ve teknik yardım alınmasına yetecek ve hakkın önemiyle orantılı bir uzunlukta olmaması durumunda ölçüsüz olduğunun söylenebileceğini belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme, mahkemelerin dava açma süresi öngören kanun hükümlerini yorumlarken sınırlamanın istisna olduğu ilkesini gözeterek aşırı şekilcilikten kaçınması ve yorum kurallarının imkân verdiği ölçüde davayı ayakta tutma yolunda bir yaklaşım benimsemeleri gerektiğine vurgu yapmıştır.

Bununla birlikte mahkemelerin, sürenin varlık sebebini anlamsız kılma pahasına yorum kurallarının sınırlarını zorlayarak kanunda öngörülen dava açma süresini bertaraf etmesinin hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin zedelenmesine neden olabileceği ve bu nedenle süreye ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki hassas dengenin gözetilmesine de dikkat çekmiştir.

Bu çerçevede AYM, olayda, başvuruçunun, çocuğunun Devlet Hastanesinde tedavi görmekteyken hayatını kaybetmesinde sorumluluğu olduğunu düşündüğü doktorlardan tazminat istemiyle açtığı davasının ve bu davanın açıldığı tarihte adli yargıda görülmesinin önünde yerleşik yargı içtihatlarına göre bir uygunsuzluk bulunmadığını, ancak dava devam ederken Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin benzer bir uyuşmazlıkta farklı bir görüş benimsediğini, başvuruçuya bu görüş değişikliğini önceden kestirerek adli yargıda dava açtığı tarihi, zararın öğrenme tarihi kabul edip dava açmasını beklemek sonucuyla yüklenen külfetin, kamu yararı ile bireyin mahkemeye erişim hakkı arasında kurulması gereken adil dengeyi başvuruçuyu aleyhine bozduğunu ve mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi orantısız kıldığını, zira somut olayda bu sonucun, idari yargı makamlarının davayı süreden reddeden yorumu uyarınca ortaya çıkmış olduğu tespitlerine yer vermiştir.

Sonuç olarak AYM, Çanakkale İdare Mahkemesinin, Çanakkale 1. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın sadece "görevsizlik" yerine "husumet yokluğundan" reddedilmiş olması sebebine dayanarak ortada bir görevsizlik kararının bulunmadığı görüşüyle otuz günlük ek süreden yararlanılamayacağı biçimindeki yaklaşımının aşırı katı ve şekilci olup, kişilerin idare aleyhine hizmet kusurundan kaynaklanan zararlar uyarınca zararlarının dava yolu ile giderimini sağlamak imkanını etkisizleştirdiğini belirterek, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini hükmetmiştir.

B. MUSTAFA BERBEROĞLU BAŞVURUSU (BAŞVURU NUMARASI: 2015/3324, KARAR TARİHİ: 26/02/2020)

*** Başvurunun Konusu**

Başvuru; sendika işyeri temsilcisi olan başvurucunun atama işleminin iptali talebiyle açılan davanın ehliyet yönünden reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

*** Maddi Olay ve Yargısal Süreç**

Olay tarihinde İzmir Millî Emlak Daire Başkanlığında memur olarak görev yapmakta olan başvurucu, aynı zamanda Sendika işyeri temsilcisi ve Şube Denetleme Kurulu üyesi olup, birtakım eylemleri nedeniyle disiplin cezaları ile cezalandırılmıştır.

Daha sonra Daire Başkanlığının, birimlerinde uyum sağlayamayacağı belirtilen yazısı uyarınca ve personel ihtiyacı gerekçesiyle 25/05/2009 tarihinde Sayman Müdürlüğüne veznedar olarak atanmıştır.

Bunun üzerine atama işlemine karşı başvurucuyu temsilen Sendika tarafından 08/07/2009 tarihinde İzmir 1. İdare Mahkemesinde iptal davası açılmıştır.

İdare Mahkemesi 08/07/2010 tarihinde dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığını belirterek davanın esastan reddine karar vermiştir.

Danıştay Dairesi de temyiz aşamasında 20/02/2014 tarihinde, dosyada başvurucunun dava açılması konusunda sendikaya yazılı olarak yetki verdiğine ilişkin herhangi bir belgenin bulunmadığını, bu haliyle davanın ehliyet yönünden reddi gerektiğini belirterek, kararı gerekçesini değiştirmek suretiyle onamış ve kararın düzeltilmesi talebini de 28/11/2014 tarihinde reddetmiştir.

Bunun üzerine başvurucu, 23/02/2015 tarihinde davasının ehliyet yönünden reddine karar verilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği ileri sürerek bireysel başvuruda bulunmuştur.

*** İlgili Hukuk**

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dilekçeler üzerine ilk inceleme" başlıklı 14/3. maddesinde;

«"Dilekçeler, ...

c) Ehliyet,

...

yönlerinden sırasıyla incelenir.." hükmüne,

Aynı Kanun'un "İlk inceleme üzerine verilecek kararlar" başlıklı 15/1. maddesinde de;

“Danıştay veya idare ve vergi mahkemelerince yukarıdaki maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hususlarda kanuna aykırılık görülürse, 14 üncü maddenin;

...

b) 3/c, 3/d ve 3/e bentlerinde yazılı hallerde davanın reddine,

...

Karar verilir.” hükmüne yer verilmiştir.

*** AYM'nin Yargılaması, Tespitleri ve Hüküm**

Anayasa Mahkemesi öncelikle, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğunun söylenemeyeceğini, kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hâle getiren sınırlamaların mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini ifade etmiştir.

Bu kapsamda, idari yargıda açılan bir davanın ehliyet yönünden reddedilmesi hâlinde süresi içinde yeni bir dava açılmasının hemen hemen imkânsız olduğunu, bu husus gözetildiğinde idari davanın ehliyet yönünden reddinin mahkemeye erişim hakkına yönelik oldukça ağır bir müdahale niteliği taşıdığını belirtmiştir.

AYM, uyuşmazlıkta dava açılırken verilmesi gereken temsil yetkisinin gerçekten verilir verilmemesinin ara kararıyla ortaya konulmasının mümkün bulunduğunu, nitekim, bu uygulamanın temel hakların kullanılmasının asıl, sınırlandırmanın ise istisnai olduğu yaklaşımına daha uygun olduğuna vurgu yapmıştır.

AYM olayda, eksikliğin tamamlanması şeklinde daha hafif bir müdahale aracının da mevcut olduğunun anlaşıldığına ancak somut olayda Danıştayın daha başta en ağır olan müdahale aracını seçtiğine, Danıştayın eksik belgeyi tamamlatma yoluna başvurmadığı gibi daha hafif olan bu müdahale aracına başvurmamasının nedenine ve bu aracın öngörülen meşru amaca ulaşmayı sağlayamayacağına ilişkin bir açıklama da yapmadığına, nihayetinde Danıştay'ın bu yorumunun başvuru mahkemeye erişimini imkânsız kıldığına dikkat çekmiştir.

Sonuç olarak AYM, Danıştay'ın başvuru tarafından kolaylıkla sunulabileceği konusunda tereddüt bulunmayan yetki belgesini tamamlatmaksızın katı bir yorumla davanın ehliyet yönünden reddine karar vermek suretiyle ulaşılmak istenen amaç için daha hafif bir müdahale aracı yerine, en başta başvuru mahkemeye erişimini imkânsız kılan ağır bir aracı tercih etmesinin gereklilik ilkesine uygun olmadığı sonucuna ulaşarak, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

C. LEVENT TTNC BAŞVURUSU (BAŞVURU NUMARASI: 2015/3690, KARAR TARİHİ: 18/07/2018)

*** Başvurunun Konusu**

Başvuru; idari işlemin iptali istemiyle açılan davada başvurucunun dava konusu işlemlerle olan menfaat bağının yargılama sürecinde ortadan kalktığı gerekçesiyle uyuşmazlığın esasının incelenmemesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

*** Maddi Olay ve Yargısal Sürec**

Başvurucu, Gülhane Askeri Tıp Akademisi HaydarpaŐa Eğitim Hastanesinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olarak görev yapmakta iken aynı bölüm için ilan edilen profesörlük kadrosuna atanma talebiyle müracaatta bulunmuştur.

Aynı kadroya atanmak için başvuruda bulunan diğer adayın Şikâyeti zerine GATA Komutanlığı Etik Kurulunca başvurucunun iki ayrı etik kusuru işlediği tespitinde bulunulmuş ve Genelkurmay BaŐkanlıėınca 19/12/2012 tarihinde, bu karar uyarınca başvurucu hakkında iki yıl akademik yükseltme sırasında baŐvuramama ya da atanamama yaptırımının uygulanmasına karar verilmiştir.

Bunun zerine başvurucu, Etik Kurulu kararının ve bu karara istinaden hakkında yaptırım uygulanmasına ilişkin Genelkurmay Başkanlığı işleminin iptali istemiyle 14/03/2013 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde dava açmıştır.

Açtığı dava devam etmekte iken başvurucu, 16/09/2013 tarihi itibarıyla kendi isteğiyle emekli olmak suretiyle Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) ayrılmıştır.

Bu gelişme sonrası AYİM İkinici Dairesi, 02/07/2014 tarihli kararında başvurucunun TSK'dan ayrılması nedeniyle menfaatinin kalmadığı değerlendirmesinde bulunmuş ve konusu kalmayan uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Başvurucunun karar düzeltme istemi de aynı Mahkemenin 21/01/2015 tarihli kararıyla reddedilmiş ve böylece karar kesinleşmiştir.

Daha sonra başvurucu, 27/02/2015 tarihinde bu karar nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

*** İlgili Hukuk**

1602 sayılı (mülga) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun "Dilekçeler zerine ilk inceleme" başlıklı 44. maddesinde;

«"Kaydı yapılan dilekçeler, Genel Sekreterlikçe;

...

c) Ehliyet,

...

Noktalarından sırası ile incelenir.

Bu noktalardan kanuna aykırı görülmeyenlerin tebligat işleri yapılır.

Kanuna aykırı görülen dilekçeler, karar verilmek üzere görevli Daire veya Daireler Kuruluna havale olunur..." hükmüne,

Aynı Kanun'un "İlk inceleme üzerine verilecek karar» başlıklı 45. maddesinde de;

"Daireler veya Daireler Kuruluna gelen dilekçelerde 44 üncü maddede yazılı noktalardan kanunsuzluk görülürse:

... (c) [bendinde yazılı halde], davanın reddine;

... karar verilir ..." hükmüne yer verilmiştir.

*** AYM'nin Yargılaması, Tespitleri ve Hüküm**

Anayasa Mahkemesi öncelikle, dava konusu edilen bir idari işlemin bireyin menfaatini ihlal edip etmediğini belirleme ve mevzuatı bu yönüyle yorumlama görevinin esasen derece mahkemelerine ait olduğunu, bireysel başvurunun ikincillik ilkesi gereği, dava konusu edilen işlemin başvuru menfaatini ihlal edip etmediğinin belirlenmesi noktasında Anayasa Mahkemesinin bir görevinin bulunmadığını, Anayasa Mahkemesinin bu hususta üstleneceği rolün, idari işlemin bireyin menfaatini etkilemediğiyle ilgili derece mahkemelerinin yorumlarının mahkemeye erişim hakkına etkisini somut olayın koşulları ışığında inceleyeceğini belirtmiştir.

AYM olayda, müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesi bakımından asıl önem taşıyan ölçütün orantılılık olduğuna dikkat çekmiştir.

Somut olayda, etik ihlalde bulunduğu yönündeki idari kararın, akademik kariyeri de bulunan ve bu kariyerini TSK bünyesindeki kamu görevinden sonra da ve bu görevden bağımsız şekilde devam ettirmesine hukuken imkan bulunan başvuru gelecekteki akademik hayatı üzerinde birtakım hukuksal sonuçlar doğurma kapasitesinin olduğu, öte yandan, etik ihlalde bulunduğu yönündeki tespit nedeniyle ilan edilen kadroya başvuruda bulunmadığından atanamamış olmasının başvuru kadroya bağlı mali hakları üzerinde de etkilerinin olabileceği, bu haliyle, söz konusu işlemlerin başvuru menfaatini etkilediği hususlarına vurgu yapmıştır.

Sonuç olarak AYM, dava konusu işlemlerin hukuken halen mevcut olduğu tespitine de yer vererek, bu tespitlere göre Derece Mahkemesinin somut davada başvuru konusu edilen işlemlerin iptal edilmesinde menfaati bulunup bulunmadığını değerlendirmesiyle ve buna dair usul kuralları-

nı uygulamasıyla ilgili şekilci yorumunun, başvuru hukuksal durumunu etkileyen idari işlemde doğan uyuşmazlığın mahkeme önünde karara bağlanmasını engellediği sonucuna ulaşarak, yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğuna ve başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

D. ALİ DİREN BAŞVURUSU (BAŞVURU NUMARASI: 2015/13108, KARAR TARİHİ: 18/04/2018)

*** Başvurunun Konusu**

Başvuru; idari işlemin iptali istemiyle açılan davanın, idari davaya konu olabilecek icrai bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

*** Maddi Olay ve Yargısal Süreç**

Sakarya Orman Bölge Müdürlüğüne bağlı Adapazarı Orman İşletme Müdürlüğünde avukat olarak görev yapmakta olan başvuru, 07/02/2012 tarihli dilekçesiyle İstanbul Kanlıca Orman İşletme Müdürlüğü emrine görevlendirilme talebinde bulunmuş, Genel Müdürlüğün 29/02/2012 tarihli yazısı ile başvuru bu talebi reddedilmiştir.

Genel Müdürlüğün söz konusu yazısında ayrıca, tekraren talep dilekçesi göndermek suretiyle gereksiz yazışmaya sebebiyet vermesi nedeniyle başvuru bu konuda uyarılması hususlarına da yer verilmiştir.

Adapazarı Orman İşletme Müdürlüğü, başvuru 29/02/2012 tarihli yazıda belirtilen hususlarda uyarıldığına ve buna dair talimatın kendisine tebliğ edildiğine ilişkin olarak düzenlediği 15/03/2012 tarihli tebliğ tebellüğ belgesini 20/03/2012 tarihli yazı ekinde ilgili üst makama göndermiştir.

Bunun üzerine başvuru, görevlendirme talebiyle yaptığı başvuru reddedilmesine ve bu başvuru ile gereksiz yazışmaya sebebiyet verdiği gerekçesiyle uyarılmasına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle Sakarya 2. İdare Mahkemesinde dava açmıştır.

İdare Mahkemesi, 06/09/2013 tarihli kararıyla dava konusu işlemin başvuru yazılı olarak uyarılmasına ilişkin kısmını iptal etmiş, geçici görevlendirme talebinin reddine ilişkin kısmı yönünden ise davayı reddetmiştir.

Daha sonra davalı idarenin, anılan kararın iptal hükmüne ilişkin kısmına itiraz etmesi üzerine Sakarya Bölge İdare Mahkemesi 11/12/2014 tarihinde verdiği kararla, davalı idarenin itirazını kabul ederek kararın itiraza konu kısmını bozmuş ve davanın başvuru yazılı olarak uyarılmasına ilişkin işlemin iptali istemine dair kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-(b) bendi uyarınca incelenmeksizin reddine karar vermiştir.

Başvurucunun karar düzeltme istemi de Bölge İdare Mahkemesinin 14/05/2015 tarihinde oyçokluğuyla verdiği kararla reddedilmiş ve böylece karar kesinleşmiştir.

Anılan kararın tebliği üzerine başvuru, 24/07/2015 tarihinde bu karar nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

* İlgili Hukuk

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dilekçeler üzerine ilk inceleme" başlıklı 14/3. maddesinde;

"Dilekçeler, ... :

..

d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,

yönlerinden sırasıyla incelenir." hükmüne,

Aynı Kanun'un "İlk inceleme üzerine verilecek kararlar" başlıklı 15/1. maddesinde de;

"Danıştay veya idare ve vergi mahkemelerince yukarıdaki maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hususlarda kanuna aykırılık görülürse, 14 üncü maddenin;

a) ...

b) 3/c, 3/d ve 3/e bentlerinde yazılı hallerde davanın reddine,

Karar verilir." hükmüne yer verilmiştir.

* AYM'nin Yargılaması, Tespitleri ve Hüküm

Anayasa Mahkemesi öncelikle, 14/01/2018 tarihli ara kararına Sakarya Orman Bölge Müdürlüğü tarafından gönderilen cevap yazısında, dava konusu edilen uyarı yazısının kurumun atama işleri klasörü içinde tutulduğunun belirtildiği ve ayrıca söz konusu yazının müzekkere cevabı ekinde gönderilen başvurucuya ait özlük dosyası içinde de yer aldığı tespitlerinde bulunmuştur.

AYM yine, Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğunun söylemeyeceğini, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlan bulunduğunun kabulü gerektiğini tekrar belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme, Danıştay içtihatlarında da benimsenen bu yaklaşıma göre somut olayda başvuru yazılı olarak uyarılması yolunda tesis edilen ve özlük dosyasında saklandığı anlaşılan söz konusu işlemin başvuru üzerinde birtakım hukuksal sonuçlar doğurma kapasitesinin bulunduğu, bu

haliyle icrailik niteliğinin olduğunun anlaşıldığı, bireysel başvuruya konu Derece Mahkemesi kararında ise, Danıştay içtihadında belirtilen ölçütler kapsamında herhangi bir irdelemeye gidilmeksizin salt söz konusu yazının bir disiplin cezası olmadığı yönünde şekilci bir yaklaşımla hareket edilerek ortada idari davaya konu edilebilecek bir işlem bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Sonuç olarak AYM, Derece Mahkemesinin somut davada iptali istenen idari işlemin icrailik niteliğini taşıyıp taşımadığının, dolayısıyla davaya konu edilebilirliğinin değerlendirilmesiyle ve 2577 sayılı Kanun'da düzenlenen usul kurallarının uygulanmasıyla ilgili bu şekilci yorumunun başvuru hukuksal durumunu etkileyen idari işlemde doğan uyuşmazlığı mahkeme önüne taşımasını engellediği, bu durumun başvurucuya ağır bir külfet yüklediği sonucuna ulaşarak, yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğuna ve başvuru-cunun

Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁶

SONUÇ/DEĞERLENDİRME

Çalışmamızda; esastan karar verilebilecek aşamada, ilk incelemeden/usule dair karar verilebilir olmasının, adil yargılanma hakkı bağlamında, yargıya duyulan güvenin zedelenebileceğine dair tartışma konusu gündeme getirilmek istenmiştir.

Bu bağlamda;

*2577 sayılı Yasanın 14. maddesinin 6. fıkrasında yer bulan “Yukarıdaki hususların ilk incelemeden sonra tespit edilmesi halinde de davanın her safhasında 15. madde hükmü uygulanır.” hükmünün, yürürlükten kaldırılması veya revize edilmesinin tartışılması,

*Yasanın 14.maddesinin 5.fıkrasında yer verilmiş olan kuralın “Yukarıdaki ilk inceleme konuları ile ilgili olarak mahkeme heyeti veya konusuna göre hâkim tarafından usule aykırılık bulunmadığı takdirde bir tespit kararı verilir. Bu karara karşı ilgisine göre 10 gün içinde istinaf ya da temyiz yoluna başvurulabilir. Başvuru hakkında en geç 30 gün içinde karar verilir. Başvuru üzerine verilecek kararlar kesindir.” şeklinde değiştirilmesi,

*Yine Yasanın 15.maddesi 4.fıkrasının, “İlk inceleme üzerine Danıştay veya mahkemelerce verilen; bu maddenin 1/a bendinde belirtilen idari yargının görevli olduğu konularda davanın görev ve yetki yönünden reddine ilişkin ka-

¹⁶ Çalışmamızın üçüncü ve dördüncü bölümlerinin önemli bir kısmı; konu başlığını benim belirleyip, üzerinde uzun bir süre çalışıp, gündeme alarak, koordinatörlüğünü benim yaptığım ve Tetkik Hakimi arkadaşlarımla bildiriye birlikte hazırlayıp sunumunu gerçekleştirmiş olduğumuz ve sonrası yayımlanan Akar-Kemaloğlu, Esastan...başlıklı eserden alınmıştır.

rarlarla, 1/c bendinde yazılı gerçek hasma tebliğ ve 1/d bendindeki dilekçe ret kararları dışında, ilgisine göre istinaf ya da temyiz yoluna başvurulabilir. Başvuru hakkında en geç 30 gün içinde karar verilir. Başvuru üzerine verilecek kararlar kesindir.” şeklinde değiştirilmesinin uygun olabileceği tarafımızca değerlendirilmekte ve önerilmektedir.

Vurgulamak istenilen, ilk inceleme/usul konuları için mutlaka bir eşik olmalı ve bu eşik mümkün olduğu kadar kısa bir süre ile sınırlanmalıdır.

Dosyanın tekemmül etmesiyle yani artık esastan karar verilebilecek eşiğe gelmesi sonrası ilk inceleme/usule dair karar verilmesi ister istemez bir olumsuz izlenim uyandırmakta ve usulle ilgili karar verilecek idiyse neden bu karar önce verilmedi sorusu gündeme gelmektedir.

Yargıya güven duyulmasının en belirgin odağının saygınlık ve ağırlık olduğunun bilinciyle böylesi uygulamaların önlenmesinin zeminin oluşturulması konusu ile ilgili düşünülmeli ve tartışılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akar, Tuğba Demirer; Kemaloğlu, Ömer Faruk**, “Esastan Karar Verilebilecek Aşamada Usule Dair Karar Verilebilir Olmasının Adil Yargılanma İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, Danıştay Başkanlığı İnsan Hakları Komisyonu Çalışmaları, 6. Dönem (2020-2021), Ankara:2021.
- Berk, Kahraman**, İdari Yargılama Usulü Kanunu’na Göre İlk İnceleme, Alfa Yayınları, İstanbul:2008.
- Demirkol, Selami**, “Hukuk Devleti” İlkesinden, “Hukukun Üstünlüğü” İlkesine-İdari Yargının Adapte Olma Paradoksu-Uygulayan Değil, Yorumlayan Yargıç Beklentisi, Vergi ve Temel Haklar İncelemeleri I, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Vergi Yargısına Etkisi, İstanbul: Beta, 2020.
- Ekinci, Hüseyin**, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi”, Anayasa Yargısı 30, 2013.
- Ermenek, İbrahim**. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Ön İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1,2011.
- İşıklar, Celal**, “İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usulü”, TAAD, Cilt:1, Yıl:2, Sayı:6, 20 Temmuz 2011.
- İnceoğlu, Sibel**, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Avrupa Konseyi,2018.
- Şahin, İsmail**, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali, YBHD, Yıl 4, Sayı 2019/1.
- “AİHM Yapısı”, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Erişim Tarihi: Şubat 27, 2022, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/insan-haklari-bilgi-bankasi/avrupa-insan-haklari-mahkemesi/aihm-yapisi/>

ULUSLARARASI HUKUKTA KURUMSALCILIK TEORİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ: COVID-19 VE UKRAYNA-RUSYA SİLAHLI ÇATIŞMASININ ÖĞRETTİKLERİ

*Mustafa ERÇAKICA**

GİRİŞ

Küresel adaletin öneminden bahsederken, adaletin gereğinin sağlanmasının en önemli araçlarından birisi olan yaptırımın üzerinde çok durulmaktadır. Küresel adalete ulaşmak için uluslararası alanda da yaptırımların gerekliliği bilinmektedir. Bu yaptırımları uygulamak ise, güçlü uluslararası kurumlarla mümkündür.

Uluslararası hukukun ve bundan kaynaklı yükümlülüklerin ihlali sonucu uygulanması gereken yaptırımlara, uluslararası alanda bu anlamda var olan kurumsallaşma sorununa ve bunların adaletin sağlanmasıyla ilişkisine vurgu yapılmaktadır. Sadece yaptırım uygulanması anlamında değil, var olan uluslararası sorunlarla mücadele etmek, bunların büyümesini engellemek veya uluslararası sorunların doğmasını engellemek için de uluslararası alanda çalışacak kurumlara ihtiyaç vardır.

Peki uluslararası hukuk yukarıda üzerinde durulan ihtiyaç konusunda ne söylemektedir? Günümüzde uluslararası sorunlarla ve beklenmedik krizlerle mücadelede insanlığa yardımcı olacak yeterli kapasitede, sayıda, etkililikte ve esneklikte uluslararası kurum var mıdır? Çalışmada bu soruların cevabı aranacaktır.

Günümüzde artık yüz yüze diplomasiden, sanal ya da *online* diplomasi diye anılabilecek yönetime geçiş yaşanmıştır. Bu da devletler arasındaki ilişkilerin ve iletişimin değişmesine yol açmıştır. Buna ek olarak, uluslararası ilişkiler teorisyenleri aşı diplomasisi veya sağlık diplomasisi gibi yeni kavramları da türetmeye başlamıştır. Yaşanan bu değişim, aslında Covid-19 sonrası dönemdeki ilişkileri yürütecek yeni uluslararası kurumlara olan ihtiyacı ve sıklıkla eleştirilen eski kurumların daha esnek bir yapıya kavuşturulması gerekliliğini ortaya koymaktadır¹.

* Dr. Öğr. Üyesi, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, mercakica@ciu.edu.tr, m_ercakica@hotmail.com.

¹ Engin Koç, "Covid-19 Krizinin Diplomasiye Etkisi ve Uluslararası Sistemde Artan Belirsizlikler," *Uluslararası İlişkiler ve Diplomasi Dergisi* 4, S.1(2021): 110.

Yukarıda aktarılanlar kapsamında bu çalışmada öncelikle uluslararası hukukta kurumsalcılık teorisinin üzerinde durulacak, ardından da uluslararası toplumun son dönemdeki büyük sınavlarından olan Ukrayna ve Rusya arasındaki silahlı çatışmaya ve Covid-19'a bakılarak, uluslararası kurumlara duyulan ihtiyaç ve kurumsalcılık teorisine verilmesi gereken önem ortaya konulacaktır.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA KURUMSALCILIK TEORİSİ

Türkçe'ye kurumsalcılık teorisi olarak çevrilebilecek *institutionalism* teorisine göre, uluslararası alanda işbirliği yapılıp, uluslararası hukuk kurallarına riayet edilebilmesi, ancak uluslararası kurumların kurulmasıyla mümkündür. Buna göre uluslararası hukuka devletlerin riayetini arttırmanın yolu, daha fazla uluslararası kurumlar yaratmaktan geçmektedir. Uluslararası hukuka riayetini problemli olduğu alanlarda, söz konusu bu alanlara ilişkin uluslararası hukuk kurallarına ilişkin uygulamaları gözetleme mekanizmalarının geliştirilmemiş olması eksikliğine sıklıkla dikkat çekilmektedir².

Kurumsallaşma, devletler arasında her gün tekrar eden bir oyun alanı yaratmaktadır. *Game zone* da denilen bu oyun alanı, devletlerin arasındaki karşılıklı etkileşimi arttırmakta, onları hukuka riayet etmeye itmektedir. Bunun nedeni, devletlerin çıkarlarını ve repütasyonlarını koruma amacı içinde olmalarıdır. Devletler, hem çıkarlarını, hem de repütasyonlarını korumak için, uluslararası kurumlar aracılığıyla yaratılan, düzgün işleyen ve prestijli olan bu oyun alanında var olmak ve onun bir parçası olmaya devam etmek isteyeceklerdir. Kurumların yaratacağı oyun alanına dahil olmanın sağlayacağı prestijden ve avantajlardan yararlanmak isteyen devletler, bu alanın dışında kalmak istemeyecek ve burada geçerli olan kurallara riayet edecektir. Bu sayede ise devletlerin (ve diğer uluslararası aktörlerin) uluslararası hukuka uymaya ilişkin motivasyonları artacak, bu durum da uluslararası alanda bir işbirliği sistemi yaratacaktır³.

Kurumsalcılık teorisine göre, uluslararası alanda güçlü ve bağımsız kurumlara sahip olmanın inkar edilemeyecek bazı avantajları vardır: Öncelikle güçlü ve etkili uluslararası kurumların olması, uluslararası sorunlarla mücadelede koordinasyonun yapılmasını ve farklı aktörler arasındaki uyumun gerçekleştirilmesini sağlar. İkinci olarak, uluslararası kurumlar bu sorunlarla mücadelede ekonomi yapılmasını da beraberinde getirmektedir; çünkü bu kurumlar sayesinde gerekli harcamalar tek elden ve planlı bir şekilde yapılacaktır. Bu da uluslararası topluma daha az bir mali yük yükleyecektir. Uluslararası kurumlara sahip olmanın üçüncü olumlu yanı, uluslararası hukuk kuralı ihlallerini kayıt altına almanın ve ihlalcileri cezalandırmanın bu şekilde daha kolay olmasıdır.

² Stefan Oeter, "Toward a Richer Institutionism for International Law and Policy," J. Int'l L & Int'l Rel. 1, S.9(2004): 63-64.

³ Andrew T. Guzman, "A Compliance-Based Theory of International Law," California Law Review 90, S. 6(2002): 1841-1844.

Peki uluslararası kurumdan ne anlamak gerekmektedir? Uluslararası kurum denildiğinde akla ilk olarak teknik anlamdaki uluslararası örgütler gelmektedir. Uluslararası örgüt, üyeleri devletler olan, bir uluslararası anlaşmayla kurulan ve uluslararası düzeyde faaliyet gösteren kuruluşlardır. Öte yandan, uluslararası kurum kavramı bunlarla sınırlı değildir. Bu kavram, yine uluslararası düzeyde faaliyet gösteren, ticari amaç taşımayan, genellikle birden çok devleti ilgilendiren ve üyeleri devletler olmayan uluslararası diğer kuruluşları da kapsayan bir ifadedir⁴. Belirtildiği gibi, günümüzde daha da ihtiyaç duyulan uluslararası kurumlardan kasıt, sadece uluslararası örgütler değildir. Uluslararası örgütlerin yanında, teknik anlamda uluslararası örgüt sayılmayacak diğer uluslararası sivil toplum kuruluşları da kurularak, uluslararası ilişkilerin ilerlemesi, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve uluslararası kriz anlarında koordinasyonun sağlanması mümkündür⁵. Kurumsalcı yaklaşıma göre, uluslararası hukuka riyeti arttırmanın en önemli şartı, uluslararası hukuku tıpkı ulusal hukuk benzeri kurumlara kavuşturmak ve bu alanda yaptırım uygulanmasını sağlamaktır. Uluslararası kurumlara duyulan ihtiyaç sonucu, özellikle uluslararası hukuku uygulama, güç dengesini sağlama ve diplomasiyi yürütme durumlarında kendini göstermektedir. Silahlı çatışmaların uluslararası insancıl hukuk kuralları çerçevesinde yürütülmesinin de daha kolay olacağına inanılmaktadır⁶.

Uluslararası kurumlar, uluslararası sorunların çözümünde gerekli ve önemlidir. Devletleri uluslararası kurum kurmaya iten başlıca nedenler, karşılaştıkları ortak sorunlar, küreselleşme, refah arayışı, güç dengesi oluşturma gerekliliği ve güvenlik endişeleri olarak özetlenebilir⁷. Unutulmamalıdır ki uluslararası kurumlar, uluslararası alanda güç dengesini sağlama, insanlığın çıkarlarını koruma ve uluslararası adil bir düzeni sürdürme amacına hizmet etme gibi çok önemli ve hassas görevleri yerine getirmektedir⁸.

İkinci Dünya Savaşı'nın yaşattığı acıları ve yıkımı ortadan kaldırmak için uluslararası kurumların yaratılmasına önem verildiği bilinen bir gerçektir. Böylesi bir sürecin ardından çare, uluslararası işbirliğini arttıracak kurumların kurulmasında aranmıştır. Yine de unutulmamalıdır ki, uluslararası hukuka ilişkin olarak henüz çok sayıda ve etkin faaliyette bulunan kurumsal me-

⁴ Abdulkadir Baharçipek, "Uluslararası Kuruluşların İşlevleri," TC Başbakanlık Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (2015): 231.

⁵ Miles Kahler, "Organization and Cooperation: International Institutions and Policy Coordination," *Journal of Public Policy* 8, S.3-4(1988): 376.

⁶ Nihal Eminoğlu, K. Onur Unutulmaz ve M. Gokay Özerim, "International Society and Its Institutions in Refugee Protection during the COVID-19 Pandemic: Revisiting the Solidarism/Pluralism Debate in English School," *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 17, S.68(2020): 58.

⁷ Baharçipek, "Uluslararası Kuruluşların İşlevleri," 226-232.

⁸ Eminoğlu, Unutulmaz ve Özerim, "International Society and Its Institutions in Refugee Protection during the COVID-19 Pandemic: Revisiting the Solidarism/Pluralism Debate in English School," 63.

kanizmaların bulunmaması, bütün uluslararası hukuk kurallarına riayeti olumsuz etkileyen unsurlardan birisidir. Uluslararası hukuktaki en önemli sorun, uluslararası anlaşmalarla getirilen düzenlemelerin denetimini sağlayacak ve bunların ihlal edildiği durumlarda gerekli yaptırımları uygulayacak uluslararası kurumların sayısının az, var olanların etkinliğinin de sorgulanıyor olmasıdır. Hem Ukrayna ve Rusya arasında yaşananların, hem de Covid-19'un bize uluslararası kurumların azlığını ve uluslararası koordinasyonsuzluğu gösterdiği görülmektedir. Çalışmanın devamında bu sorunlara, konu kapsamında kalmak kaydıyla, değinilecektir.

II. SİLAHLI ÇATIŞMALAR, UKRAYNA-RUSYA KRİZİ VE KURUMSALCILIK TEORİSİ

Özellikle çatışma bağlantılı konularda adaletin sağlanmasının çatışmaların devamının engellenmesi açısından elzem olduğu bilinmektedir. İhlali taraflara yaptırım uygulanmasının çatışan taraflar arasında intikam alma hissini ortadan kaldıracığı, bunun da çatışmaların devamını engelleyeceği belirtilmektedir. Çatışma bağlantılı durumlarda bireylerin uluslararası kurumlara ve bu kurumların çatışmalardan zarar görenler için çaba sarf etmelerine ne kadar muhtaç oldukları bilinmektedir.

Ukrayna ile Rusya arasında yaşanan ve teknik anlamda silahlı çatışmaya dönüşen krizin temelinde, Putin'in Ukrayna'nın bağımsızlığını kabullenemesinin yattığı dile getirilmektedir. Putin hem kendi ulusu, hem de Ukrayna'da yaşayan ulusu kast ederek "tek halk" vurgusu yapmıştır. Bu argümanın temeli, hem Ukrayna'nın, hem de Rusya'nın kökenlerinin 13'ncü yüzyıla kadar hüküm sürdüğü belirtilen Kiev Dükalığı'na dayanmasıyla açıklanmaktadır⁹.

Ukrayna, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB)'nin dağılması ve yerini Bağımsız Devletler Topluluğu'na bırakmasıyla ayrı bir devlet olarak uluslararası toplumda yerini almıştır. 1991 yılında bağımsızlığını kazanan Ukrayna, Batı ile yakın ilişkiler kurma niyeti sergilemiştir. Uluslararası toplum bu durumun Rusya'nın tepkisini çekmesini beklese de, Rusya, kendi ülke sınırlarına dahil olan Çeçenistan'da yaşanan çatışmalar nedeniyle ciddi sorunlarla boğuşmuş, dikkatini bu çatışmalara vermiştir. Batılı devletlerin de Ukrayna'yı hemen aralarına almaya niyetli görünmemesi, Rusya'nın kendisi açısından yakın bir tehdit hissetmesini engellemiş oldu. Rusya, 1997 tarihli Büyük Antlaşma ile Ukrayna'nın sınırlarını tanıdı. Ukrayna'nın Rusya tarafından tanınan bu sınırlarına, 2014 yılında yine Rusya tarafından işgal edilen Kırım Yarımadası'nın da dahil olduğunu belirtmekte fayda vardır¹⁰.

⁹ Nergiz Özkural Köroğlu ve Sabina Satymova, "Ukrayna Ulus İnşasının Yapıtaşları ve Bugüne Yansımaları," MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi 10, S.1(2021): 527.

¹⁰ "Rusya-Ukrayna Krizinin Kronolojisi," DW, Erişim Tarihi: Temmuz 10, 2022, <https://www.dw.com/tr/rusya-ile-ukrayna-sava%C5%9F%C4%B1n-e%C5%9Fi%C4%9Fine-nas%C4%B1-geldi/a-60522203>.

İlerleyen zamanlarda Rusya, Ukrayna'nın Batılı devletlerle girdiği ilişki-den rahatsız olmaya başladı. Rusya'nın temel amacı, Kuzey Atlantik Andlaşması Örgütü (*North Atlantic Treaty Organization*, NATO)'nün genişle-yerek kendi ülkesine yaklaşmasını engellemektir. Bilindiği gibi NATO bir anlamda 1949'da SSCB'ye karşı bir savunma örgütü olarak kurulmuştu. Rus-ya'nın SSCB'nin devam eden devleti olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Rusya'nın NATO'nun genişlemesinden endişe duyması doğaldır. Yine de, NATO, Rusya ile "İkili İlişkiler, İşbirliği ve Güvenlik Kurucu Senedi"ni imza-laması gibi girişimlerde bulunmuş, Rusya'yı yeni bir işbirliği ilişkisine dahil edilmeye çalışmıştır. Ek olarak, Rusya'ya kimi zamanlar NATO'nun doğuya genişlemeyeceğine yönelik bağlayıcı olmayan teminatlar da verilmiştir. Tüm bunlar, Ukrayna ve Rusya arasında bugün yaşananları engelleyememiş, Rus-ya, NATO gibi bir kurumun Rusya'nın sınırlarına yakın devletleri de bünyesi-ne katması karşısında panik olmuştur¹¹.

Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik saldırılarında sivillerin de, hastane, hava-limanı gibi sivil hayat için önemli olan mekanların da zarar gördüğü bilin-mektedir. Bu durum silahlı çatışmalar sırasında temelde sivillerin haklarını düzenleyen uluslararası insancıl hukuk kurallarının en önemli belgeleri olan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne aykırıdır. Rusya da bu sözleşmelere 1954 yılı itibarıyla taraftır. Günümüzde yaşanan bu ihlaller, şimdilik devlet-lerin yaptığı kınamalarla ve Rusya'ya karşı açıkladıkları yaptırım kararlarıyla gündemdeki yerini korumaktadır¹².

Birleşmiş Milletler (BM) sistemi içerisinde Güvenlik Konseyi'nin uluslara-rası barış ve güvenliği korumadaki birincil sorumlu organ olduğu bilinmek-te-dir. Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın yedinci bölümü çerçevesinde silahlı kuvvet kullanılmasını da içeren çeşitli kararlar alabilmektedir. Bu noktada uluslararası hukuk bakımından ilginç olan nokta, Ukrayna-Rusya çatışmasında baş aktör olan Rusya'nın BM Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesinden birisi olması ve bu doğrultuda alınabilecek herhangi bir kararı veto etme yetkisinin bulunma-sıdır. Bir diğer alışılmadık durum ise, şu anda tesadüfen BM Güvenlik Konsey-i'nin dönem başkanının da Rusya'nın olmasıdır. O halde fiili durum BM Gü-venlik Konseyi'nin etkin bir karar almasını engellemektedir.

Bakalım Donetsk ve Luhansk bölgelerinde ilan edilen iki devlet sorunu, Kırım'ın statüsü ve çatışmalar sırasında gerçekleştirilen uluslararası insancıl hukuk ihlalleri ne olacaktır? Öte yandan devletlerin toprak bütünlüğüne ve sınırlarına saygıyı da zorunlu kılan *uti possidetis juris* (sahip olduğun gibi

¹¹ Gökhan Özkan, "Soğuk Savaş Sonrası Orta Asya ve Kafkasya Ekseninde Türkiye-NATO-Rusya İlişkileri ve Türk Dış Politikasına Yansımaları," Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 12, S.1(2010): 114 vd.

¹² "Organization for Security and Co-operation in Europe Office for Democratic Institutions and Human Rights," AGİT, Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2022, <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdfsf>.

sahip olmaya devam edebilirsin) ilkesinin ne kadar uygulanmaya devam edeceği de merak konusudur. Yapılan yorumlar, önümüzdeki on yılların Ukrayna için kolay geçmeyeceği yönündedir. Bu durumda uluslararası hukuk ne şekilde ve hangi etkinlikte kullanılacaktır? BM Güvenlik Konseyi bu şekilde kilitlenmişken, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemler nasıl alınacaktır? Bu çatışma yüzünden buğdaya ilişkin tedarik zincirinin kırılabilmesi ihtimali sık bir şekilde dillendirilmektedir. Uluslararası toplum bu sınavı nasıl verecektir? Bunun için yeterli uluslararası kurum var mıdır? Önemli olan sorulardan bazıları bunlardır. Peki bunları engelleyecek, sorunun diğer devletlere yansımaları önleyecek, tedarik zincirini düzenleyecek yeterince uluslararası kurum var mıdır?

Ukrayna-Rusya krizi bize bir kere daha zaman zaman bir hukuk dalı olup olmadığı tartışılacak kadar ileri düzeyde eleştirilerin hedefi olan uluslararası hukuka riayetin ne kadar önemli olduğunu ispat etmiştir. Uluslararası hukuk normlarına riyeti sağlamada ve yaptırımlar uygulamada uluslararası kurumların kurulmasının ve bunların güçlü yapılarının olmasının önemi bir kere daha ortaya çıkmıştır. O halde gerek BM, gerekse de NATO gibi diğer uluslararası örgütleri eleştirmek ve işlevsizliklerini vurgulamaya çalışmak yerine, gerekli reformların yapılarak bunların işlevsel kılınmaları, bunun yanında, gerekli yeni uluslararası kurumların yaratılmaları da isabetli olacaktır¹³.

Silahlı çatışmalar yaşandığında adı geçen uluslararası kurumlar sadece BM ve NATO ile sınırlı değildir. Bunların yanında, Avrupa Birliği (AB), Uluslararası Kızılhaç Örgütü (Uluslararası Kızılhaç ve Kızılhaç Hareketi) ve Uluslararası Ceza Mahkemesi de çatışmaların doğuracağı zararı minimuma indirmek için çaba harcamaktadır¹⁴.

Uluslararası Ceza Mahkemesi kendisinin kurulmasından önce yararlanılan *ad hoc* mahkemelerin sürekli çalışan bir örneği olan ve kendi statüsünde düzenlenen dört uluslararası suçu yargılama yetkisine sahip bir uluslararası kurumdur. Bu mahkeme bireyleri yargılamaktadır. Uluslararası yargılama mekanizmalarının en güzel örneklerinden olduğu ve özellikle silahlı çatışmalarda bireyler tarafından işlenen suçları yargılama yetkisi bulunduğu için önemlidir; ancak yargılama yetkisini kullanması tamamlamıcılık ilkesine tabi olduğu için eleştirilmektedir¹⁵.

AB, bilindiği gibi, günümüzdeki tek uluslararası örgüttür. AB silahlı çatışma sürecinden çok, çatışma çözümü süreçlerine dahil olmaktadır. AB'nin

¹³ Arif Bağbaşıoğlu, "Covid-19 ve Uluslararası Örgütler: Uluslararası toplum, Uluslararası Sistem ve Çok Taraflılık Kavramları Üzerinden Bir Değerlendirme," TASAV (2020): 388.

¹⁴ Fezzullah Yeşil, Uluslararası Hukukta Silahlı Çatışmalar ve Devlet Dışı Aktörler. TBMM Başkanlığı İdari Teşkilatı Dış İlişkiler ve Protokol Başkanlığı Uzmanlık Tezi 2015: 74 vd.

¹⁵ Mehmet Zülfü Öner, "The Principle of 'Complementarity' in International Criminal Law," YÜHFD 18, S.1(2021): 294.

çeşitli coğrafyalarda gerek sivil, gerekse askeri misyonları vardır ve bunların aracılığıyla silahlı çatışmaların çözümüne dahil olmaktadır¹⁶. Güçlü kurumsal yapısıyla üye devletlerin egemenliklerinin bir kısmını devralmıştır ve bunlar doğrultusunda Avrupa'da bir sistem oluşturmuştur. Kurumsal yapısı nedeniyle Rusya ve Ukrayna arasında yaşanan krizin ardından sistematik bir şekilde Rusya'ya yaptırımlar uygulamaktadır. Bu yaptırımlar Rusya'nın ekonomisini etkilemiştir¹⁷.

Uluslararası Kızılhaç Örgütü, uluslararası insancıl hukukun gelişmesinde, kodifiye edilmesinde ve uygulanmasında çok önemli role sahiptir¹⁸. Bu kurum, yaklaşık 20 milyonu aktif gönüllüden oluşan, 100 milyon civarı üyeye sahiptir. Bilindiği gibi bu örgüt teknik anlamda bir uluslararası örgüt değildir ve bu nedenle de bunun bünyesinde görev yapan toplulukların, kuruldukları devletlerin ulusal hukukuna tabi olup, esasen bu devletlerin ülkelerinde faaliyet gösterdikleri belirtilmektedir¹⁹.

1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi'nin ortak üçüncü maddesinde uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmada Uluslararası Kızılhaç Komitesi yaralı ve hastaların toplanması, bu kişilerin bakımı gibi faaliyetlerde taraflara yardım sağlamakla yetkilendirilmiştir. Benzer düzenlemelere sözleşmelerin uluslararası nitelikte olan silahlı çatışmalar için de yer verildiği görülmektedir. Komite, Ukrayna için yardım kampanyası başlatma²⁰, gerektiğinde güvenli koridor oluşturma gibi faaliyetlerde bulunmuştur. Yine de Ukrayna'nın Komiteye yönelik ithamlarını özellikle Rusya'daki Ukraynalıların buradan çıkmaları konusunda yeterince etkili yardım düzenleyemediğini belirttiği, bu konuda Komite ile aralarında bir uyuşmazlık yaşandığı akıld tutulmalıdır²¹.

¹⁶ Günümüzde AB'nin önemli bir aktör olarak dahil olduğu çatışma çözümü, taraflar arasında yeni çatışmaların önlenmesi, arabuluculuk faaliyetleri, barışın korunması ve inşası gibi süreçleri kapsamaktadır. Görkem Tanrıverdi Şeyşane ve Selma Şekercioğlu, "Avrupa Birliği'nin Çatışma Çözümü Kabiliyeti: Mali ve Orta Afrika Cumhuriyeti Vakaları," Avrupa Çalışmaları Dergisi 20, S.2(2021): 596-597.

¹⁷ "AB Komisyonu Başkanı von der Leyen: Rus Ekonomisi Ağır ama Emin Adımlarla Küçülüyor," Euronews, Erişim Tarihi: Temmuz 2, 2022, <https://tr.euronews.com/2022/06/27/ozel-ab-komisyonu-baskani-von-der-leyen-rus-ekonomisi-agir-ama-emin-adimlarla-kuculuyor>.

¹⁸ Uluslararası Kızılhaç Komitesi, temelde uluslararası insancıl hukuk kurallarına uyulmasını sağlamak üzere faaliyetlerde bulunmaktadır. Gıda dağıtımından hastanelere yardıma, savaş cerrahisi hizmetlerinin sağlanmasından, aile bağlarının yeniden kurulmasına kadar birçok faaliyette bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, "Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Faaliyetlerine İlişkin Bir Değerlendirme: Taraflara Hizmetlerini Teklif Etme Hakkı," Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 27, S.1(2021): 51.

¹⁹ Yeşil, Uluslararası Hukukta Silahlı Çatışmalar ve Devlet Dışı Aktörler, 74-75.

²⁰ "Ukraine Crisis," ICRC, Erişim Tarihi: Temmuz, 10, 2022, <https://www.icrc.org/en/donate/ukraine>.

²¹ "Kızılhaç, Ukrayna'nın Mariupol Kentinden Güvenli Tahliye Koridoru İçin Harekete Geçti," aa, Erişim Tarihi: Temmuz 10, 2022, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/kizilhic-ukraynanin-mariupol-kentinden-guvenli-tahliye-koridoru-icin-harekete-gecti/2552379>.

Ukrayna ve Rusya arasındaki silahlı çatışmanın bir nedeninin de Ukrayna'nın olası NATO üyeliği olduğu unutulmamalıdır. Rusya'nın siyasi nedenlerle dahil olamadığı ve kendine güvenlik alanında ciddi bir oyun alanı yaratan NATO'nun sınırlarını Rusya'nın sınırlarına dayandırmasını istememesi, bu silahlı çatışmanın yaşanmasına neden olan bir durum olarak değerlendirilebilir. Bu durumda, uluslararası kurumların ve yarattıkları oyun alanlarının kapsayıcılığının da önemli olduğu belirtilmelidir.

III. COVID-19 VE KURUMSALCILIK TEORİSİ

Covid-19'un neden olduğu küresel pandemi, uluslararası düzeni derinden sarsmıştır. Covid-19 nedeniyle yaşanan pandeminin hiç kuşkusuz uluslararası hukuku ilgilendiren sonuçları olacaktır. Pandeminin dünya genelinde sadece ekonomik darboğaza neden olmayacağı bilinmektedir. Bunun yanında toplumsal birçok dönüşüm de yaşanacaktır. Pandeminin tıpkı ekonomik sonuçları gibi, siyasi sonuçları da uluslararası hukukta bir etki doğuracaktır. Pandemiyle birlikte milliyetçiliğin ve devletlerin içe dönük politikalarının güçleneceği öngörülmektedir. Covid-19 ile mücadele etmek için olağanüstü ve acil önlemleri dönem dönem sıkı bir şekilde uygulayan devletlerin, kendi ulusal güvenliklerini önceleyen tedbirleri kolay kolay bırakmayacakları belirtilmektedir²². Bunun ise uluslararası işbirliği ve uluslararası kurumları zayıflatabileceği açıktır. Oysa yukarıdaki silahlı çatışma örneğinde görüldüğü ve Covid-19'la ilgili çalışmanın bu kısmında görüleceği gibi, uluslararası işbirliğini geliştirmeye yönelik uluslararası kurumlar, her türlü krizin daha kolay aşılmasını sağlamaktadır.

Covid-19'un ardından devletler ve uluslararası örgütler, küresel bir sağlık krizine karşı öngörülü olma ve önlem alma konularında oldukça yetersiz kalmakla eleştirildi²³. Çin'in en başında salgını sakladığının iddia edilmesi, AB üyesi devletler arasında sınırların ilk kez kapatılması, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) başta olmak üzere birçok devletin bu dönemde daha dışa kapalı bir politika benimsemesi²⁴ uluslararası işbirliği ve küreselleşme açısından oldukça olumsuz gelişmelerdi. Pandeminin yaşandığı dönemde dönemin ABD Başkanı olan Trump'ın Dünya Sağlık Örgütü'ne finansal yardımını kesmesi²⁵ de salgınının uluslararası düzeni ve uluslararası ilişkileri farklı bir forma soktuğunu göstermekteydi²⁶.

²² Koç, "Covid-19 Krizinin Diplomasye Etkisi ve Uluslararası Sistemde Artan Belirsizlikler," 115.

²³ Koç, "Covid-19 Krizinin Diplomasye Etkisi ve Uluslararası Sistemde Artan Belirsizlikler," 110.

²⁴ Göktuğ Sönmez, "Covid-19 Salgınının Güvenlik ve Uluslararası Sistem Üzerinde Olası Etkileri," Ortadoğu Araştırmaları Merkezi, S.117(Nisan 2020): 4.

²⁵ "ABD Temsilciler Meclisi, Başkan Trump'ın DSÖ'ye Finansal Yardımı Kesmesini Soruşturacak," Euronews, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021, <https://tr.euronews.com/2020/04/27/abd-temsilciler-meclisi-baskan-trump-n-dso-ye-finansal-yard-m-kesmesini-sorusturacak>.

²⁶ Bağbaşıoğlu, "Covid-19 ve Uluslararası Örgütler: Uluslararası toplum, Uluslararası Sistem ve Çok Taraflılık Kavramları Üzerinden Bir Değerlendirme," 385-386.

Yukarıda aktarılan bu gelişmeler, Covid-19 öncesindeki düzende faaliyet gösteren uluslararası kurumların tamamen işlevsiz ya da gereksiz olduklarını göstermemektedir; sadece daha da güçlü, etkili²⁷, bağımsız²⁸, beklenmedik krizler karşısında harekete geçebilen, koordinasyonu sağlayabilecek ve esnek davranabilecek kurumlara ihtiyacımız olduğunu göstermiştir. Bu ihtiyaç, özellikle hassas durumdaki bireylerin ve devletlerin, beklenmedik uluslararası krizleri daha az zararla atlattığı için önemlidir²⁹.

Covid-19'un yarattığı küresel yıkım ve koordinasyonsuzluk, hiç kuşkusuz kendisini öncelikle aşı dağıtımında göstermiştir. Yapılan araştırmalara göre, Ocak 2022'nden sonra Covid-19'a yakalanmış vaka sayılarında ve Covid-19 kaynaklı ölümlerde bir azalma yaşanmış, ancak bu sayı takip eden ilkbaharda yine yükselişe geçmiştir. Sayılarında tekrar yaşanan yükseliş, hem insanlığı yeniden endişelendirmektedir, hem de pandeminin henüz bitmediğini göstermektedir. Öte yandan, aşı her coğrafyaya eşit şekilde ulaşmamış, herkesin aşuya erişimi kolay olmamıştır. Kırsal kesimde yaşamını sürdüren ve 80 yaşın üstünde olan kişilerin sadece yarısının aşılınmış olduğu belirtilmektedir³⁰. Aşıların şu anda Covid-19 ile mücadelede en etkili araç olduğu bilinmektedir; ancak aşı dağıtımındaki eşitsizlik de giderek büyümektedir. Yoksul ülkelerde aşuya ulaşımın çok zor olduğu, bu doğrultuda da ölü sayılarının daha yüksek seyrettiği görülmektedir³¹.

Yoksul ülkeler, Covid-19'un daha da derinleştirdiği ekonomik darboğaz, aşı üretmeyi başaran devletlerin aşı ve diğer tıbbi malzeme ihracatına koydukları kısıtlamalar³², yoksul devletlerin aşı üretiminde yaşadıkları yetersizlik, kimi devletlerde yapılan gereksiz istiflemeler gibi nedenler, bazı insanların aşuya erişimini güçleştirmektedir³³. Bu sorunları aşmak için çalışan uluslararası kurumların, yoksul ülkelerin tüm sorunlarını çözebileceği elbette ki öngörülmemektedir; yine de aşuya erişim gibi önemli bir konuda yol alınmasına koyacağı katkı çok önemlidir.

Covid-19 döneminde özellikle korunmaya muhtaç çocukların durumuna ilişkin endişelerin arttığı görülmektedir. Covid-19, çocuk haklarının korunması sorununu daha da önemli hale gelmiştir. Çünkü devletlerin almış oldu-

²⁷ Sönmez, "Covid-19 Salgınının Güvenlik ve Uluslararası Sistem Üzerinde Olası Etkileri," 4.

²⁸ Baharççek, "Uluslararası Kuruluşların İşlevleri," 230. Uluslararası kurumların bağımsızlığı özellikle vurgulanmalıdır. Çünkü uluslararası örgütler genellikle kendilerine üye devletlerin amaçları doğrultusunda hareket etmektedir. Bu da onların sorunlar karşısında objektif ve bağımsız bir tutum sergileyip sergilemediklerinin sorgulanmasına neden olmaktadır. Baharççek, "Uluslararası Kuruluşların İşlevleri," 236-237.

²⁹ Sönmez, "Covid-19 Salgınının Güvenlik ve Uluslararası Sistem Üzerinde Olası Etkileri," 9.

³⁰ Mustafa Durmuş, "Aşı Eşitsizliği ve Kapitalizm," Pandeminin İkinci Yılı Değerlendirme Raporu (Nisan 2022): 155-156.

³¹ Bahar Marangoz, "Dünyada ve Türkiye'de Covid-19 Bağışıklamasında Eşitsizlik," Pandeminin İkinci Yılı Değerlendirme Raporu (Nisan 2022): 141.

³² Sönmez, "Covid-19 Salgınının Güvenlik ve Uluslararası Sistem Üzerinde Olası Etkileri," 9.

³³ Durmuş, "Aşı Eşitsizliği ve Kapitalizm," 157.

ğu önlemler sonucu seyahatler durmuş, dünyanın çatışma veya kıtlık gibi sorunlarla boğuşan bölgelerinde durum daha da içinden çıkılmaz hale gelmiştir. Bu dönemde BM Çocuklara Yardım Fonu (*United Nations International Children's Emergency Fund*, UNICEF) dünyanın hassas bölgelerindeki korunmaya muhtaç çocukları ve ailelerini korumak ve bu amaç doğrultusunda insani müdahalede bulunmak için 133 milyon dolar talep etmişti³⁴.

Covid-19'un alışlageldik uluslararası düzeni bozduğu günlerde devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini askıya alma konusunda kendilerini özgür hissettikleri görülmüştür. Birçok uluslararası soruna ilişkin koordinasyonu ve uluslararası kriz anında bu sorunlara ilişkin yol haritasını belirleyecek kurumların olmaması ise, durumu daha da karmaşık hale getirmiştir³⁵. Ancak dünyadaki çocukların korunmaları için bu konuda uzmanlaşmış ve sadece bu konuda çalışan, Dünya Çocuk Örgütü gibi bağımsız bir uluslararası örgütün daha faydalı olabileceği düşünülmektedir.

Covid-19, sadece gündelik hayatına devam eden sıradan insanları sarsmadı. Covid-19 nedeniyle durumları olumsuz etkilenen hassas durumdakiler sadece çocuklar da değildi. Yaşlılar, kadınlar, engelliler, cinsel azınlıklar ve yoksullar da yaşanan pandemi nedeniyle ciddi mağduriyetlere konu olmuşlardır. Bu dezavantajlı gruplar yanında, mülteciler gibi uluslararası hukukun daha doğrudan ilgilendiği bir hukuki statüdeki insanlar için de süreç oldukça zorlu ilerlemiştir³⁶.

Mültecilerin uluslararası korunmasına yönelik normlardan ve kurumlardan oluşan uluslararası mülteci koruma rejimi, ciddi yetersizliklerle eleştirildi. Devletler, Covid-19'un yayılmasını engellemek için sınırlarını kapatmayı da kapsayan bir sürü kısıtlama uyguladılar. Devletlerin kendi güvenliklerini ve kendi vatandaşlarını korumak için önlemler alması normalken, sığınma isteyen kimseler ve mülteciler açısından durum çok trajik olmuştur³⁷. Örneğin Hollanda sığınma arayanların kimlik saptamasını, kaydını ve mültecilik statüsünü kazanmak için yapılan mülakatları durdurduğunu açıklamıştı. Diğer birçok devlet de benzer kararları aldı. Ekonomik, sosyal, siyasi ve psikolojik anlamda oldukça zorlu koşullarda bulunan bu kişiler, kendileriyle ilgili güçlü ve etkili faaliyetlerde bulunan uluslararası kurumların eksikliğini hissetmiştir³⁸.

³⁴ Eminoğlu, Unutulmaz ve Özerim, "International Society and Its Institutions in Refugee Protection during the COVID-19 Pandemic: Revisiting the Solidarism/Pluralism Debate in English School," 65.

³⁵ Eminoğlu, Unutulmaz ve Özerim, "International Society and Its Institutions in Refugee Protection during the COVID-19 Pandemic: Revisiting the Solidarism/Pluralism Debate in English School," 62.

³⁶ Remzi Altunpolat, "Kırılgan Hayatların Covid-19 ile İmtihanı: Pandemi Öteki Olmak," *Pandeminin İkinci Yılı Değerlendirme Raporu* (Nisan 2022): 174.

³⁷ Sönmez, "Covid-19 Salgınının Güvenlik ve Uluslararası Sistem Üzerinde Olası Etkileri," 3.

³⁸ Eminoğlu, Unutulmaz ve Özerim, "International Society and Its Institutions in Refugee Protection during the COVID-19 Pandemic: Revisiting the Solidarism/Pluralism Debate in English School," 56 ve 61.

Covid-19'un bütün ürkütücülüğü ve bilinmezliğiyle devam ettiği günlerde mültecilerin ve sığınma arayanların durumlarıyla ilgili karşılaşılan genel sorunlar şu şekildedir: Öncelikle, bu kişilerin korunmasına ilişkin uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasında devletler açısından ciddi sorunlarla karşılaşmıştır. İkinci olarak, uluslararası örgütlerin de anılan kişilerin korunmasına ilişkin uygulamalarında ve politikalarında ciddi aksaklıklar olmuştur. Üçüncü olarak, mültecilerin ve sığınma arayan kişilerin durumuna ilişkin iletişim ve koordinasyonda çeşitli sıkıntılar yaşanmıştır. Son olarak da, söz konusu durumdaki kişilerin ihlal edilen haklarına ilişkin sorumluluğun ne olacağı problemi bulunmaktadır. Örneğin İtalya, sığınma arayanları taşıyan gemilere sınırlarını kapatmış, ABD sığınma arayanlarla ilgili yargı süreçlerini birçok defa ertelemişti. Bangladeş'in ise o dönemde mülteci kamplarına sadece çok acil olan hizmetleri sunduğu, diğer bütün hizmetleri durdurduğu bilinmektedir. Bu durumda gemilerdeki kişilere ne olacağı oldukça belirsiz bir hal almıştı. Bu doğrultuda örneğin geri gönderme yasağının sağladığı korumadan yararlanması gereken bir kimse, başka bir devlet ülkesine kabul edilmemiştir. Bazı sığınma arayanların, hem AB'nin, hem de üye devletlerin sınırları kapatmasıyla, Fransa'da yasal gözetim altında kalakaldıkları görülmüştür³⁹.

AB çatısı altındaki Avrupa Sığınma Destek Ofisi (*European Asylum Support Office*, EASO) ve Avrupa Birliği Üye Ülkelerinin Dış Sınırlarının Yönetimi için Operasyonel İşbirliği Ajansı (*The European Border and Coast Guard Agency*, FRONTEX) Covid-19 koşulları altında sığınma arayanların ve mültecilerin işlemlerinin sürdürülebilmesi için yol gösterici ilkeler yayınlamış, en azından bu kişilerin temel bazı haklarının güvence altına alınması için uğraşmıştır. Benzer çabaları BM çatısı altındaki Uluslararası Göç Örgütü (*International Organization for Migration*, IOM) ve BM Mülteci Yüksek Komiserliği (*United Nations High Commissioner for Refugees*, UNHCR) de göstermiştir. Görüldüğü gibi uluslararası koordinasyonsuzluk nedeniyle yaşanan çeşitli sorunlar için yine uluslararası kurumların koordinasyonuna sığınılmıştır⁴⁰. Yaşanan bu gelişmeler, kriz anlarında çalışma yöntemlerini değiştirebilecek esnekliğe sahip ve etkili kurumların varlığının uluslararası hukukun işlevselliğini korumak için ne kadar önemli olduğunu gösterdi. Bu dönemde mülteciler için özellikle sağlık konusunda yapılması gereken harcamaların nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin koordinasyonda da sıkıntı yaşanmış, sonuçta sorun BM çatısı altında çalışan Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labour Organization*, ILO) Dünya Sağlık Örgütü (*World Health*

³⁹ Eminoğlu, Unutulmaz ve Özerim, "International Society and Its Institutions in Refugee Protection during the COVID-19 Pandemic: Revisiting the Solidarism/Pluralism Debate in English School," 61 ve 64.

⁴⁰ Bağbaşıoğlu, "Covid-19 ve Uluslararası Örgütler: Uluslararası toplum, Uluslararası Sistem ve Çok Taraflılık Kavramları Üzerinden Bir Değerlendirme," 388.

Organization, WHO) ve Uluslararası Göç Örgütü'nün işbirliğiyle aşılmaya çalışılmıştır⁴¹.

Uluslararası hukukta mültecilerin yeniden yerleştirilmesi çok önemsenen ve mülteci statüsündeki insanların yaşamları için çok önemli kabul edilen bir husustur. Bu nedenle özellikle mültecilerin yeniden yerleştirilmelerine ilişkin faaliyetleri denetleyecek ve koordine edecek bir uluslararası kurumun gerekliliği üzerinde durulmalıdır. Özellikle Covid-19 döneminde mülteciler ve sığınma arayanlarla ilgili yeniden yerleştirme faaliyetlerinin aksaması, zaten sorunlu olan bu konuyu daha da hassas kılmıştır. Devletler Covid-19 nedeniyle birçok önlem almış, yukarıdan da anlaşılacağı gibi, bu durum birçok insanın durumunu kötüleştirilmiş, özellikle mülteciler ve sığınma arayanlar için belki hak ihlallerine neden olmuştur. Ama devletlerin bu anılan önlemleri kamu sağlığını korumak için yapılması dolayısıyla, hak ihlallerine karşı sorumluluğu ortadan kaldıran zaruret hali teorisinin öne sürülmesi mümkündür. Bu doğrultuda, hakları ihlal edilenlerin durumunun ne olacağı belirsizdir. Uluslararası mülteci hukukunun uygulanmasını sağlayacak ve devletleri bu alanda gözlemleyecek uzman bir uluslararası kurumun olmaması, yaşanan bu sorunların ve dezavantajlı durumdaki insanların daha da dezavantajlı duruma itilmesinin temel nedeni olarak kabul edilmektedir⁴².

SONUÇ

İnsanlık küresel ekonomik kriz, pandemi ve silahlı çatışma konularında çıkış yolunu her zaman uluslararası hukukta ve yeni kurulacak uluslararası kurumlarda aramaktadır. Bu durum uluslararası hukukta yeni tartışılan bir konu değildir. Unutulmamalıdır ki BM de, Avrupa Konseyi de, AB de, İkinci Dünya Savaşının yaşattığı acılar sonucu oluşturulmuştur. Bunların yaratılmasındaki temel amaç, küresel savaşların yeniden yaşamasının engellenmesiydi.

Adaletin gereği, hukuku ihlal eden taraflara ve süjelere mağdurları tatmin edici yaptırımların da uygulanmasıdır. Yaptırım uygulamak ise, hem ulusal, hem de uluslararası alanda, güçlü ve bağımsız kurumların olmasıyla mümkündür. Hukuki sorunlar söz konusu olduğunda, hukuk kurallarının uygulanmasını denetleyecek ve gerektiğinde yaptırım da uygulayacak olan kurumların önemi ortaya çıkmaktadır. Özellikle silahlı çatışmaya ilişkin uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasının önemine vurgu yapılmaktadır; çünkü sivililerin hayatı doğrudan ağır bir şekilde etkilenmektedir. Birçok zaman temel sorun, uygulanacak hukuk kurallarının olmaması değildir. Te-

⁴¹ Eminoğlu, Unutulmaz ve Özerim, "International Society and Its Institutions in Refugee Protection during the COVID-19 Pandemic: Revisiting the Solidarism/Pluralism Debate in English School," 64-65.

⁴² Eminoğlu, Unutulmaz ve Özerim, "International Society and Its Institutions in Refugee Protection during the COVID-19 Pandemic: Revisiting the Solidarism/Pluralism Debate in English School," 61-62.

mel sorun, var olan kuralları uygulayacak, denetleyecek ve gerektiğinde yaptırım uygulayacak kurumların azlığıdır.

Ukrayna-Rusya çatışmasının insanlık üzerinde yarattığı tedirginliğin, bazı coğrafyalara hakim olan siyasi ve ekonomik istikrarsızlığın, Covid-19 gibi küresel pandemilerde yaşanan sorunların uluslararası alanda kurumların yaratılmasıyla çözülmesi ciddi şekilde düşünülmelidir. Bütün dünya için bu kurumsallaşmanın önemi ortadadır. İnsani sorunlara ve insani krizlere Avrupa ile olan bağı ölçüsünde ilgi gösteren Avrupa merkezli anlayışın da buna acilen önem vermesi gerekmektedir. Balkanlarda 1990'larda yaşanan krizin ardından günümüze kadar olan süreçte uluslararası sorunlar esas olarak Avrupa'ya uzak olan coğrafyalar açısından sakıncalar doğurmaktaydı; fakat günümüzde Ukrayna-Rusya çatışmasının da gösterdiği gibi, Avrupa'nın uluslararası gerginliklerden etkilenmeme dokunulmazlığı ortadan kalkmıştır.

Dünyanın herhangi bir noktasında yaşanan krizler, küreselleşmenin de etkisiyle, hemen evrensel krizlere evrilebilmektedir⁴³. Bu nedenle, söz konusu potansiyeli olan krizlerle mücadele etmek, büyük önem kazanmıştır. Herhangi bir devletin veya uluslararası aktörün kendisini bu sorunlardan ve etkilerinden bağımsız hissetmesi artık mümkün değildir. Ekonomik gücü veya coğrafi konumu ne olursa olsun, herkes bu sorunlardan etkilenmektedir. Bu nedenle bir an önce güçlü ve bağımsız uluslararası kurumlar oluşturulmalıdır. Unutulmamalıdır ki, uluslararası hukuk ve diplomasi için uluslararası kurumlar elzemdir. Uluslararası toplumun bu kurumlara uluslararası hukuku korumak ve geliştirmek için çok ihtiyacı vardır.

Gerek Ukrayna ve Rusya arasında yaşanan silahlı çatışma, gerekse de Covid-19 nedeniyle yaşanan pandemi kapsamında alınan tedbirler ve getirilen kısıtlamalar, dünyayı bir darboğaza sokmuştur. Belki ilk bakışta uluslararası kuruluşların yaşanan bu acı süreçleri yönetmekte güçlüklerle karşılaştığı algısı oluşmuştu⁴⁴. Yine de mevcut uluslararası kuruluşların, devletlerin kendilerine verdikleri yetki doğrultusunda ve bu yetki sınırları içerisinde, uluslararası sistemi insanlığın yararına olacak şekilde ayakta tutmaya çalışmaktadır. Bu tarz kriz dönemlerinde ihtiyaç duyulan, daha fazla, daha esnek ve daha güçlü uluslararası kurumlardır⁴⁵.

Yukarıda da belirtildiği gibi, pandemiyle birlikte doğan güvenlik endişelerinin de katkısıyla, bazı uluslararası aktörlerde dışa kapalı uluslararası siyaset eğilimi yaratmıştır⁴⁶. Bu eğilimin yeni uluslararası kurumların yaratılmasını engellemesi, karşılaşılabilecek olan yeni krizlerde sadece başarısız mücadelelere olanak tanıyacaktır.

⁴³ Koç, "Covid-19 Krizinin Diplomasiye Etkisi ve Uluslararası Sistemde Artan Belirsizlikler," 109.

⁴⁴ Koç, "Covid-19 Krizinin Diplomasiye Etkisi ve Uluslararası Sistemde Artan Belirsizlikler," 109.

⁴⁵ Sönmez, "Covid-19 Salgınının Güvenlik ve Uluslararası Sistem Üzerinde Olası Etkileri," 9.

⁴⁶ Koç, "Covid-19 Krizinin Diplomasiye Etkisi ve Uluslararası Sistemde Artan Belirsizlikler," 110.

KAYNAKÇA

- aa. "Kızılhaç, Ukrayna'nın Mariupol Kentinden Güvenli Tahliye Koridoru İçin Harekete Geçti," Erişim Tarihi: Temmuz 10,2022, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/kizilhac-ukraynanin-mariupol-kentinden-guvenli-tahliye-koridoru-icin-harekete-gecti/2552379>.
- AGİT. "Organization for Security and Co-operation in Europe Office for Democratic Institutions and Human Rights," Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2022, <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdfsf>.
- Remzi Altunpolat, "Kırılğan Hayatların Covid-19 ile İmtihani: Pandemide Öteki Olmak," *Pandeminin İkinci Yılı Değerlendirme Raporu* (Nisan 2022): 174-178.
- Durmuş, Mustafa. "Aşı Eşitsizliği ve Kapitalizm," *Pandeminin İkinci Yılı Değerlendirme Raporu* (Nisan 2022): 155-161.
- DW. "Rusya-Ukrayna Krizinin Kronolojisi," DW, Erişim Tarihi: Temmuz 10, 2022, <https://www.dw.com/tr/rusya-ile-ukrayna-sava%C5%9F%C4%B1n-e%C5%9Fi%C4%9Fine-nas%C4%B1l-geldi/a-60522203>.
- Euronews. "AB Komisyonu Başkanı von der Leyen: Rus Ekonomisi Ağır ama Emin Adımlarla Küçülüyor," Erişim Tarihi: Temmuz 2, 2022, <https://tr.euronews.com/2022/06/27/ozel-ab-komisyonu-baskani-von-der-leyen-rus-ekonomisi-agir-ama-emin-adimlarla-kuculuyor>.
- Euronews. "ABD Temsilciler Meclisi, Başkan Trump'ın DSÖ'ye Finansal Yardımı Kesmesini Soruşturacak," Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021, <https://tr.euronews.com/2020/04/27/abd-temsilciler-meclisi-baskan-trump-n-dso-ye-finansal-yard-m-kesmesini-sorusturacak>.
- Bağbaşıoğlu, Arif. "Covid-19 ve Uluslararası Örgütler: Uluslararası toplum, Uluslararası Sistem ve Çok Taraflılık Kavramları Üzerinden Bir Değerlendirme," *TASAV* (2020): 385-391.
- Baharççek, Abdulkadir. "Uluslararası Kuruluşların İşlevleri," *TC Başbakanlık Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu* (2015): 229-241.
- Eminoğlu, Nihal, Unutulmaz, K. Onur ve Özerim, M. Gokay. "International Society and Its Institutions in Refugee Protection during the COVID-19 Pandemic: Revisiting the Solidarism/Pluralism Debate in English School," *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 17, S.68(2020): 55-72.
- Guzman, Andrew T. "A Compliance-Based Theory of International Law," *California Law Review* 90, S. 6(2002): 1823-1887.
- ICRC, "Ukraine Crisis," Erişim Tarihi: Temmuz, 10, 2022, <https://www.icrc.org/en/donate/ukraine>.
- Kahler, Miles. "Organization and Cooperation: International Institutions and Policy Coordination," *Journal of Public Policy* 8, S.3-4(1988): 375-401.

- Koç, Engin. "Covid-19 Krizinin Diplomasıye Etkisi ve Uluslararası Sistemde Artan Belirsizlikler," *Uluslararası İlişkiler ve Diplomasi Dergisi* 4, S.1(2021): 108-121.
- Köroğlu, Nergiz Özkural ve Satymova, Sabina. "Ukrayna Ulus İnşasının Yapıtaşları ve Bugüne Yansımaları," *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi* 10, S.1(2021): 525-534.
- Marangoz, Bahar. "Dünyada ve Türkiye'de Covid-19 Bağışıklamasında Eşitsizlik," *Pandeminin İkinci Yılı Değerlendirme Raporu* (Nisan 2022):
- Oeter, Stefan. "Toward a Richer Institutionism for International Law and Policy," *J. Int'l L & Int'l Rel.* 1, S.9(2004): 61-70.
- Öner, Mehmet Zülfü. "The Principle of 'Complementarity' in International Criminal Law," *YÜHFD* 18, S.1(2021): 291-332.
- Özkan, Gökhan. "Soğuk Savaş Sonrası Orta Asya ve Kafkasya Ekseninde Türkiye-NATO-Rusya İlişkileri ve Türk Dış Politikasına Yansımaları," *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 12, S.1(2010): 109-132.
- Skalar, Meltem Sarıbeyoğlu. "Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Faaliyetlerine İlişkin Bir Değerlendirme: Taraflara Hizmetlerini Teklif Etme Hakkı," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, S.1(2021): 48-63.
- Sönmez, Göktuğ. "Covid-19 Salgınının Güvenlik ve Uluslararası Sistem Üzerinde Olası Etkileri," *Ortadoğu Araştırmaları Merkezi*, S.117(Nisan 2020): 3-12.
- Şeyşane, Görkem Tanrıverdi ve Şekercioğlu, Selma. "Avrupa Birliği'nin Çatışma Çözümü Kabiliyeti: Mali ve Orta Afrika Cumhuriyeti Vakaları," *Avrupa Çalışmaları Dergisi* 20, S.2(2021): 595-628.
- Yeşil, Feyzullah. *Uluslararası Hukukta Silahlı Çatışmalar ve Devlet Dışı Aktörler*. TBMM Başkanlığı İdari Teşkilatı Dış İlişkiler ve Protokol Başkanlığı Uzmanlık Tezi 2015.

ANAYASA MAHKEMESİNİN DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİNİN KAPSAM VE SINIRLARINA YAKLAŞIMINDAKİ ÇELİŞKİLİ TUTUM

*Murat ERDOĞAN**

GİRİŞ

Bu çalışma, Anayasa Mahkemesinin din ve vicdan hürriyetine çelişkili ve stratejik yaklaşımını bireysel başvuru kararlarında ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu konudaki bireysel başvuru kararlarında Anayasa Mahkemesinin içtihadını istikrarlı bir biçimde oluşturamadığı gözlemlenmektedir. Mahkeme, belli konularda hassasiyetleri dikkate aldığını göstermek adına zaman zaman aktivist bir tavır sergilemektedir; fakat temel hakları dengelerken hakkın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi konusundaki kararları karşılaştırdığında çelişkiye düştüğü görülmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan hürriyetine faydacı bir felsefeyle yaklaşabileceğinin de sinyallerini vermiştir. Bu çalışmayı, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda din ve vicdan hürriyetinin kapsamını inceleyen diğer çalışmalardan¹ ayırt eden özellik bu çelişkiye dikkat çekilmeye çalışılmasıdır.

Anayasa Mahkemesinin din ve vicdan özgürlüğü hakkını yorumlamak konusundaki tutumu, bireysel başvuruda esas incelemesinde Mahkemenin uyguladığı yargısal usul çerçevesinde tartışılacaktır. Bireysel başvuruda esas incelemesi temel olarak iki aşamada yapılmaktadır. Bunlardan birincisi, başvuruda ortaya konan vakıaların ihlal edildiği iddia edilen veya Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisi içerisinde kalan başka bir temel hakkın kapsamına girip girmediğinin incelendiği aşamadır. İkincisi ise eğer söz konusu vakıalar, temel haklardan birinin kapsamına giriyorsa, devletin söz konusu hakka müdahalesinin kanuni, meşru amaca sahip ve ölçülülük ve demokratik toplum düzenine uygun olup olmadığının incelendiği aşamadır. Buna göre, kamu gücünün bir temel hakkına müdahalede bulunduğunu iddia eden kişi bunu ispatlamakla yükümlüdür. Eğer bu hak mutlak haklardan biriye ve başvurucu, hakka müdahale edildiğini ispatlarsa hak ihlal edilmiş-

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-mail: murat.erdogan@hbv.edu.tr

¹ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda din ve vicdan hürriyetinin ele alındığı çalışmalar için bkz. Hasan Sayim Vural, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü", Anayasa Yargısı (32), 2015, Sezgin Baş, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Din ve Vicdan Hürriyeti", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022/1.

tir. Ancak müdahalede bulunulan hak, mutlak haklardan biri değilse ilk aşamadan ikinci aşamaya geçilirken ispat yükü de kamuya geçer. Bu aşamada artık kamu gücü, hakka niçin müdahale ettiğini açıklamak ve bunun ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olduğunu ispatlamak zorundadır.²

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda, ispat yükü, öncelikle bir temel hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvurucular üzerindedir. Anayasa Mahkemesi, 2017 tarihinde verdiği Sabah Yıldızı Radyo Başvurusu'nda bu durumu şu şekilde ifade etmektedir. "*Anayasa Mahkemesine başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunmak suretiyle olaylar hakkındaki iddialarını ve dayanılan Anayasa hükmünün kendilerine göre ihlal edildiğine dair açıklamalarda bulunarak hukuki iddialarını kanıtlamak başvurucuya düşer.*"³ Buna göre başvurucular, muhatabı oldukları işlem veya eylemin temel hak ve özgürlüklerle bağlantısını kurmak yükümlülüğü altındadırlar.

Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması için başvurucunun, hakkına müdahale edildiğini kanıtlaması yeterlidir. Başvurucunun müdahale edilen hakkını yanlış göstermiş olması başvurunun sıhhatine etki etmez. Bu durum Tahir Canan Başvurusu'ndan itibaren Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konmuştur. Mahkeme'ye göre; "*Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder.*"⁴ Bireysel başvuruda başvurucular, muhatabı oldukları işlem veya eylemin temel haklarını niçin ihlal ettiğini göstermek zorundadırlar; ancak bu işlem veya eylemlerin hangi hakkın kapsamına gireceğini belirlemek görev ve yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Bu durumun "jura novit curia (hakim hukuku resen uygular)" ilkesinin doğal bir sonucu olduğu doktrinde ifade edilmiştir.⁵

Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekse de Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında ikinci aşama kendi içinde birbirlerini takip eden üç alt aşamaya ayrılır. Birinci aşamada müdahalenin kanuni olup olmadığı, ikinci aşamada müdahalenin meşru bir amaca yönelik olup olmadığı, nihayet üçüncüsünde ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığı incelenir.

Üç aşamalı test, genel olarak Sözleşme'nin 8 ila 11. maddeleri arasındaki haklar ile 1 No'lu Ek protokol'ün 1. maddesindeki mülkiyet hakkına müdahalelerde uygulanır. Ancak bu test, uygun düştüğü ölçüde ek protokollerde yer alan diğer haklara da uygulanmaktadır.

² Laurens Lavrysen, "The Scope of Rights and the Scope of Obligations", Shaping Rights in the ECHR: The Role of The European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights, (Eds: Eva Brems, Janneke Gerards), Cambridge University Press, 2013, s. 164.

³ Sabah Yıldızı Radyo Başvurusu, Başvuru No: 2014/12727, 25.05.2017, § 20.

⁴ Tahir Canan Başvurusu, Başvuru No: 2012/969, 18.09.2013, § 16.

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, (İstanbul, Oniki Levha Yayınları), 2015, s. 75-77.

Din ve vicdan hürriyeti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9 ve Anayasanın 24. maddesinde kişi hak ve hürriyetleri başlığının altında düzenlenen bir temel hak ve hürriyettir. Bu doğrultuda, din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan başvurularda, yukarıda açıklanan iki aşama ve ikinci aşamanın alt aşamaları olarak öngörülen üç aşamalı testin uygulandığını görmek mümkündür. Anayasa Mahkemesinin din ve vicdan hürriyetine yönelik yaklaşımı da bu aşamalar çerçevesinde incelenecektir. Öncelikle Anayasa Mahkemesinin, din ve vicdan hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde ortaya koyduğu tutum ve stratejik yaklaşım ele alınacaktır. Bunun ardından da üç aşamalı testin önce kanunilik aşamasında, bunun ardından da ölçülülük ve demokratik toplum düzenin gereklerine uygunluk aşamasında din ve vicdan hürriyetine nasıl yaklaşıldığı Anayasa Mahkemesinin benimsediği standartlar doğrultusunda ele alınarak bu standartlardaki farklılığın eleştirisi yapılacaktır.

I. DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİNİN KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE ANAYASA MAHKEMESİNİN TUTUMU

A. Din ve Vicdan Hürriyetinin Kapsamına Kısa Bir Bakış

Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü tarihte ancak uzun mücadeleler sonucu kazanılabilmıştır. Bu hakkın ortaya çıkması doğal haklar öğretisi ile yakından bağlantılıdır. Hatta Jellinek'e göre Amerika'ya İngiltere'den göçen püritenler, Amerika kıtasında İngiltere benzeri baskıcı ve inançlarına sıklıkla karışan bir devletin varlığını istememişlerdir. Böylece Amerika'da doğal hak anlayışı, önce adeta devletsiz bir toplumda inanç ve ibadet özgürlüğüyle gelişmiştir⁶. Jellinek, bunlara örnek olarak 17. yüzyılda Amerikan kolonilerinde ortaya çıkmaya başlayan anayasal belgeleri örnek göstermiştir.⁷ Bunlardan en önemlisinin 1776 tarihli Amerikan Virjinya Haklar Bildirisi olduğunu söylemek mümkündür. Bu bildiri de din ve vicdan hürriyeti şu şekilde yer almıştır:

"Yaratanımıza borçlu olduğumuz din veya inanç veya bunların gereklerini nasıl yerine getireceğimiz, zorlama ve kuvvetle değil, ancak akıl ve inançla belirlenebilir. Bu nedenle bütün insanlar dinin icrasını vicdanlarının emirlerine göre yerine getirmekte eşit hak sahibidirler."

Ardından din ve vicdan hürriyeti 3 Eylül 1791 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinde ise şöyle ifade edilmiştir:

"Hiç kimse, dîni de olsa fikirleri yüzünden, ifadeleri kanunla kurulan kamu düzenini ihlal etmediği sürece kınanamaz."

⁶ Georg Jellinek, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine: Modern Anayasa Tarihine Bir Katkı, (Çevirenler: Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger, Pinhan Hukuk Yayınları), 2017, s. 87 vd.

⁷ Jellinek, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, s. 90-95.

Bu özgürlükler daha sonra, milli anayasalarda yer almış ve Birleşmiş Milletler İnsan hakları Evrensel Bildirisi⁸ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

1982 Anayasası din ve vicdan hürriyetini 24.maddesinde şu şekilde ifade etmiştir:

“Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.

Nihayet Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düşünce, vicdan ve din hürriyetine ilişkin 9. maddesi şöyledir:

“1. Herkes düşünce, vicdan ve kanaat özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile açık veya inanç değiştirme açık veya özel biçimde ibadet, öğretim, uygulama ve tören yapmak suretiyle tek başına veya toplu olarak dinini ve inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2.Din veya inancını açıklama özgürlüğü, demokratik bir toplumda ancak, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir.”

Yargı kararları ve öğretide, din ve vicdan hürriyetinin temel olarak iki vechesinin bulunduğunu görmek mümkündür. Biri din ve vicdan hürriyetinin içsel ve mutlak olduğu forum internum, diğeri ise bu hakkın dışavurumunu ifade eden dışsal, ancak sınırlı olan forum externumdur. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında bu ayrımı benimsemiştir.⁹ Forum internum, bireyin herhangi bir inanca sahip olmasını veya olmamasını, sahip olduğu

⁸ Bildirinin 18.maddesi şu şekildedir: “ Her şahsın fikir, vicdan ve din hürriyetine hakkı vardır; bu hak din ve kanaat değiştirmek hürriyetini, dinini kanaatini tek başına veya topluca, açık olarak veya özel surette, öğretim, tatbikat, ibadet ve ayinlerle izhar etmek hürriyetini gerektirir.”

⁹ Baş, Din ve Vicdan Hürriyeti, s. 390.

inancı istediği zaman değiştirebilmesini, inançlarından dolayı kınanmamasını, bunları açıklamaya zorlanmamasını ve baskı altına alınmamasını ifade eder. Forum externum ise ibadet etme, öğretim yapma, tören ve ayinlere tek başına veya toplu olarak katılma, uygulama ve yerine getirme suretiyle dinini açığa vurma hakkını belirtir.¹⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9.maddesi, düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü birbirinden ayırmakta, her birisini garanti altına almakta ve bunların değiştirilmesi de söz konusu garantiye dâhil edilmektedir. Aşağıda din ve vicdan kavramları çerçevesinde inceleme yapılarak hakkın kapsamı en genel anlamda açıklanacaktır.

1. Dini İnanç Özgürlüğü

Dini inanç özgürlüğünde ifade olunan dinin tanımı sözleşmede yapılmamıştır. Ancak bu hükmün sadece çok yaygın olan büyük dünya dinlerini değil, bilinmeyen ender dinleri de kapsadığı inancı hâkimdir.

9.madde ilk planda din özgürlüğünü güvence altına almıştır. Buna göre din ve inanç özgürlüğü bireylerin istedikleri din ve inancı benimseme, dini bir inanca sahip olamam ve dinlere karşı ilgisiz olmayı da içerir. Dini inancı değiştirmek ve açığa vurmaya da bu hakkın içeriğinde yer almaktadır. 9. Madenin ilk fıkrasının devam eden ifadesine göre din özgürlüğü, dinin gereklerini yerine getirip getirmeme özgürlüğünü de içerir. Kural olarak devletler bireyleri dini inançlarıyla bağdaşmayan işleri yapmaya zorlayamamakla birlikte, kamuya ilişkin ve dini inançlarla doğrudan ilgisi olmayan konularda kişiler, dini inançlarını ileri sürerek kamusal görevlerini yerine getirmekten kaçınamaz. Dinlerin saygı görmesi için büyük dinlerden biri olması gerekmemektedir. Yalnızca bu inancın 'belirlenebilir' bir nitelik arz etmesi yeterli görülmektedir.

Din özgürlüğünün kolektif yönü dinsel yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve ibadette ortaya çıkar. Bu noktada bireysel ibadetle toplu ibadetin birbirinden ayrılmaz nitelikte olduğunu savunan görüş, din özgürlüğünün kolektif yönüne vurgu yapmaktadır. Bu çerçevede ibadet veya ayin, toplantı özgürlüğünü, dinsel tören ise gösteri özgürlüğünü ilgilendirebilir.

Dini inançlar arasında ayırım yapılamaması, en basit anlatımla, eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Bireyler dini inançlarını tek başına veya toplu olarak alenen veya özel olarak ibadet, öğretme, uygulama ve ayin yoluyla açıklayabilirler. Tek başına veya toplu olarak, aleni veya özel şekilde ibadet, ayin yahut öğretim yolundaki inancını açığa vurma hakkı, aynı zamanda başkalarını kendi dini inancı yönünde ikna etme, hakkını da içerir. Bu bağlamda devletler sert çekirdekli temel hak ve özgürlüklerden olan inanç özgürlüğünün kişisel kamu öz-

¹⁰ Baş, Din ve Vicdan Hürriyeti, s. 390.

gürlüğü olması nedeniyle bu alana olabildiğince dokunmama ve kaçınma yükümlülüğü içerisindedir. Hatta ibadet yoluyla dini inançların uygulanmasını fiilen mümkün kılacak koşulların yaratılması da gerekir. Bu durumda devletin olumlu bir edimi yani pozitif yükümlülüğü söz konusu olacaktır.

Belirtilenler ışığında din özgürlüğü, inançsızlıkla insanlara önerilenler içinde bir dine katılma arasında tercih serbestliği ve dinin gereklerini bireysel veya uygulama serbestliği olarak tanımlanabilir.¹¹

2. Vicdan Hürriyeti

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin 9. maddesi din özgürlüğünü ifade ederken ayrıca vicdan özgürlüğünden de bahsetmiştir. Vicdan özgürlüğü ile din özgürlüğü arasında kesin çizgilerden söz edilemez.

Vicdan özgürlüğünün kişilerin, kendilerine has bir bilinç oluşturabilme ve bu temelde kendi amaçlarına ya da eylemlerine ilişkin kendi etik değerlerini oluşturma ve değerlendirebilme özgürlüğünü anlattığı ifade edilmiştir.¹² Bu durum din ve vicdan hürriyetinin kişisel özerlik nosyonu ve kişinin kendi seçimlerini yapmadaki serbestiyeti ile bağlantısını da ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda vicdanî kararlar, "bireylerin manevi açıdan bağlayıcı olduğuna ve koşulsuz şekilde zorlayıcı olduğuna inandıkları ve prensip olarak aksi yönde hareket edemeyecekleri, ciddi nitelikte ahlaksal dayanağı olan, yani 'iyi' ve 'kötü' yönelimli kararlar kategorisinde yer alan kararları" ifade etmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, dinin 'kurumsallaşmış vicdan' olarak tanımlanması yanlış olmayacaktır. Zira din de vicdan gibi iyi-kötü, haklı-haksız ayrımında yol gösterici niteliktedir. Ancak din bunu bireysel telakkilere bırakmamakta, kendi ihdas ettiği normlar yardımıyla, kendine riayet edenlere empoze etmektedir. Bu açıdan bakıldığında vicdan hürriyeti herhangi bir dine inanmayanları da kapsayacak şekilde geniş bir inanma, öngörü edinme, bilinç sahibi olma yetkisi vermektedir. Belki ayrıntıya inmek suretiyle fark edilebilecek bu farkın dışında vicdan hürriyeti, din hürriyetiyle birlikte anlaşılmakta ve ifade olunmaktadır.

B. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Din ve Vicdan Hürriyetinin Kapsamının Belirlenmesine İlişkin İçtihadı

Anayasa Mahkemesi'nin en cömert olduğu alanlardan biri din ve vicdan özgürlüğü hakkının kapsamının belirlenmesidir. Mahkeme, *Esra Nur Özbey Başvurusu*'nda din ve vicdan özgürlüğünün kapsamını belirlerken oldukça sıkı

¹¹ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Hande Seher Demir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü (Ankara: Adalet Yayınevi,) 2011, Şennur Ağırbaşı, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü," Türkiye Barolar Birliği Dergisi 101, (2012): 83-102.

¹² Tolga Şirin, Erkan Duymaz ve Deniz Yıldız, Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları), 2016, s. 21.

bir denetim yapmıştır. Başvuru, başvuruçunun inancı nedeniyle giydiği pardösüsünü adliye kapısında çıkartmaya zorlanması nedeniyle din ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, bu olayda hakkın kapsamını şu şekilde belirlemiştir: *"Kadınların İslam dininin bir emri olduğu inancıyla vücutlarını örtecek şekilde pardösü ve benzeri kıyafetler giymelerinin, Anayasa'nın 24. maddesinin olağan anlamının kapsamında değerlendirilebilecek bir konu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu itibarla, dini inanç gereği giydiği kıyafete sınırlama getiren kamu gücü işlem ve eylemlerinin kişinin dinini açığa vurma hakkına bir müdahale teşkil ettiği kabul edilmelidir¹³."* Anayasa Mahkemesi, bu belirlemenin ardından müdahalenin ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, *"mevzuatın açık hükmüne rağmen başvuruçunun üzeri orada bulunan bayan görevli tarafından aranmamış, eğer durumun gerektirdiği düşünülüyorsa başvuruçunun kıyafetini çıkartabilmesi için kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler de alınmamıştır¹⁴."* diyerek din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin *Esra Nur Özbey Başvurusu*'nda yaptığı yorum, kişisel özerklik alanına müdahale edilen bir kişinin hakkının geniş yorumlanması açısından olumludur. Ancak Mahkeme'nin bu kararı, temel hakları, bilinçli bir biçimde insan onuru temelinde yorumladığını göstermemektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, pardösüsünü çıkarmayan kişinin din ve vicdan özgürlüğünü yorumlarken kullandığı bu yaklaşımı bir başka kararında yadsımıştır. *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*'nda vejetaryen bir mahkum olan başvuruçunun, vejetaryen olup olmadığının tespiti için devlet hastanesine gönderilmesinin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasıyla başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise bu başvurunun öncelikle din ve vicdan özgürlüğüne kapsamına girip girmediğini incelemiştir. Mahkeme'ye göre; *"Anayasa'nın 24. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "vicdan", "dinî inanç" ve "kanaat" kavramlarının tanımlanmasının zor olduğu açıktır. Bu zorluk sebebiyle kapsamlı bir tanım yapmak yerine bir davranışın Anayasa'nın 24. maddesinin koruma alanında kalıp kalmadığı her somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Bununla birlikte bir inanç veya kanaatin anılan koruma kapsamında olabilmesi için mutlak olarak dinî nitelikte olması gerektiği söylenemez.*

... Başvuruçunun vejetaryen olduğunu beyan ederek et ve türevlerini yememesinin, iç dünyasının bir dışa vurumu olarak kabul etmek mümkün ise de ... Vejetaryenlik dinsel, ahlaki ve beslenmeye ilişkin nedenlere dayanan bir durum olabilir. Ancak vejetaryenliğin Anayasa'nın 24. maddesi kapsamında ileri sürülebilmesi ve korunabilmesi için en azından bir inancın motivesi veya etkisi ile yapılmasının ortaya konması gereklidir. Başvuruçunun, cezaevi idaresine yaptığı başvuru ve daha sonrasında yargı mercilerinde dile getirdiği itirazlarında

¹³ Esra Nur Özbey Başvurusu, Başvuru No: 2013/7443, 20.5.2015, § 62.

¹⁴ Esra Nur Özbey, § 97.

vejetaryenlik tercihinin neden kaynaklandığını ortaya koymaması nedeniyle ...vejetaryenliğin Anayasa'nın 24. maddesi kapsamında ele alınabilmesi mümkün değildir.¹⁵"

Anayasa Mahkemesi'nin din ve vicdan özgürlüğünün kapsamını belirlerken verdiği bu iki karar çelişkilidir. Birinci kararında Mahkeme, kamu gücünün müdahalesini din ve vicdan özgürlüğü kapsamında görmüştür. İkincisinde ise başvuruçunun vegan ve vejetaryen olmasını bu kapsamda görmemiştir. Bunun sakıncası bu karara muhalif kalan 8 üyenin gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir: *"Vejetaryenlik toplum içinde yaygınlaşan ve belirli bir inanç temeline dayanan genel kabul görmüş bir olgudur. ...somut olayda vejetaryenliğin yeterli düzeyde ikna ediciliğe, ciddiyete, tutarlılığa ve öneme sahip bir kanaatin dışı vurumu olarak kabul edilmesi gerekir. Bu niteliği gözetildiğinde vejetaryenliğin hangi inanca veya felsefi kökene dayandığının ortaya konulması zorunluluğundan da söz edilemez¹⁶."* Anayasa Mahkemesi, ilk kararda hakkın kapsamı için yaptığı geniş ve cömert yorumu, ikinci kararında vejetaryenlik için yapmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin stratejik tutumu, din ve vicdan özgürlüğünün kapsamının belirlenmesi ile sınırlı değildir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağını yorumlarken de benzer bir yaklaşım göstermektedir. Mahkeme, özellikle din ve vicdan özgürlüğü söz konusu olduğunda ayrımcılık yasağına geniş yorum getirmektedir. Ancak Mahkeme'nin bu yaklaşımı kişisel özerkliği koruyan her hak için yaptığını söylemek mümkün değildir.

Tuğba Arslan Başvurusu'nda Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan özgürlüğü ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını tartışmıştır. Bu başvuruda, başvuruçunun bir duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin duruşmanın yapılamayacağını belirterek müvekkiline kendisini bir başka avukatla temsil ettirmesi için süre vermesi ve duruşmayı ertelemesinin din ve vicdan özgürlüğü ve ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, kararında şunu ifade etmiştir: *"Ayrımcılık yasağı ilkesi, din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini içerir.*

Başvuruçuya yöneltlen farklı muamelenin, din özgürlüğü hakkından yararlanma ile ilgili olduğu açıktır.

.... olayda tüm kadın avukatların duruşmada başlarının açılması istenmekle beraber bu durum başvuruçunun kişisel tercihi olan bir dinsel davranışı açığa vurması, başka bir deyişle başvuruçunun "kişisel niteliği" sayılması gereken

¹⁵ Şehmus Özsubaşı Başvurusu, Başvuru No: 2013/2582, 03.03.2016, § 33, 37.

¹⁶ Şehmus Özsubaşı, (8 üyenin Ortak Karşı Oyu), § 11.

*dinin emirlerini yerine getirme arzusunun dışı vurum davranışı olan başörtüsü kullanması sebebiyle başvuru olumsuz yönde etkilemektedir*¹⁷.” Anayasa Mahkemesi, bunun ardından başvuru din ve vicdan özgürlüğü hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılığa tabi tutulduğunu belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin *Tuğba Arslan Başvurusu*'ndaki gerekçesinde, bir kişinin cinsel ve cinsiyet kimliği üzerinden ayrımcılığa tabi tutulmaması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak Mahkeme'nin din ve vicdan özgürlüğü ile bağlantılı olarak yaptığı geniş yoruma istikrar kazandırabildiğini söylemek mümkün değildir. Bu durum *Cemal Duğan Başvurusu*'nda ortaya çıkmıştır. Başvuruya konu olan olayda otoyol kenarında bulunan bir transseksüel kişinin trafiği tehlikeye düşüren davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle hakkında idari para cezası kesilmesine ilişkindir. Ancak olayda bu kişi polis merkezine götürülmüş ve Ahlak Büro Amirliği'nde götürülerek bir saat kadar orada tutulmuştur. Kişinin kamu görevlilerine fuhuş amacıyla orada bulunduğunu söylediği belirtilmiştir. Ancak hakkında bu sebepten herhangi bir işlem yapılmamıştır. Başvuru ise cinsel kimliği üzerinden özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılığa tabi tutulduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, *Cemal Duğan Başvurusu*'nda ayrımcılığı kabul etmemiştir. Mahkeme'nin gerekçesi şu şekildedir: “...trafik para cezasının başvuru trafiği tehlikeye düşüren davranışları nedeniyle ilgili Kanun'a uygun olarak verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Trafik kuralları herkes yönünden bağlayıcı olup cinsel tercihleri veya taşıt yolu üzerinde bulunma amaçları ne olursa olsun kişilerin trafiği tehlikeye düşürmeleri durumunda haklarında 2918 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması çok doğaldır¹⁸.” Anayasa Mahkemesi'nin bu karardaki gerekçesi, *Tuğba Arslan Başvurusu*'ndaki pozisyonundan farklıdır. Mahkeme'nin ilk başvurudaki geniş ve cömert yorumunu, ikinci başvuruda görmek mümkün değildir. İlk başvuruda, Mahkeme, başvuru kişinin kişisel tercihi sebebiyle ayrımcılığa maruz kaldığını ifade etmektedir. İkincisinde ise Mahkeme, başvuru kişinin polis karakoluna götürülerek burada UYAP kayıtlarının incelenmesini¹⁹, bilahare kendisine trafiği tehlikeye düşürdüğü belirtilerek ceza kesilmesini çok normal bulmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumuna cevabı aynı başvurudaki bir üyenin yazdığı karşıoyda bulmak mümkündür: “...kabul etmek gerekir ki, çoğunluğun § 44'te isabetle vurguladığı gibi “ayrımcılığı kanıtlamak kolay değildir.”

*Başvuruca uygulananan idari para cezası işleminin ayrımcılıktan kaynaklanmadığını söylemek mümkünse de aynı şeyi başvuru kişinin polis merkezine götürülüp, bir saat kadar orada bekletilmesi veya alıkonulması uygulaması için söyleyemeyiz*²⁰.”

¹⁷ Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25/6/2014, § 114-115-116.

¹⁸ Cemal Duğan Başvurusu, Başvuru No: 2014/19308, 15.02.2017, § 47.

¹⁹ Cemal Duğan, § 59.

²⁰ Cemal Duğan, Engin Yıldırım'ın Karşılığı, § 6-7.

II. DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİNİN SINIRLANDIRILMASINDA ÜÇ AŞAMALI TEST VE ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

A. Kanunilik Testinde Din ve Vicdan Hürriyetinin Sınırlandırılmasına Getirilen Standartlar

Türk Anayasa Mahkemesi'nin, kanunun öngörülebilirliği konusunda belirlediği ilkeler için *Bülent Polat Başvurusu*'nu incelemek gerekir. Bu başvuruda başvuru, elektronik posta yazışmaları dikkate alınarak arkadaşlarıyla müstehcen içerik paylaşması sebebiyle subay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi nedeniyle özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Üstelik başvuruçunun elektronik postalarının inceleneceğini açıkça ifade eden bir kanun hükmü bulunmamaktadır; müdahale, 2937 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine dayandırılmıştır. Madde metni ise şu şekildedir: *"Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının Devlet istihbaratına ilişkin görevleri şunlardır:*

a) Kendi konularında;...3. İstihbarata karşı koymak."

Bu hüküm ışığında Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun elektronik postalarının incelenmesinin kanuni dayanağı olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme'ye göre *"Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerektiğini ve Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlemesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kurallarını saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakmasının yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağını kabul etmiştir (AYM, E.2014/133, K.2014/165, 30/10/2014). Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik kanuni düzenlemelerde, kanun koyucu tarafından temel esaslar, ilkeler ve çerçeve belirlendikten sonra diğer ayrıntıların düzenleyici işlemler ile belirlenebileceği kabul edilmiştir (Mehmet Koray Eryaşa, § 63).*

82. *"Belirlilik" ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir²¹.*

Anayasa Mahkemesi bu açıklamaların ardından belirlediği ilkeleri somut olaya uygulayarak şu sonuca varmıştır:

...TSK personelinin e-postalarının istihbarata ve istihbarata karşı koyma hassasiyeti çerçevesinde denetleneceğini açıkça düzenle(n)mediği görülmekle birlikte istihbarata karşı koymanın kamu kurum ve kuruluşlarının görevi olarak belirlendiği ve Genelkurmay Başkanının, istihbarat hizmetini Kuvvet Komutanlıkları ve bağlı kuruluşları aracılığıyla yürüteceği belirtilmekle bu konuda yetkilendirildiği anlaşılmaktadır. ...kuralın karmaşık olması ya da belirli

²¹ Bülent Polat Başvurusu, Başvuru No: 2013/7666, 10.12.2015, § 78, 82.

ölçülerde soyutluk içermesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. (Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 61).

Bu kapsamda ilgili kanuni düzenlemenin, söz konusu sınırlamaya ilişkin temel çerçeveyi ortaya koymakla birlikte özellikle uygulama koşulları ve prosedürel ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Ancak bu ihtimalde de söz konusu düzenleyici işlemin yine muhataplarınca ulaşılabılır olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması gerekmektedir (Halime Sare Aysal, § 62).

...14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-posta Sistemi Yönergesi (Yönerge) oluşturulmuştur. Bu Yönerge'yle sistemin görev dışı kullanımı, toplumsal ahlaka uygun olmayan resim, ses, görüntülü ve yazılı dosyaların gönderilmesi yasaklanmış; e-posta sistemini amacı dışında kullanan personel hakkında eylemi ayrı bir suç teşkil etmese dahi yasal işlem yapılacağı düzenlenmiştir.

... anılan Yönerge'nin, askerî personelin resmî e-posta hesabından gönderilen iletilerin denetlenebileceğine ilişkin yeterli açıklıkta hükümler içerdiği anlaşılmıştır. Söz konusu hükümlerin, gerek TSK personelinin görev bilgisayarları aracılığıyla ulaşabileceği intranet ortamında 14/5/2007 tarihinde yayımlanarak personele ilan edilmiş gerekse başvuruca imza karşılığı duyurulduğu dikkate alınarak başvuruca açısından yeterli derecede ulaşılabılır ve öngörülebilir olduğu kanaatine varılmıştır²².

Anayasa Mahkemesi, ilkesel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını tekrarlamıştır. Buna karşın Mahkeme'nin bu ilkeleri somut olaya uygularken hatalı değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. Bu değerlendirmeler ise ulaşılabılırlik ve öngörülebilirlik koşullarıyla alakalıdır. Öncelikli olarak kanunda yer alan *istihbarata karşı koyma* ifadesinin yeterince açık ve hukuken öngörülebilir bir çerçeve çizdiğini söylemek mümkün değildir. Bunun yanında kanunun dayandığı düzenleyici işlemlerin ulaşılabılırliğı konusunda sorun vardır. Bu hususlar karşıoyda şu şekilde belirtilmiştir: "...Genel Kurmay Başkanlığının e-posta denetim birimi oluşturulması emir içeriğinin yerine getirilmesine ilişkin emirde yer alan emrin imza karşılığı tebliğ esasına ilişkin hususların açıklığa kavuşturulmadığı ve hatta yukarıda değinilen son-raki tarihli ...aynı konudaki emirlerin imza karşılığı tebliğ edilmişliğı dikkate alındığında, idarenin internet ortamında sunumunun tebliğ koşulunu karşıladığı görüşüne katılma olanağı yoktur.

Hakkın kullanımına gelecek sınırlamada beklenen kanunilik unsuru, kanun ya da yetki veren hukuki düzenlemenin açık ve kesin öngörülebilirliğini aramakta ve hukuki güvenliğin tesisinde önemli olduğuna işaret etmektedir²³."

²² Bülent Polat, § 87-96'dan özetlenmiştir.

²³ Bülent Polat, Serruh Kaleli'nin Karşıoyu.

Bülent Polat Başvurusu'nda kamusal müdahalenin kanunilik şartını taşıdığına kanaat getirilmiştir. Çünkü 2937 Sayılı Kanun'un "*İstihbarata karşı koymak*." şeklinde bir ibare yer almaktadır. Buna dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemler silsilesi ile de başvuruçunun elektronik postalarına girilmesinde sorun yoktur. Şimdi yeri gelmişken Anayasa Mahkemesi'nin benzer bir başka başvurudaki çok ilginç kararını bu değerlendirme ile kıyaslamak gerekir. Bu başvuru *B.S. Başvurusu*'dur.

B.S. Başvurusu, dini inanç gereği başörtüsü kullanılması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarılmanın din özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Başvuru bu gerekçeyle devlet memurluğundan çıkarılmış, daha sonra disiplin affi ile başka bir kamu kurumunda çalışmaya başlamış, ancak eski kurumuna iadesi için yaptığı başvuru reddedilince dava açmış ve başvuru yollarını tükettikten sonra konuyu Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır. Böylece Anayasa Mahkemesi de doğal olarak başvuruçunun din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin önce kanuniliğini ve meşru amaçla yapılıp yapılmadığını sonra da ölçülülüğünü değerlendirmek zorunda kalmıştır.

Anayasa Mahkemesi, yaptığı değerlendirmede önce kamu kurumlarında uygulanan başörtüsü yasağının kanuni olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme'nin değerlendirmesi şu şekildedir: "*...başörtüsü yasağı Yönetmelik'in 5. maddesindeki -olay tarihinde yürürlükte olan- "Kadınlar; ...görev mahallinde baş daima açık ... olur."* şeklindeki düzenlemeye dayandırılmıştır.

... 657 sayılı Kanun'un ek 19. maddesinde yer alan "Devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetindedirler" şeklindeki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde Yönetmelik'teki düzenlemenin bir dayanağının ... 657 sayılı Kanun'un ek 19. maddesi olduğu söylenebilir.

Ancak ek 19. maddenin yürütme ve idareye devlet memurlarının kılık ve kıyafetlerini belirleme konusunda oldukça kapsamlı bir yetki verdiği ve bu yetkinin sınırı konusunda herhangi bir hüküm içermediği dikkate alındığında başvuruçuya yönelik müdahalenin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığı konusunda ciddi tereddütler söz konusudur²⁴.

Yukarıda belirtilen kararda yer alan gerekçe oldukça ilginçtir. *Bülent Polat Başvurusu*'nda temel hakka müdahalenin kanunilik şartına kanaat getiren Mahkeme, bu sefer kanunun verdiği yetkinin kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğunu ifade etmektedir. Madem öyledir; o zaman Anayasa Mahkemesi'nin de müdahalenin kanunilik şartını taşımadığını belirterek yargılamayı orada sonlandırması ve temel hakkın ihlal edildiğine karar vermesi gerekir. Ancak Anayasa Mahkemesi şunu tercih etmiştir: "*Anayasa Mahkemesi bu başvuruda,*

²⁴ B.S. Başvurusu, Başvuru No: 2015/8491, 18.07.2018, § 85-87.

müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu konusunda aşağıda yaptığı değerlendirmeleri nazara alarak müdahalenin kanuniliği konusunda nihai bir sonuca varmayı gerekli görmemektedir²⁵."

Anayasa Mahkemesi'nin *Bülent Polat Başvurusu* ile *B.S. Başvurusu*'nda yaptığı değerlendirmelerin karşılaştırılmasından çıkan sonuç, bir mahkemenin karar verirken ortaya koyduğu ilkeler konusunda ne kadar hassas olması gerektiğini de gösterir niteliktedir. Anayasa Mahkemesi, bu başvurulardan birincisinde yaptığı değerlendirmeyi, ikinci başvuruda o kadar da net bir biçimde ortaya koyamamıştır. Bunu yapamadığı gibi, içtihadını değiştirerek birinci başvurunun tersine bir değerlendirmede yapamamıştır. Tüm bunlar yerine, kendisine Anayasa ile temel hakka kanuni bir müdahale olup olmadığını belirleme görevi verilen bir mahkeme, ciddi tereddütlerin varlığından bahsetmiş, ardından da *müdahalenin kanuniliği konusunda nihai bir sonuca varmayı gerekli görmemiştir*. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda en kısa zamanda net bir standart ortaya koyarak tereddütleri gidermesinde fayda vardır.

B. Din ve Vicdan Hürriyetinin Sınırlandırılmasında Ölçülülük Kriteri: Faydacılığa Bir Göz Kırpma

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde orantılılık ilkesinin en sorunlu olduğu alanlardan biri, din ve vicdan özgürlüğü olmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi de dengeleme konusunda en ayrıntılı içtihatlarından birini daha önce de konu edilen *Esra Nur Özbey Başvurusu*'nda vermiştir. Bu başvuruda başvuru, inancı nedeniyle giydiği pardösüsünü adliye kapısında çıkartmaya zorlanması nedeniyle din ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme'nin tartıştığı ilk sorun, tıpkı *Otto-Preminger-Institut Davası*'nda olduğu gibi dinsel duyguların din ve vicdan özgürlüğü kapsamında olup olmadığıdır. Mahkeme'ye göre " *Demokratik ve çoğulcu laiklik anlayışının kabul edildiği toplumlarda inanç, düşünce ve hayat tarzları birbirleriyle çatışan insanların barışçıl biraradalığını ve toplumda her türlü inancın kendisini ifade edebileceği çoğulcu bir ortamı sağlamak olanağı vardır. Bu olanak din ve vicdan özgürlüğünün "inançlıların dinsel duygularına saygı gösterilmesi hakkı"nı doğurmaktadır²⁶.*" Anayasa Mahkemesi, böylelikle önce hakkın kapsamını tespit etmiş ve dinsel duyguların bu kapsamda değerlendirileceğini ifade etmiştir. Bunun ardından da yapılması gereken dengelemeyi şu şekilde belirtmiştir: " *Somut olayda çözümlenmesi gereken mesele, başvuruçunun din ve vicdan özgürlüğüne saygı gösterilmesi hakkı ile "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" ve "kamu düzeninin sağlanması" için yapılan güvenlik araştırmasında başvuruçunun kıyafetini çıkartmaya zorlanması arasında meydana*

²⁵ B.S., § 88.

²⁶ Esra Nur Özbey, § 87.

*gelen ve birbiriyle çatışmalı menfaatlerin ağırlıklarının tartılması hususunu içermektedir*²⁷.”

Anayasa Mahkemesi'nin *Esra Nur Özbey Başvurusu*'nda yaptığı dengelemenin, etik açıdan hak temelli bir deontolojiye dayandığını söylemek mümkündür. Ancak Mahkeme'nin söz konusu tutumunun istikrarlı olduğu söylenemez. Daha önce de belirtildiği gibi, *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*'nda, son derece öznel değerlendirmeler neticesinde terazinin kefeleri gerektiği gibi doldurulamamıştır. *Esra Nur Özbey Başvurusu*'nda pardösü giymeyi dinsel duygular içinde değerlendiren ve bunu kamu yararı ile dengelemeye girişen Anayasa Mahkemesi, *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*'nda vejetaryenliği bu kapsamda değerlendirmemiş, bu sebeple terazinin bir kefesine din ve vicdan özgürlüğünü koymamıştır²⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen iki kararı birlikte değerlendirildiğinde ortaya tehlikeli bir sonuç çıkmaktadır: Orantılılık değerlendirmesi, Tsakyrakis'in belirttiği gibi aslında hakimlerin tarafsızlık maskesi altına gizledikleri dünya görüşlerini yansıtan öznel değerlendirmelere dayanmaktadır²⁹. Çünkü Mahkeme hakimleri, *Esra Nur Özbey Başvurusu*'nda temel hakkın ihlal edildiğine zaten karar vermişler, bunu da orantılılık – adil denge değerlendirmesi ile haklılaştırmışlardır. Halbuki *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*'nda, vejetaryenliği din ve vicdan özgürlüğü kapsamında görmediğinden Mahkeme'nin orantılılık – adil denge değerlendirmesini kullanmasına da gerek kalmamıştır.

Hemen itiraz edilebilir: *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*'ndaki mesele, bir orantılılık meselesi değil, temel hakların kapsamına ilişkin bir meseledir. Bu sebeple belirtilen başvurunun *Esra Nur Özbey Başvurusu* ile orantılılık değerlendirmesi açısından kıyaslanması gerekmez. İşte eleştirilerin odaklandığı husus budur. *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*'ndaki mesele, bir orantılılık meselesi olmadığı gibi *Esra Nur Özbey Başvurusu*'nda da orantılılığa ilişkin bir mesele yoktur. Tüm mesele, bir hususun temel hak ve özgürlükler kapsamına girip girmediğidir. Temel hak yargılamasında da zaten hakimler, esas olarak bu tartışmayı yapmakta, ancak kendi görüşlerini adil denge maskesi altına gizlemektedirler. Böylece gerçek sorun tartışılmamaktadır; halbuki yapılması gereken temel haklar konusunda fikir farklılıklarını açıkça ortaya koymak ve bunları dürüstçe tartışmaktır³⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin *D.Ö. Başvurusu ve D.Ö. (4) Başvurusu*'nda yine din ve vicdan özgürlüğü ile maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştiri-

²⁷ Esra Nur Özbey, § 88.

²⁸ Şehmus Özsubaşı, § 37.

²⁹ Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, (7) 3, 2009, s. 491.

³⁰ Tsakyrakis, *Proportionality*, s. 491.

rilmesi hakkı arasında dengeleme yapılmıştır. Bu dengelemeye konu olan olaylarda Anayasa Mahkemesi'nin hak temelli deontoloji yaklaşımından faydacılık temelli bir anlayışa kaydığı da görülmektedir. Her ikisi de aynı kişi tarafından yapılan bu başvurularda başvuru, birinci başvuruda sabah ezanının yüksek sesle okunmasının; ikincisinde ise Ramazan ayında gece vakti davul çalınmasının özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

D.Ö. Başvurusu'nda Anayasa Mahkemesi, dengelemeyi şu şekilde yapmıştır: "...rahatsız olan bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile çoğunluğun inancının bir gereği olan, inananları namaza çağırma niteliği taşıyan ezanın sesinin kamusal alana verilmesi konusunda toplumun menfaatinin dengelenmesi söz konusudur. Bu menfaatlerin demokratik toplumlarda çoğulculuk ve hoşgörü temelinde dengelenmesi gerektiği açıktır."

...

...demokratik hoşgörü ve çoğulculuk, toplumun büyük çoğunluğunun inancı doğrultusunda bazı uygulamalara izin verilmesini kaçınılmaz kılmakta ve bir arada yaşamının getirdiği bu tür kültürel ve dini uygulamalara belli ölçüde tahammül etme yükümlülüğü doğurmaktadır. Fakat bu yükümlülük, uygulamaların bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ihlal edecek boyuta ulaşmasına ve katlanılamaz bir yük teşkil etmesine izin verilmesi anlamına gelmemelidir³¹."

D.Ö. (4) Başvurusu'nda Anayasa Mahkemesi bu sefer, Ramazan ayında gece vakti davul çalınmasını değerlendirmiştir. Bu değerlendirmesinde de Mahkeme şu ifadeleri kullanmıştır: "Başvurucu, yaşadığı toplum tarafından gelenek olarak kabul edildiği şekliyle davul sesine maruz kalmaktadır. Sesin gece uyku saatlerinde oluşması nedeniyle başvurunun yaşam kalitesinin etkilendiği tartışmasızdır. Ancak maruz kalınan sesin ortalama bir insanda oluşturacağı etkinin ve sese maruz kalma süresinin kural olarak katlanılmayacak boyuta eriştiğini söylemek güçtür."³²

Anayasa Mahkemesi'nin her iki kararında başvurunun, İslam dininin Sünni mezhebinin dini ritüel ve ayinlerine katılmaya zorlanması sebebiyle din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia ettiği görülmektedir. Ancak Mahkeme, her iki başvuruda da başvurunun din ve vicdan özgürlüğü bağlamında bir değerlendirme yapmamış, onun yerine başvurunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile "çoğunluğun" din ve vicdan özgürlüğü arasında bir dengeleme yapmıştır. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin, söz konusu olayı, başvurunun din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirmeyerek maddi ve manevi varlığın korun-

³¹ D.Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2014/3977, 30.06.2016, § 45, 51.

³² D.Ö. Başvurusu (4), Başvuru No: 2014/3735, 12.06.2018, § 45.

ması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında görmesi isabetlidir. Çünkü Mahkeme'nin de tespit ettiği gibi *"ibadete katılmayacak veya katılsa dahi davul çalınarak uyandırılmak istemeyen bireylerin bu şekilde uyandırılması, ses yüksekliğiyle ilgili olup uyandırılma olgusu, tek başına ibadete zorlama olarak değerlendirilemeyecektir"*.³³

Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi ile özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını değerlendirmeye alarak hakkın kapsamını isabetle belirlemiştir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirmede gerekçesini, *"çoğunluğun"* din ve vicdan özgürlüğüne dayandırması faydacı bir değerlendirmedir. Halbuki burada değerlendirilmesi gereken husus, özgül bir dini ibadet için yöre sakinlerinin maruz kaldığı gürültü kirliliği miktarının meşru olup olmadığının belirlenmesidir. Burada yapılacak değerlendirmede çoğunluğun bu ibadete katılıp katılmaması önemli olmayıp, yapılması gereken başkalarının din ve vicdan özgürlüğünün neden başvuruçunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi ile özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına tercih edildiğini açıklamaktan ibaret olmalıdır.

SONUÇ

Din ve vicdan hürriyeti, doğal hak öğretisine de kaynaklık eden ve kişisel özerklik nosyonunun en belirgin olduğu temel hak ve hürriyetlerden biridir; bu yönüyle bu hürriyetin temel hak ve hürriyetlere kaynaklık eden değer ve ilkelerle yakın ilişkide olduğunu söylemek mümkündür. Bir ülkede devletin din ve vicdan hürriyetine yaklaşımı, o ülkenin temel hak ve hürriyetler konusundaki gelişmişlik düzeyi hakkında önemli ipuçları sunar. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yaklaşımı da Türkiye için bir turnusol kağıdı işlevi görür.

Anayasa Mahkemesinin din ve vicdan hürriyetine yaklaşımı, stratejik bir karar alma modelini benimsediğini göstermektedir. Bu model, mahkemelerin yalnızca kurumsal-hukuksal saik gözeterek veya yalnızca kendi ideolojik konularına göre karar verdikleri varsayımlarını reddetmiştir. Bu yaklaşıma göre mahkemeler, kendi ideolojik pozisyonlarını göz önüne alır; ama aynı zamanda içinde buldukları kurumsal kısıtlara göre hareket ederler.³⁴ Stratejik karar alma modelinin üzerine inşa edildiği temel de budur. Buna göre hakimlerin (ve mahkemelerin) kararları, iki uçta yer alan bileşenlerin çekimi tarafından belirlenir: Bunlar, hakimnin belli bir şekilde karar vermesi gerekti-

³³ D.Ö. Başvurusu (4), § 36.

³⁴ Keith E. Whittington, "Once More Unto the Breach: Post-Behavioralist Approaches to Judicial Politics Reviewed Work(s): Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches by Cornell W. Clayton and Howard Gillman; The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations by Howard Gillman and Cornell Clayton", *Law & Social Inquiry*, Cilt. 25, No. 2 (Bahar, 2000), s. 619.

ğine yönelik kendi düşüncesi ile bu karara siyasal sistemden gelecek sınırlandırıcı tepkidir.³⁵

Anayasa Mahkemesinin din ve vicdan özgürlüğüne yönelik benimsediği stratejik yaklaşım, Mahkemenin içtihadında din ve vicdan hürriyetinin kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde çelişkili bir tutumu beraberinde getirmiştir. Esra Nur Özbey Başvurusu'nda adliye girişinde pardösüsünü çıkartmaya zorlanan başvurucunun başvurusunu din ve vicdan hürriyeti kapsamında görmüştür. Mahkemenin Şehmus Özsubaşı Başvurusu'nda ilk başvurudaki kadar cömert olmadığı, vejetaryenlik tercihinin bir inanç veya kanaat ile ilgisinin kurulamamış olmasından ötürü din ve vicdan hürriyeti kapsamında değerlendirmedeği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Bülent Polat Başvurusu'nda müphem bir kanuni düzenlemeye dayanılarak çıkarılan talimatnamenin kanunilik kriterini karşıladığı yönünde karar vermiştir. Başörtüsü sebebiyle devlet memurluğundan çıkarılan ve daha sonra geri dönen, fakat aynı kuruma alınmayan B.S. Başvurusu'nda ise kanun ve buna dayanan açık yönetmelik hükmünün varlığına rağmen müdahalenin kanuna dayanıp dayanmadığı konusunda değerlendirme yapmaktan kaçınmıştır. Bu durum, Anayasa Mahkemesinin çifte standart olarak gösterilebilecek stratejik bir yaklaşımı benimsediğini göstermektedir.

D.Ö. Başvurusu'nda Anayasa Mahkemesi, “... rahatsız olan bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile çoğunluğun inancının bir gereği olan, inananları namaza çağırma niteliği taşıyan ezanın sesinin kamusal alana verilmesi konusunda toplumun menfaatinin dengelenmesi söz konusudur.” şeklinde değerlendirme yaparak sayısal çoğunluğun din ve vicdan hürriyetini koruyan faydacı bir yaklaşıma göz kırpmıştır.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen çelişkili tutumu, Mahkemenin din ve vicdan hürriyetinin belli bazı vechelerini ön plana çıkardığını, belli konularda ortaya koyduğu standartlarına istikrarlı bir yaklaşım kazandırmakta zorlandığını göstermektedir. Bununla birlikte bu durumun bir netice olduğunu, bu neticeyi doğuran toplumsal tazyiklerin Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına şekil verdiğini söylemek gerekir. Yine de Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu standartları istikrarlı bir biçimde uygulamasını talep etmek Türkiye'de hukuki güvenlik ilkesinin sağlanması açısından elzem olup, yargısal içtihatlar oluşturulurken bu hususa azami dikkat gösterilmesi hukuk devleti açısından bir zorunluluktur.

³⁵ Keele, Denise and Malmsheimer, Robert W., “A Strategic Model of Judicial Behavior in the Lower Federal Courts (June 28, 2010)”. 5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Erişim: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1631829>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1631829>, s. 5.

KAYNAKÇA

- Ağırbaşı, Şennur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 101, (2012)
- Baş, Sezgin, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Din ve Vicdan Hürriyeti", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022/1.
- Demir, Hande Seher, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü* (Ankara: Adalet Yayınevi,) 2011.
- Jellinek, Georg, *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine: Modern Anayasa Tarihine Bir Katkı*, (Çevirenler: Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger, Pinhan Hukuk Yayınları), 2017.
- Keele, Denise and Malmsheimer, Robert W., "A Strategic Model of Judicial Behavior in the Lower Federal Courts (June 28, 2010)". *5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*. Erişim: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1631829>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1631829>
- Lavrysen, Laurens, "The Scope of Rights and the Scope of Obligations", *Shaping Rights in the ECHR: The Role of The European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, (Eds: Eva Brems, Janneke Gerards), Cambridge University Press, 2013.
- Şirin, Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, (İstanbul, Oniki Levha Yayınları), 2015.
- Şirin, Tolga; Duymaz Erkan; Yıldız, Deniz, *Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları), 2016.
- Tsakyarakis, Stavros, "Proportionality: An Assault on Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, (7) 3, 2009
- Vural, Hasan Sayim, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı* (32), 2015.
- Whittington, Keith E., "Once More Unto the Breach: Post-Behavioralist Approaches to Judicial Politics Reviewed Work(s): Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches by Cornell W. Clayton and Howard Gillman; The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations by Howard Gillman and Cornell Clayton", *Law & Social Inquiry*, Cilt. 25, No. 2 (Bahar, 2000).
- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararları**
- B.S. Başvurusu, Başvuru No: 2015/8491, 18.07.2018.
 - Bülent Polat Başvurusu, Başvuru No: 2013/7666, 10.12.2015
 - Cemal Duğan Başvurusu, Başvuru No: 2014/19308, 15.02.2017.

- D.Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2014/3977, 30.06.2016.
- D.Ö. Başvurusu (4), Başvuru No: 2014/3735, 12.06.2018.
- Esra Nur Özbey Başvurusu, Başvuru No: 2013/7443, 20.5.2015.
- Sabah Yıldızı Radyo Başvurusu, Başvuru No: 2014/12727, 25.05.2017.
- Şehmus Özsubaşı Başvurusu, Başvuru No: 2013/2582, 03.03.2016.
- Tahir Canan Başvurusu, Başvuru No: 2012/969, 18.09.2013.
- Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25/6/2014.

RUSYA-UKRAYNA SAVAŞI DAİRESİNDE ULUSLARARASI HUKUK MESELELERİ

*Hakkı Hakan ERKİNER**

GİRİŞ

21 Şubat 2022'de Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin, 2014'te Ukrayna'nın doğusunda Rusya yanlısı bölücü-ayrılıkçıların Ukrayna topraklarında oluşturdukları iki fiili (de facto) yönetim olan Donetsk ve Lugansk Halk Cumhuriyetlerinin bağımsızlığını tanıyan kararnameyi Kremlin Sarayı'nda imzaladı. Hemen sonrasında Rusya Devlet Başkanı Putin Rus Ordusu'na Donetsk ve Lugansk Cumhuriyetlerinde barışın korunması talimatını verdi. Böylelikle Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin 2015 yıl ve 2202 sayılı kararında kabul edilen Minsk Anlaşmaları çiğnendi. Putin, 24 Şubat'ta Ukrayna'ya karşı Rusya'nın Özel Askeri Operasyon adını verdiği silahlı saldırıyı başlattı. BM Antlaşması madde 2/4'ün getirdiği uluslararası hukukun emredici bir kuralı, başka bir ifade ile *jus cogens* norm olan kuvvet kullanma yasağının ihlali olan bu silahlı saldırıyı Rusya Devlet Başkanı dört başlıkta belirtilebilecek gerekçelere dayandırmaya çalıştı. Bunlar şu şekilde sıralanmaktadır: 1. Ukrayna, Rusya için bir silahlı saldırı tehdididir; 2. Ukrayna Donbas'ta soykırım yapıyor; 3. Ukrayna'da Neo-Nazi Rejimi var; 4. Ukrayna tarihsel olarak Rusya'nın parçasıdır. Uluslararası Hukuk anılan bu olay karşısında Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku ve Uluslararası Sorumluluk Hukuku mekanizmaları ile hukuki reaksiyon verecek olan bir normatif sistemdir. Etkinliği ve işlevselliği irdelenecek olsa da irdelenmeye gerek olmayan aşikâr husus meşruiyet iddialarının ve gayrimeşruluk ithamlarının Uluslararası Hukukun kavram, müessese ve mekanizmaları ile yapılıyor olduğudur. Bu nedenle Rusya tarafından ileri sürülen savların Uluslararası Hukuka göre meşru savlar mı yoksa gayrimeşru savlar mı olduğunun tespiti devletlerarasındaki meşruiyet mücadelesinin bilimsel olarak aydınlatılması için elzemdir. Bu bağlamda Rusya'nın savları Uluslararası Hukukun şu kavram ve müesseseleri ile ilişkilidir: Rusya'nın birinci savı ile ilgili olarak, kuvvet kullanma yasağı, kuvvet kullanma tehdidi, silahlı saldırı, yakın bir tehlike, olması muhtemelen bir tehlike, olması muhtemelen bir tehlike, meşru müdafaa hakkı, kuvvet kullanma yetkisi; Rusya'nın ikinci savı ile ilgili olarak, self-determinasyon yani

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: herkiner@marmara.edu.tr.

kendi kaderini tayin hakkı, sömürge yönetimi, soykırım, bağımsızlık; üçüncü sav ile ilgili olarak, iç işlerine karışma yasağı; dördüncü sav ile ilgili olarak, egemenlik, toprak bütünlüğü, *jus cogens* norm, *erga omnes* yükümlülük. Hemen ilk sav için örneğin şu tespiti sunalım: Uluslararası Hukukta kuvvet kullanma yasağının istisnası gene BM Antlaşması 51. maddede düzenlenen meşru müdafaa hakkıdır. Bu hakkı doğuran olay silahlı bir saldırıya uğramış olmasıdır. Kolektif meşru müdafaa hakkı da vardır. Bununla birlikte henüz olmamış fakat olması muhakkak yakın ve ciddi bir silahlı saldırı tehdidinde karşı da meşru müdafaa hakkı devletlerin kabul ettiği ve uyguladığı uluslararası teamül hukuku kuralı olarak mevcuttur. Buna rağmen henüz olmamış fakat olacağı muhakkak olmayan muhtemel bir silahlı saldırıya karşı ön alıcı meşru müdafaa hakkı devletler tarafından kabul edilmiş ve uygulanan uluslararası teamül hukukunda reddedilmektedir. Rusya'nın dayandığı Ukrayna'nın bir silahlı saldırı tehdidi oluşturması olsa olsa ancak muhtemel bir silahlı saldırı tehdididir ve Rusya'nın buna karşı meşru müdafaa hakkına dayanma olanağı hukuken yoktur.

Rusya-Ukrayna Savaşı dairesinde uluslararası hukuk meseleleri çeşitlidir ve bir dizi alt başlık ile sıralanmalıdır. Bu mesele başlıkları şunlardır: 1. Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından Rusya-Ukrayna Savaşı gerekçesi ile uygulanması; 2. Uluslararası Hukuk ve Ukrayna'nın NATO üyeliğine kabulü meselesi; 3. Meşru müdafaa'nın Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukukunda bir hak (BM Antlaşması m. 51) ve Uluslararası Sorumluluk Hukukunda bir hukuka uygunluk nedeni (A/RES/56/83 m. 21 ve m. 26) olması ve somut olaya uygulanması; 4. BM Güvenlik Konseyi'nin felç olmasının nedeni ve sistemin böyle tasarlanmış olması; 5. Felç olan Uluslararası Barış ve Güvenlik Sistemi karşısında çalışan Uluslararası Sorumluluk Hukuku mekanizması; 6. Rusya'ya karşı uygulanan karşı-önlemlerin arkasındaki Uluslararası Sorumluluk Hukuku ve A/RES/56/83 m. 40 ve m. 41; 7. 26 Şubat 2022 tarihinde Ukrayna'nın Rusya'ya karşı 1948 tarihli Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme'nin ihlali iddiasıyla Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) yaptığı başvuru ve UAD'nın 16 Mart 2022 tarihinde verdiği geçici önlemler kararının irdelenmesi; 8. BM Güvenlik Konseyi daimi üyesi Rusya'ya karşı ve genel olarak bir daimi üyeye karşı UAD kararlarının BM Antlaşması m. 94/2'ye göre uygulanmasının olanaksızlığı; 9. Deniz mayınlarından doğan sorumluluk durumu; 10. Barış görüşmeleri ve İstanbul barış görüşmelerinde ulaşılan aşamanın sabote edilmesi; 11. Savaş suçları ve gerçek kişilerin uluslararası cezai sorumluluğu ile devletin uluslararası haksız fiilden (uluslararası hukuka aykırı eylemden) doğan uluslararası sorumluluğu, mevcut an ve durumda ortaya çıkmış olan uluslararası hukuk meseleleridir. Anılan başlıklar tüketici bir sayım olmamakla birlikte meseleye ilişkin belli başlı uluslararası hukuk konularını büyük ölçüde belirtmektedir.

Savlara geri dönersek iki farklı bakış açısından bu savların ele alınması gerektiği kanaatindeyim. Bu iki bakış açısından birincisi barış ve güvenlik hukuku açısından meselenin ele alınmasıdır. İkinci bakış açısı ise uluslararası sorumluluk hukuku açısından meselenin irdelenmesidir. Nitekim eldeki çalışmanın devamında önce Uluslararası Barış Ve Güvenlik Hukuku Ve Rusya-Ukrayna Savaşı ve sonra Uluslararası Sorumluluk Hukuku Ve Rusya-Ukrayna Savaşı başlıkları altında konu incelenmektedir.

I. ULUSLARARASI BARIŞ VE GÜVENLİK HUKUKU VE RUSYA-UKRAYNA SAVAŞI

2014'te Rusya yanlısı ayrılıkçılar Ukrayna topraklarında Donetsk Halk Cumhuriyeti, Luhansk Halk Cumhuriyeti isminde iki ayrı fiili yönetim oluşturdu. 15 Şubat 2022'de Rusya Parlamentosunun alt kanadı Devlet Duması, Ukrayna'nın doğusundaki Rusya yanlısı ayrılıkçıların kurduğu fiili yönetimlerin tanınması için Rusya devlet başkanı Vladimir Putin'e çağrıda bulundu ve Kremlin'e bu kararını gönderdi. 21 Şubat 2022'de Putin, "Kiev yönetiminin Donbas'ta askeri karar dışında hiçbir kararı tanımadığını" belirtti. Bu bağlamda, "Donetsk Halk Cumhuriyeti ve Luhansk Halk Cumhuriyeti yönetiminin bağımsızlıklarını bir an önce tanımak için çok geç kalınmış bir kararı almayı gerekli görüyorum" dedi.¹ Devamında Putin, Kremlin Sarayında de facto Donetsk Halk Cumhuriyeti ve Luhansk Halk Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını tanıyan kararnameyi imzaladı. Bu fiili oluşumların temsilcileri ile de bu yönetimler adına, Rusya arasında dostluk ve işbirliği anlaşmaları imzaladılar. Uluslararası hukukta antlaşma imzalamak tanıma anlamına gelir. Bir devlet başka bir de facto devlet ile uluslararası antlaşma imzaladıysa artık onu egemen sayıyor, uluslararası hukukta bir süje sayıyor demektir. Uluslararası antlaşma imzalamak de jure tanımadır. Hemen sonrasında, Putin, Rus ordusuna, Donetsk-Luhansk Cumhuriyetleri'nde barışın korunması talimatını verdi. Böylelikle esasında BM Güvenlik Konseyi'nin 2015 yıl ve 2202 sayılı kararında kabul edilen Minsk Anlaşmaları çiğnendi. Bunun öncesinde, 15 Şubat 2022'de Putin Almanya Başbakanı ile yaptığı uzun görüşmenin ardından, Alman Başbakanı'na: "Minsk Anlaşmalarını çiğneyen esasında Ukrayna'dır." demişti.²

NATO'nun genişlememesi, ittifakın 1997 yılına göre geri çekilmesi ve Rusya sınırları yakınlarından saldırı sistemlerinin kaldırılması taleplerini Putin ileri sürüyordu. Sovyetler Birliği dağıldıktan sonra gerçekten de 14 Doğu Avrupa devleti NATO'ya üye oldu. Bunların dördünün Rusya ile doğrudan sınırı vardır. Ukrayna'ya da 2008'de NATO tarafından bir üyelik olasılığı kendisine sunuldu ama Moskova'nın büyük tepkisi neticesinde, Ukrayna ile

¹ Hakkı Hakan Erkiner, "Söyleşi: Rusya-Ukrayna Savaşı", H+ Dergi, Hukuk Akademisi Eğitim ve Yayıncılık, Sayı 10, 2022, ss. 18-27.

² Hakkı Hakan Erkiner, "Söyleşi: Rusya-Ukrayna Savaşı", ss. 18-27.

olan NATO üyelik süreci donduruldu. NATO, Doğu Avrupa'daki üyelerinde lojistik hazırlık kararı aldı. Fakat NATO'nun bu adımları 2014'te Rusya'nın Kırım'ı topraklarına katması yani ilhak etmesinden sonra alındı. 1997'de gerçekten de Rusya ile NATO arasında imzalanan güvenlik senedine göre, NATO yeni üyelerde savaşçı birlikler yerleştirmeyecekti. NATO, 2014'te Kırım'ın yutulması üzerine Baltık ülkeleri ile Polonya'da 4 savaş taburu konuşlandırdı fakat bu 4 taburun toplamı esasında 5 bin askerdir. Karşısında, normal şartlarda sıcak savaş düzenine geçmemiş bir Rus ordusunun 850 bin askeri vardır. NATO'nun orada 4 savaş taburu, 5 bin askeri var. Esasında bu Kırım'ın ilhaka karşı sembolik bir reaksiyon.³

Putin 24 Şubat'ta askeri operasyon emrini verdi. Rusya Devlet Başkanı Putin'in söylemlerinden hareketle Rusya Federasyonu'nun 24 Şubat 2022 tarihinde Ukrayna karşı başlattığı askeri operasyonu dört zemin üzerinde temellendirdiği söylenebilir. Bunlardan birincisi Ukrayna topraklarından Rusya karşı bir tehdidin mevcudiyetidir. Rusya Ukrayna'nın muhtemel NATO üyeliğinin ve Rusya'ya karşı izlediği muhtelif politikaların Rusya'nın toprak bütünlüğü, egemenliği ve siyasi bağımsızlığı için tehdit olduğunu iddia etmiştir. Söz konusu iddialardan ikincisi ise Ukrayna'nın Donetsk ve Luhansk idareleri altında yaşayan Rus azınlığa karşı soykırım yaptığı iddiasıdır. Rusya Ukrayna'ya karşı başlattığı askeri operasyonun uluslararası hukuk bağlamında temellendirirken üçüncü bir sav olarak Ukrayna'da Neonazi rejiminin varlığını öne sürmüştür. Temellendirmenin dördüncü gerekçesini ise Rusya'nın Ukrayna üzerinde tarihi haklarının olduğunu öne sürüşü oluşturmuştur.⁴

Savlara geri dönersek iki farklı bakış açısından bu savların ele alınması gerektiği kanaatindeyim. Bu iki bakış açısından birincisi barış ve güvenlik hukuku açısından meselenin ele alınmasıdır. İkinci bakış açısı ise uluslararası sorumluluk hukuku açısından meselenin ele alınmasıdır. Barış ve güvenlik hukuku açısından meseleyi ele alırken bakmamız gereken yer kuvvet kullanma yasağıdır. Bu, *jus cogens* kurala dayanan *erga omnes* bir yükümlülüktür. Ancak bir hakka dayanmak suretiyle böyle bir yükümlülüğün kurtulunabilir. Burada, Rusya Devlet Başkanı açıklamasında Rus Devleti'ne karşı tehdit olduğunu dolayısıyla BM şartının 51'inci maddesinde yer alan meşru müdafaaya dayanarak Ukrayna topraklarına olan askeri operasyonlarını başlattıklarını ifade etmiştir. Buradaki meşru müdafa iddiasını incelediğimizde Rusya'nın bile mevcut bir saldırıdan bahsetmediğini görüyoruz. İki durumda uluslararası hukukta meşru müdafaaya izin vardır. Bunlar saldırının mevcut olduğu durum ve saldırının gerçekleşeceğinin muhakkak olduğu durumdur. Saldırının gerçekleşeceğinin muhakkak olması demek kaçınılmaz olması demektir. Bunun ötesi ön alıcı meşru müdafaadır ve devletler tarafın-

³ Hakkı Hakan Erkiner, "Söyleşi: Rusya-Ukrayna Savaşı", ss. 18-27.

⁴ Hakkı Hakan Erkiner, "Söyleşi: Rusya-Ukrayna Savaşı", ss. 18-27.

dan kabul görmemektedir. Rusya'nın iddiasına baktığımızda ne mevcut bir saldırı ne de muhakkak bir saldırıdan söz edebiliriz. Rusya'nın bu iddiası dayanaksız bir iddiadır. Ön alıcı meşru müdafaa hukuki değildir.

A. ULUSLARARASI HUKUKTA SALDIRIYA İLİŞKİN YÜRÜRLÜKTEKİ KURALLARIN BELİRLENMESİ

BM Şartı madde 2/4, “Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek BM’in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar.” kuralını koymuştur.⁵ Yürürlükteki uluslararası hukukta kuvvet kullanmak ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak yasaktır; ancak uluslararası hukukta, sömürge idaresi altındaki halkların bağımsızlıklarını kazanarak kendi kaderlerini tayin etme diğer bir ifadeyle *self-determination* haklarına kavuşmaları için mücadele etmeleri ve bağımsızlık savaşı vermeleri, kuvvet kullanma yasağının dışında kabul edilmiştir.⁶

1. Kuvvet Kullanma Yasağı Ve Kuralın Self-Determinasyon Hakkı İle Birlikte Değerlendirilmesi

Self-determinasyon (kendi kaderini/geleceğini tayin etme - *self-determination*) ilkesi, BM Genel Kurulu'nun 1514 (XV) sayılı ve 14 Aralık 1960 tarihinde almış olduğu bir karar olan Sömürge Yönetimi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlıklarının Verilmesine İlişkin Bildiri'de yer aldı;⁷ BM Genel Kurulu kararlarının genel niteliği olduğu üzere hukuki bağlayıcılık olmadan tavsiye niteliğindeki 1960 tarihli anılan bildiri devletlere, kolonilerin kendi egemenliklerini elde etme haklarının tanınması çağrısında bulundu.⁸

Anılan bildiride, “*millî ülkelerin bütünlüğüne saygı gösterilmesi*” nin de temel ve esas bir husus olduğu beyan edilmektedir.⁹ *Self-determinasyon* talepleri ile Batılılar tarafından sömürgeleştirilmiş bir biçimde Batılı devletlerin bilhassa deniz aşırı koloni idaresi altında yaşayan ülkeler, özellikle 1960'lı yıllardan itibaren dekolonizasyon (koloni idaresine son verilmesi ve egemenliğin/bağımsızlığın kazanılması) süreçleri ile post-kolonyal (koloni sonrası) devletler olarak uluslararası hukukta varlık sahasına çıkmışlardır.¹⁰

⁵ http://www.uhdigm.Adâlet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_01.pdf (30.08.2022).

⁶ Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa*, Seçkin, Ankara, 2020, s. 63.

⁷ Sömürge Yönetimi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlıklarının Verilmesine İlişkin Bildiri; http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/SOMURGE.pdf (30.08.2022). Ayrıca bkz. Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa*, ss. 64-68.

⁸ Malcolm N. Shaw, çeviri editörü İbrahim Kaya, çev. Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek, *Uluslararası Hukuk*, TÜBA, 2018, s. 27.

⁹ Sömürge Yönetimi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlıklarının Verilmesine İlişkin Bildiri; http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/SOMURGE.pdf (30.08.2022).

¹⁰ Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, s. 158, 195.

Bu doğrultuda uluslararası hukukta *self-determinasyon* ilkesi uyarınca bağımsız devlet kurabilmenin esas şartı sömürge ya da koloni yönetimi altında bulunmaktır.¹¹ Uluslararası hukukta sömürge rejimi altında bulunan topraklar sömürgeci devletin ülkesinden sayılmamaktadır; böylece uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan devletin ülkesel bütünlüğü ilkesi sömürge rejimi altındaki topraklara uygulanmaz.¹²

Sömürge rejiminin hukuki varlığının kabulü için ana ülke ile söz konusu toprakların idaresi arasında hukuki statü farkının bulunması kriteri aranır.¹³ BM Genel Kurulu'nca kabul edilen 14.12.1960 tarihli ve 1514 (XV) sayılı Sömürge Yönetimi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlıklarının Verilmesine İlişkin Bildiri'de anılan ölçüt benimsenmektedir.¹⁴ Uluslararası hukuk nazarında, tarihsel ve coğrafi olarak sömürgeci ülke ile sömürge ülke iki ayrı coğrafi ülkedir ve sömürge yönetimi altındaki ülke hukuken bağımlı ülkedir. Bu nedenle devletlerin ülkesel bütünlükleri temel ilkesi ile *self-determinasyon* ilkesi arasındaki uyumluluk, sömürge rejiminin hukuki varlığı ölçütü ile sağlanır. Sömürge rejiminin hukuki varlığı, ana ülkeden ayrı ve farklı olarak bağımlı ülkede uygulanan bir idari (yönetmel) statünün varlığı ile belirlenir. Bunun haricinde devletlerin ülkesel bütünlükleri temel ilkesi uluslararası hukukta esastır.¹⁵ Dekolonizasyon (sömürge veya koloni idaresinden kurtularak bağımsızlık kazanma) haricinde bir devletin ülkesinin tamamının bir parçasını oluşturan bir toprak üzerinde bölünüp ayrılarak bir devlet kurulması, halihazırda geçerli ve devletlerce uygulanan cari uluslararası hukukta *self-determinasyon* ilkesine dayanılabilecek bir durum değildir.¹⁶

1991 yılında Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB), 1992 yılında ise Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'nin (FYC) devlet olarak varlıklarının sona ermesiyle birlikte bu devletlerin federal devlet anayasalarında *self-determinasyon* hakkına sahip oldukları belirtilen ve federe parçalarını oluşturan kısımları dağılarak ayrı bağımsız devletler oluşturmuşlardır. Bu örnekler dahi bir devletin ülkesinin tamamının bir parçasını oluşturan bir toprak üzerinde bölünüp ayrılarak bir devlet kurulması değil, zaten önceden federal anayasa uyarınca *self-determinasyon* hakkına sahip olan federe devletlerin federal devletin sona ermesi ile birlikte dağılmaları ve ayrı ayrı bağımsızlıklarını kazanmalarıdır. Bu federe devletler de federal devletten durup dururken ayrılmamakta fakat federal devlet tarih sahnesinden silinip sona erdiği için bağımsız devletler olarak varlık kazanmaktadırlar.

¹¹ Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk, s. 195; Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, Turhan, Ankara, 2011, s. 142.

¹² Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk, s. 195; Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, s. 143.

¹³ Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, s. 143.

¹⁴ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/SOMURGE.pdf (30.08.2022); ayrıca bkz. Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk, s. 192.

¹⁵ Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, s. 143.

¹⁶ Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk, s. 158; Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, s. 142.

BM Genel Kurulu'nun 24.10.1970 tarihli ve 2625 (XXV) sayılı BM Antlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirgesi ile 25.6.1993 tarihli ve A/CONF 157/24 sayılı İnsan Hakları Dünya Konferansı'nda kabul edilen Viyana Bildirisi ve Eylem Programı'nda hiçbir ayırım yapmadan tüm toplumu temsil eden bir hükumete sahip devletlerde *self-determinasyon* ilkesinden yararlanılamayacağı öngörülmüştür.¹⁷ Bu husus uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan devletin ülkesel bütünlüğü ilkesine uygundur.¹⁸ Dolayısıyla Ukrayna'daki Rusların sırf Rus oldukları için ayrılma Ukrayna'dan ayrılma imkânı yoktur. Bu nedenle Ukrayna'daki Rusların soykırım mağduru olarak gösterilmeleri gerekmektedir. Soykırım mağduru olmak *self-determinasyon* hakkını tetikler. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Ukrayna Özel İzleme Misyonu, Avrupa Konseyi soykırımı ilişkin kanıt bulamadı. Divandaki yargılamada da aynı tespitte bulunuldu. Soykırım varsa ayrılma hakları olduğu için bu iddia sunulmuştur. Dolayısıyla bu iddia hakikat olmadığı için esasında bir dezenformasyon ve bölücülük için manipülasyondur.

Rusya, Uluslararası Adalet Divanı önünde yaptığı savunmada Divan'ın 1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesi kapsamında yargı yetkisine sahip bulunmadığını, çünkü Rusya'nın askeri operasyonunu meşru müdafaa temelinde yaptığını belirtmiştir.¹⁹ Rusya, Ukrayna tarafından kendisine yönelik bir saldırı tehdidinin mevcudiyetinden hareketle askeri operasyonu başlattığını öne sürmüştür.

2. Kuvvet Kullanma Yasağının Kişi Bakımından - *Ratione Personae*, Yer Bakımından - *Ratione Loci*, Konu Bakımından - *Ratione Materiae* Uygulanabilirliği Ve Kuvvet Kullanma Yasağının Normatif Bakımdan Hiyerarşik Değeri

BM Şartı madde 2/4, "Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek BM'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar." kuralını koyarken kişi bakımından yani *ratione personae* uygulanabilirlik bakımından, devletlere yükümlülük yüklemektedir.²⁰ Bu yükümlülük *ratione*

¹⁷ [tps://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.157_24.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.157_24.pdf) (30.08.2022).

¹⁸ Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk, ss. 194-195; Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, s. 146; Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta, İstanbul, 2019, s. 140; Rona Aybay, Elif Oral, Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 232.

¹⁹ Hakkı Hakan Erkiner, "Egemenlik-Güvenlik - Uluslararası Sorumluluk Bağlamında Rusya-Ukrayna Savaşı Konferansı, 31.03.2022", <https://www.youtube.com/c/HakkıHakanErkiner> ve <https://www.youtube.com/watch?v=Z75P46HumHk> (30.08.2022).

²⁰ Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 68.

personae bakımından *erga omnes* bir yükümlülüktür. Nitekim *jus cogens* kuralardan *erga omnes* yükümlülükler doğar ve BM Şartı 2/4'ün *jus cogens* bir norm olduğu hususunda uluslararası hukukta bir mutabakat vardır.²¹ Öyleyse bundan doğan yükümlülük de bütün devletlerin bütün devletlere karşı ileri sürebileceği yani herkese karşı dermeyan edilebilir bir (*erga omnes*) yükümlülüktür.²²

BM Şartı 2/4'ü yer bakımından yani *ratione loci* uygulanabilirlik bakımından devletlerin ülkelerini korumaktadır. Devletin ülkesine kara ülkesi, deniz ülkesi ve hava ülkesi dâhildir.²³ Ayrıca yurtdışındaki askeri üsler, elçilikler ve konsolosluklar ve açık denizdeki savaş gemileri devlet unsurları olarak *ratione loci*ye dâhildir. Buna karşın yurtdışındaki uyruklar ve açık denizlerde devletin bayrağını taşıyan sivil gemiler kapsam dışındadır. BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) 111'inci maddesi kesintisiz takip hakkını düzenlerken;²⁴ BMDHS'nin 301'inci maddesi devletlerin BMDHS uyarınca haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken taraf devletlerin herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı ya da BM Şartı'nda belirtilen uluslararası hukuk ilkeleri ile bağdaşmayacak diğer herhangi bir şekilde tehdide ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınacaklarını belirterek denizlerin barışçı amaçlarla kullanılmasının esas ilke olduğunu kurala bağlamaktadır.²⁵

BM Şartı 2/4'ü yer bakımından yani *ratione loci* uygulanabilirlik bakımından uzayı da kapsar. Şöyle ki, 27 Ocak 1967 tarihli, Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dâhil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Antlaşma'nın 3'üncü maddesi, antlaşmaya taraf devletlerin ay ve diğer gök cisimleri dâhil, uzayın keşif ve kullanılması ile ilgili faaliyetleri, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve uluslararası işbirliği ve anlayışın teşviki amacıyla BM Şartı da dâhil olmak üzere uluslararası hukuka uygun bir şekilde yürütülmesini düzenlemekle uzayda da kuvvet kullanılmasını yasaklamaktadır.²⁶

²¹ Ahmet Hamdi Topal, "Uluslararası Hukukta Devlet Destekli Terörizme Karşı Kuvvet Kullanma", T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2004, s. 119.

²² Robert Kolb, *Ius contra bellum*, Bruylant, Bruxelles, 2009, s. 238; Naim Demirel, *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması*, Derin, İstanbul, 2015, ss. 16-19.

²³ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 241.

²⁴ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/denizhukuku.pdf (30.08.2022); Selami Kuran, *Uluslararası Deniz Hukuku*, Beta, İstanbul, 2020, ss. 297-302.

²⁵ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/denizhukuku.pdf (04.03.2019); Selami Kuran, *Uluslararası Deniz Hukuku*, s. 289.

²⁶ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc050/kanuntbmc050/kanuntbmmc05000902.pdf (30.08.2022). Büyük ihtimalle 21'inci yüzyıl zarfında uzayın sadece barışçı kullanımının fiilen ortadan kalkması ile uzayda kuvvet kullanılmasının gerçekleşmesini takiben devlet unsurları olarak uzay araç ve tesislerinin de *ratione loci*ye dâhil olduğunu gerçekten gündeme getirecek olayların yaşanacağı bugünden söylenebilir.

BM Şartı 2/4'ü konu bakımından yani *ratione materiae* uygulanabilirlik bakımından birden fazla unsurun mevcut olduğunu belirlemektedir. BM Şartı 2/4'ün konu bakımından uygulanabilirliğini anlatmak için öncelikle madde-de geçen kuvvet kavramını açıklamak gereklidir.

Öncelikle savaş ve kuvvet arasındaki ilişkiye değinmek yerinde olur. BM Şartı madde 2/4, kendinden önceki metinlerde kullanıldığı gibi, örneğin 1928 tarihli Paris Barış Şartı'nda diğer adıyla Briand-Kellogg Paktı'nda kullanıldığı gibi savaş kavramını kullanmamaktadır.²⁷

BM Şartı, anılan önceki düzenlemelerden farklı olarak savaş kelimesi yerine kuvvet kelimesini kullanmayı tercih etmektedir. Kuvvet kelimesinin anlamı savaş kelimesinden daha geniştir. Kuvvet kavramı basit bir fiile gönderme yaparken savaş kelimesi hukuken karmaşık, kompleks, girift bir duruma gönderme yapar. Kuvvet kullanılması ile savaş arasındaki en önemli hukuki fark savaş için devletlerarasında öncelikle bir savaşma niyetinin yani *animus belligerendinin* bulunması gerekir.²⁸ Bu *animus* yani niyet iki taraflı olabilir. İki taraflı olduğunda savaşta olunduğu hususunda devletlerarasında anlaşma vardır. *Animus belligerendi* tek taraflı da olabilir. Bu durumda savaş niyeti tek taraflıdır ve savaşmaya niyeti olan tarafın savaş ilanı ile niyet kendini belli eder. *Animusun* noksanlığında arada düşmanlık olabilir fakat iki taraflı ya da tek taraflı niyet olmadıkça savaş yoktur. Öte yandan arada etkili bir düşmanlık olmasa bile sadece ilan ile yani niyetin varlığının ifşa edilmesi ile savaş denilen hukuki durum kurulabilir çünkü savaş için *animusun* ilanı yeterlidir. Savaş durumunda gerçekten çatışmaların da olması şart değildir.²⁹

Yukarıda savaş hakkında ifade edilenler, devletlerin ülkeleri dışında savaş durumu içerisinde bulunmadan kuvvet kullanabileceklerini ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle savaşı da kapsayacak biçimde uluslararası hukukta BM Şartı ile kuvvet kullanılmasının yasaklanması yoluna gidilmiştir. Sadece savaş yasaklansaydı bir devlet savaş durumunda olmaksızın ülkesi dışında kuvvet kullanabilir fakat savaş yapmama yasağını ihlal etmeyebilirdi. BM Şartı savaşı yasaklamak yerine kuvvet kullanılmasını yasaklayarak bu durumun suistimal edilmesini önlemek istemiştir. Şart doğrudan kuvvet kullanılmasını yasaklayarak fiilen silah kullanılmasını engellemek istemekte ve silah kullanmanın üzerine yapıştirılan hukuki etiket ile ilgilenmemektedir.

BM Şartı 2/4'ü konu bakımından yani *ratione materiae* uygulanabilirlik bakımından kuvvet kelimesinin kullanılmasını açıkladıktan sonra sıra kuvvet kullanma tehdidinde bulunmanın açıklanmasına gelmektedir.

BM Şartı fiilen kuvvet kullanılmasını yasakladığı gibi onun hazırlık aşaması da olabilen kuvvet kullanma tehdidinde bulunmayı da yasaklamaktadır.

²⁷ <https://www.uni-marburg.de/icwc/dateien/briandkelloggpackt.pdf> (30.08.2022).

²⁸ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 241.

²⁹ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 242.

Kuvvet kullanma tehdidinde bulunma fiilen kuvvet kullanmanın hazırlığı olabileceği gibi bu tehdidin yöneldiği devleti fiilen kuvvet kullanmadan istenileni yapmaya sevk etmek için korkutmak amacıyla da yapılabilir.

Her halükârda kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak da kuvvet kullanmanın kendisi gibi BM Şartı madde 2/4'e yasaklanmıştır. Kuvvet kullanma tehdidinin de kuvvet kullanmanın kendisi gibi yasaklanması, fiili düşmanlığa ve çatışmaya varmayan sadece savaş ilanı yapılan durumların da yasaklanmasını kapsamaktadır. Nitekim her savaş ilanı asgarîde bir kuvvet kullanma tehdidi içerir. Tehdit genel olmamalı somut olarak belirli bir devlete yönelmeli, silahlı bir saldırıyı kastederek doğrudan olmalı ve açıkça ifade edilmelidir.³⁰ Şunu da belirtmek lazımdır ki şayet kuvvet kullanmanın kendisi meşru ise bu durumda kuvvet kullanma tehdidinde bulunmanın kendisi de meşrudur. Meşru müdafaa durumu ifade edilen hususu oluşturur. Meşruluk hususunda kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak ile kuvvet kullanmak arasında bir koşutluk, paralellik vardır. Kuvvet kullanmanın kendisi meşru olacak ise kuvvet kullanma tehdidi de meşrudur.

BM Şartı 2/4'ü konu bakımından yani *ratione materiae* uygulanabilirlik bakımından incelerken silahlı kuvvet konusunun da üzerinde durmak gereklidir. BM Şartı madde 2/4'ün sadece silahlı kuvvet kullanımını işlediği uluslararası hukuk öğretisindeki genel anlayıştır.³¹ Böylelikle siyasi ve ekonomik güç kullanılması kuvvet kullanma yasağı tarafından kapsamamaktadır. Siyasi ya da ekonomik güç kullanılarak bir devletin kararlarını etkileme çabası egemenliğin ihlali ya da içişlerine karışma yasağının ihlalini oluşturabilir ama kuvvet kullanma yasağının ihlali değildir çünkü kuvvet kullanma yasağı silahlı kuvvet kullanılmasını yasaklar. Silahlı kuvvet ifadesi maddi sonuç doğuran bütün fiziki kuvvet kullanım biçimlerini kapsamalıdır.³²

Bu doğrultuda silah, fiziki sonuç doğuran bütün nesne ve araçları kapsar.³³ Patlayıcı ve ateşli silahlar, bu sınıfın içerisinde yer alan bütün füzeler, roketler, lazerler, bombalar, patlayıcı mermiler, mermiler; patlayıcı ya da ateşli silah sınıfına girmeyen diğer silahlar yani biyolojik ve kimyasal silahlar; yangın çıkarma, su baskınına uğratma, radyasyon yayma, siber saldırı yoluyla fiziki yıkım yaratma ya da fiziki altyapıyı çökertme, siber saldırı yoluyla altyapının işlevini yerine getirmesini, hizmet görmesini durdurma gibi bütün yöntemler silah olarak nitelenir. Bu durumda silah olma işlevine uygun bütün teknikler silahtır ve bunların kullanımı silahlı kuvvet teşkil eder.³⁴ Cevaplanması gereken diğer bir soru, anılan silahlı kuvvet kullanma eşiğinin belirlenmesidir. Bu eşiğin belirlenmesi, uluslararası terör eyleminin ya da bir

³⁰ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 243.

³¹ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 245.

³² Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 246.

³³ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 246.

³⁴ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 246.

dizi uluslararası terör eylemi silsilesinin, silahlı saldırı sayılması hususunda, bu çalışma bakımından ileride daha aşağıdaki başlıklarda ele alınacağı üzere, önem arz etmektedir.

Silahlı kuvvet kullanma eşiği askeri nitelikte kuvvet kullanılmasıdır.³⁵ Bu doğrultuda polis kuvveti ile icra edilen basit operasyonlar askeri nitelikte kuvvet kullanımı olmadıklarından ötürü silahlı kuvvet kullanımı eşiğini aşmazlar yani silahlı kuvvet kullanımı olarak değerlendirilmezler. Polis operasyonları, askeri operasyonlardan kullanılan kolluk gücünün niteliği ve buna eşlik eden kuvvet kullanımının amacı ve sınırlılığı ile ayrılır. Polis operasyonlarında amaç başka bir devletin iradesini zorlamak değildir.³⁶

Bu doğrultuda uluslararası terör eylemi de silahlı eylem niteliği ile ve hedefi gerçekleştirmeye elverişli şiddet eşiğine varılması ile hedef devletin iradesini terörize ederek bir şeye zorlamak olduğu ölçüde silahlı saldırıdır. Bu bakımdan burada erkenden belirtelim ki silahlı saldırı hukuken bir devletten geleceği gibi artık uluslararası hukukta belirginleştiği üzere uluslararası terör örgütlerinden ve uluslararası teröristlerden de gelir.³⁷ Çözülmesi gereken sıradaki mesele dolaylı kuvvet kullanımınıdır. Başka bir devletin topraklarındaki düzensiz silahlı kuvvetlerin ya da silahlı grupların bu devlete karşı saldırı düzenleme amacıyla desteklenmesi ya da başka bir devletin topraklarında terörist eylemler düzenlenmesini organize etmek ya da bu eylemlere iştirak etmek dolaylı kuvvet kullanımı oluştururlar.³⁸

Netice olarak, BM Şartı 2/4'e göre, tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek BM'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar.

BM Şartı 2/4'e göre tüm üyeler uluslararası ilişkilerinde, gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek BM'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar.³⁹ Bu hükmün uluslararası hukukta emredici hukuk kuralı yani *jus cogens* olduğu hususunda devletlerin uluslararası topluluğunda müşterek bir anlayış vardır.⁴⁰

Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 53'üncü maddesine göre, uluslararası hukukun emredici bir kuralı uluslararası genel hukukun em-

³⁵ Mathias Forteau, *Droit de la Sécurité Collective et Droit de la Responsabilité International de l'Etat*, Pedone, Paris, 2006, s. 111.

³⁶ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 247.

³⁷ Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa*, s. 72.

³⁸ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 247.

³⁹ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf> (30.08.2022).

⁴⁰ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 251; Fatma Taşdemir, "Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Ülkeleri Dışında Münferiden Kuvvete Başvurma Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Doktora Tezi*, Ankara, 2005, ss. 113-114.

redici bir normu, bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur.⁴¹ Ayrıca, anılan Viyana Konvansiyonu'nun 64'üncü maddesi, eğer uluslararası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir antlaşma bâtil hâle gelir ve sona erer demektir. Kuvvet kullanma yasağı karşısında müşterek meşru müdafaa amacıyla devletlerarasında antlaşma yapılması geçerlidir çünkü meşru müdafaa bir hukuka uygunluk nedeni ya da başka ifadeyle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeptir ve bu amaçla antlaşma yapılması da geçerlidir.⁴²

B. ULUSLARARASI HUKUKTA MEŞRU MÜDAFAAYA İLİŞKİN YÜRÜRLÜKTEKİ KURALLARIN BELİRLENMESİ

Yürürlükteki uluslararası hukukta kuvvet kullanmak ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak yasaktır.⁴³ Bu yasağa aykırı davranıp bir devletin kuvvet kullanabileceği hukukî durum meşrû müdâfaada bulunma hakkının doğması ve bu hakkın varlığından ileri gelen yetkiyle devletin kendisi (ya da geçerli koşullarda başka bir devleti) savunmak için kuvvet kullanmasıdır.⁴⁴ Uluslararası hukukta meşrû müdâfaada bulunma hakkının doğması için ise saldırının varlığı aranır. İşte saldırının varlığının hukukî anlamı ve değeri buradan ileri gelir.

Meşrû müdâfaanın temeli ve anlamına ilişkin uluslararası hukuk kuralları, uluslararası örf ve âdet hukuku (uluslararası teamül hukuku) kuralları ve uluslararası antlaşma kuralları biçiminde oluşmuştur.⁴⁵ Bu kurallar uyarınca uluslararası meşrû müdâfaa hukukunun devreye girme koşulu silâhlı bir saldırının varlığıdır.⁴⁶

Şayet örgütlü uluslararası topluluk 1945'den beri devletlerarası ilişkilerde genel olarak ve emredici bir biçimde kuvvet kullanmayı yasakladıysa,

⁴¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, s. 331, mad. 53.

⁴² Mathias Forteau, Droit de la Sécurité Collective et Droit de la Responsabilité International de l'Etat, s. 117.

⁴³ James A. Green, Francis Grimal, "The Threat of Force as an Action in Self-Defense Under International Law", Vanderbitt Journal of Transnational Law, Cilt 44, Sayı 2, 2021, ss. 285-329; Erdem İlker Mutlu, Savaşın ve Barışın Hukuku, Turhan, Ankara, 2016, s. 110; Serdar Örnek, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı, Seçkin, Ankara, 2013, ss. 17-71; Fatma Taşdemir, "Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Ülkeleri Dışında Münferiden Kuvvete Başvurma Yetkisi", s. 109.

⁴⁴ Erdem İlker Mutlu, Savaşın ve Barışın Hukuku, s. 113.

⁴⁵ Yusuf Aksar, Uluslararası Hukuk II, Seçkin, Ankara, 2013, s. 101.

⁴⁶ Vianney Silvy, Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international, Connaissances et Savoirs, Paris, 2013, s. 47; Yücel Acer, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Roma Yayınları, Ankara, 2004, s. 59.

BM Şartı'nın 51'inci maddesi devletlerarası ilişkilerde kuvvet kullanımının yasak olması ilkesinin açıkça bir istisnasını oluşturur.⁴⁷ BM Şartı madde 2/4, "Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek BM'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar." derken; BM Şartı'nın 51'inci maddesi, "Bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, BM üyelerinden birinin silâhlı bir saldırıya hedef olması hâlinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşrû savunma hakkına hâle getirmez. Üyelerin bu meşrû savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez." demektedir.⁴⁸

BM Şartı'nın 2'nci maddesinin 4'üncü fıkrası devletlerarasındaki çağdaş uluslararası hukukun en önemli yükümlülüğünü ifade etmektedir.⁴⁹ Bu yükümlülük egemen devletlerin hukuken savaşa başvurma hürriyetlerini ortadan kaldırmış ve egemen devletlere uluslararası ilişkilerde kuvvete başvurmayı hukuken yasaklamıştır. Tüm bir çağdaş uluslararası hukuk düzeni, temelinde bu yasağın üzerine bina edilmiştir çünkü ademi merkezîyetçi bir biçimde kuvvete başvurma hakkının tanındığı bir hukuk düzeni, hukuk düzeni değil bir anarşi, bir kargaşa ortamıdır ve bir hukuk düzeni değil güçlü-nün vahşi bir biçimde istediğine saldırılabildiği bir hukuk dışılıktır.⁵⁰

Hukuk, kendi başına, gücün denetim altına alındığı ve güçlü-nün kendini denetimsizce gerçekleştirmesinin önüne engeller konulduğu bir düzendir. İşte BM Şartı madde 2/4 uluslararası alanı bir hukuk düzeni hâline getirmek için mevcut olan en önemli normdur. Neticede hukuk düzeninin olmazsa olmaz, *sine qua non* unsuru meşru şiddet tekelinin kurulmasıdır ya da başka ifade ile gayrimeşru şiddetin yasaklanmasıdır.⁵¹

Bununla birlikte uluslararası ilişkilerde devletlerarasında meşru müdafaa hakkı ile dengelenmeyen bir kuvvet kullanma yasağı da ancak adaletsizlik doğuran ve saldırganın saldırganlığından ötürü elde ettiği kazanımın yanına kâr kaldığı başka bir gayrimeşru düzendir. Meşru müdafaa hakkının istismarının önüne geçilemeyen bir uluslararası hukuk düzeni de kuvvet kullanma yasağını anlamsız hâle getiren ve saldırganların kuvvet kullanma yasağının arkasından dolanmak için meşru müdafaa bahanesini kullandıkları istismara

⁴⁷ Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdafaa*, s. 77.

⁴⁸ Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdafaa*, s. 77.

⁴⁹ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 235; Fatma Taşdemir, "Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Ülkeleri Dışında Münferiden Kuvvete Başvurma Yetkisi", s. 111.

⁵⁰ Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdafaa*, s. 80.

⁵¹ Robert Kolb, *Ius contra bellum*, s. 236.

uğramış ve sakatlanmış bir düzendir. Öyleyse bütün bunların hukuken ahenkli bir biçimde çözümlenmeleri gereklidir.

1. Uluslararası Hukukta Meşrû Müdâfaa Kavramının Anlamı: Bir Durum Ve Bir Hak Olarak Meşrû Müdâfaa

Meşru müdâfaa uluslararası sorumluluk hukukunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum, uluslararası barış ve güvenlik hukukunda ise bir haktır.⁵² Meşru müdâfaa bir taraftan bir hukuka uygunluk sebebi olması nedeniyle bir durum ve diğer taraftan ise mağdurun kendisini silahla koruyabilmesi için bir hakken, meşru müdâfaa cari uluslararası hukukta bir cezalandırma (*sanction punitive*) vasıtası katiyen değildir. Uluslararası hukukta devletlerin ne sorumluluk hukuku bakımından ne de güvenlik hukuku bakımından cezalandırılmaları uluslararası hukukun içerisinde mevcut olan bir mekanizma, bir yöntem değildir dolayısıyla meşru müdâfaa da bir devleti cezalandırma yöntemi olamaz.⁵³ Uluslararası hukukun yaptırımları arasında devletler için ceza söz konusu değildir; devletlerin ceza sorumluluğu mekanizması yoktur; devletlerin cezai mesuliyetleri de yoktur dolayısıyla devletler için cezai müeyyide de yoktur. Öyleyse meşru müdâfaa da cezai bir müeyyide değildir. Meşru müdâfaa ofansif (*offensif*) bir kuvvete karşı defansif (*défensif*) bir kuvvet kullanımıdır;⁵⁴ saldırgan kuvvete karşı savunucu kuvvet kullanımıdır.

Meşru müdâfaa madem saldırgan kuvvete karşı savunucu kuvvet kullanımıdır öyleyse meşru müdâfaa bir tepkidir (*une forme de réaction*); bu mada sorumluluk hukukunda haksız fiile verilen ani bir hukuka uygun cevap ve güvenlik hukukunda da saldırıya karşı kendini korumak için başvuru bir haktır.⁵⁵ Bu çerçevede meşru müdâfaa bir karşı-önlem (*contre-mesure*) de değildir çünkü karşı-önlemler sorumluluk hukukunda sorumluluktan doğan yükümlülükleri yerine getirmeyen devlete karşı uygulanır ama meşru müdâfaanın amacı bu değildir; meşru müdâfaada amaç üzerine yönelmiş şiddeti savmaktır.⁵⁶

Meşru müdâfaa karşı-önlem olmadığı gibi bir misilleme (*représaille*) de değildir.⁵⁷ Uluslararası hukukta silahlı misillemeler gayri hukukidir. Silahlı misillemenin (*représaille armée*) amacı muhatap devlete bir eza vermek ve bundan ötürü bir nevi ceza uygulamak iken meşru müdâfaanın amacı yukarıda da açıklandığı üzere cezai değildir, olması hukuken mümkün de değildir çünkü dediğimiz gibi silahlı misilleme uluslararası hukukta bir haksız fiil ve

⁵² Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 203.

⁵³ Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 204.

⁵⁴ Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 204.

⁵⁵ Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 204.

⁵⁶ Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 204.

⁵⁷ Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 204.

bir saldırdır. Halbuki meşru müdafaa silahlı bir saldırdıya karşı silahlı savunmadır (*la résistance à une attaque armée veya autoprotection armée*).⁵⁸

Uluslararası hukukta devletlerin *opinio jurisine* göre saldırganken kuvvet kullanmak hukuka aykırı gayrimeşru bir davranışken, savunmadayken kuvvet kullanmak hukuka uygun meşru bir davranıştır.⁵⁹ Uluslararası hukukta sorumluluk hukuku bakımından meşru müdafaa bir hukuka uygunluk nedeni yani silahlı kuvvet kullanılması bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir haldir. Meşru müdafaa esası, sadece, istenen sonucun kuvvet kullanımını içermeyen davranışlarla veya daha az ölçüde kullanılmasıyla gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, devletin davranışının hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir durum olarak değerlendirilir.⁶⁰ Bu değerlendirme çerçevesinde meşru müdafaa gerekli olmalıdır. Bu gerekliliğin anlamı saldırının durdurulması için kuvvet kullanılmasından başka bir yolun bulunmaması demektir. Meşru müdafaa sırasında kullanılan kuvvet orantılı olmalıdır. Önalcı meşru müdafaa savı ("*Bush Doctrine*", *Right to preemptive self-defence*)⁶¹ ile karıştırılmaması gereken bir biçimde şayet önleyici meşru müdafaa (*la légitime défense préventive*) kabul edilip de uygulanacaksa bunun da saldırının gerçekleşmesini önlemeye yeterli fakat bundan fazla olmayan bir kuvvet olarak kullanılması gerekir.⁶² Meşru müdafaanın derhal yani vakit geçirmeksizin, süratle, acilen uygulanması gereklidir. Bunun anlamı meşru müdafaanın saldırı sırasında ve bu saldırı sona ermeden uygulanması gerekiyor demektir. Saldırı birbirini izleyen eylemlerden oluşuyorsa bu şartı bir bütün olarak bu eylemlerin zamana yayıldığı ve süreklilik gösteren ve devam edeceği belli olan çizgi uyarınca değerlendirmek gerekir. Bütün bu şartlar tamam olduktan sonra meşru müdafaanın uygulanması saldırı ile bozulan hukuki durumu, hukuki *status quo*'yu korumak, saldırı ile bozulan hukuki durumu saldırı olmasaydı olacak olan hukuki duruma, saldırıdan önceki hukuki *status quo ante*'ye döndürmektir. Uluslararası meşru müdafaa hukuku ya da rejimi, saldırgan devletin uluslararası sorumluluğu rejiminden farklıdır. Uluslararası sorumluluk, uluslararası hukuktan kaynaklanan bir uluslararası yükümlülüğe aykırılık teşkil eden diğer ifade ile uluslararası yükümlülüğün ihlalini oluşturan ve başka ifade ile uluslararası haksız fiil işlemekle meydana gelen hukuka aykırı durumu onarmayı amaçlar. Sorumluluk hukukundaki onarım amacı eski hale iade, tazminat ve tarziye yolları ile olur.⁶³ Sorumluluk hukukunda sorumluluktan kaynaklanan bu onarım yü-

⁵⁸ **Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 204.**

⁵⁹ **Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 205.**

⁶⁰ Sevin Toluner, Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bâzi Dış Politika Sorunları, Beta, İstanbul, 2000, s. 374.

⁶¹ **Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 206.**

⁶² **Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 206.**

⁶³ Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha, İstanbul, 2010, ss. 183-249.

kümlülüğünü yerine getirmeyen devlete karşı asla silahlı kuvvet kullanmadan gerekli ve orantılı ve ölçülü karşı önlemler mağdur devlet ya da devletler ya da uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan yani bir *jus cogens* kuraldan kaynaklı *erga omnes* bir yükümlülük ihlal edilerek işlenen bir uluslararası haksız fiil varsa doğrudan mağdur olmayan devletler tarafından da uygulanabilir.⁶⁴

Onarım gerçekleştiğinde karşı önlemlere son verilir. Sorumluluk hukukunda amaç uluslararası haksız fiil ile zarara uğrayan devletin zararının onarımı ve uluslararası hukukta uluslararası haksız fiilden önceki hukuki duruma dönülmesi, hukukun sağlığına kavuşturulmasıdır; meşru müdafaa hukukunda amaç saldırıya uğrayan devletin saldırgan ve saldırı eylemine karşı kendini kuvvet kullanarak savunabilmesi ve saldırı olmazdan önce uluslararası hukuktaki duruma dönülmesi, böylelikle hukukun sağlığına kavuşturulmasıdır.⁶⁵

Meşru müdafaada bulunan devlet saldırı ile uğradığı zararın onarılmasını uluslararası sorumluluk hukukunu bilahare işleterek gerçekleştirmeye çalışabilir. Saldırı ile uğranılan zararın artmaması için de mağdurun kendini savunmaya geçmesi yani meşru müdafaa da bulunması gereklidir aksi takdirde saldırgan saldırısına devam etsin diye bırakılırsa mağdur için zarar daha da artacaktır. Sorumluluk hukuku bir müessese olarak meşru müdafaayı kapsar. Meşru müdafaanın sorumluluk hukuku içerisindeki yeri meşru müdafaanın bir hukuka uygunluk nedeni olmasıdır. Silahlı kuvvet kullanarak saldırıda bulunmak uluslararası hukukta yapılmaması gereken bir davranıştır ve bunun aksine bir davranış yani silahlı kuvvet kullanarak saldırıda bulunmak, herhangi bir uluslararası yükümlülüğe aykırı olan bütün davranışlarda olduğu gibi bir uluslararası haksız fiildir ve bu ihlalde buluna devletin uluslararası sorumluluğunun doğumunu gerektirir. Ancak bir devlet silahlı kuvvet kullanmayı doğmuş olan meşru müdafaada bulunma hakkından kaynaklanan silahlı kuvvet kullanma yetkisinden ötürü kullanıyorsa, bu bir hukuka uygunluk nedeni yani hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal yani bu hal olmasaydı oluşacak olan uluslararası haksız fiilin oluşmasına engel olan bir nedendir; böylelikle meşru müdafaa halinde silahlı kuvvet kullanan devletin uluslararası sorumluluğu doğmaz.⁶⁶ Neticede, sorumluluk hukukunda dönülmek istenen *status quo ante* maddi ve manevi zararın onarılarak uluslararası haksız fiilden önceki durumun sağlanması iken, meşru müdafaa ile dönülmek istenen *status quo ante* kuvvet kullanmak suretiyle saldırının defedilerek saldırıdan önceki durumun sağlanmasıdır.

⁶⁴ Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, ss. 220-249.

⁶⁵ **Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşru Müdafaa*, s. 207.**

⁶⁶ Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, ss. 170-171.

Uygulanmaları bakımından en belirgin fark sorumluluk hukukunda silahlı kuvvet kullanılmaz⁶⁷ fakat meşru müdafaa silahlı kuvvet kullanılarak uygulanır. Sorumluluk hukuku silahlı saldırıdan uğranılan zararlar da dahil olmak üzere bütün uluslararası haksız fiillerden kaynaklanan zararların onarılması için işletilirken, meşru müdafaa uluslararası haksız fiiller içerisinde sadece silahlı saldırıya karşı işletilir. Sorumluluk hukuku bakımından meşru müdafaa bir hukuka uygunluk nedeni yani silahlı kuvvet kullanılması bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir haldir.

İnsancıl müdahale kavramını uluslararası hukukun ve insancıl hukukun ağır ihlalini oluşturan ve uluslararası hukukta konvansiyonel olarak tanımlanmış soykırım, katliam, insanlığa karşı suç, savaş suçu fiillerinin bir devlet ülkesinde meydana gelmesi halinde, bu eylemlerin gerçekleştiği devletin bunu önleyememesi ya da bizzat faili olması durumunda bunların önlenmesi konusunda başka devlet ya da devletlerin askeri müdahalede bulunabileceği savıdır.⁶⁸

Nitekim 2005 Dünya Zirvesi'nin Sonuç Bildirgesi'nde uluslararası toplumun soykırım, savaş suçları, etnik temizlik ve insanlığa karşı işlenen suçlardan toplumlara korumaktan BM Şartı'nın VI'ncı ve VIII'inci bölümlerine uygun olarak sorumlu olduğu; eğer barışçıl çözüm yollarından sonuç elde edilemezse devletlerin Güvenlik Konseyi aracılığıyla ve BM Şartı'nın VIII'inci bölümü kapsamında zamanında ve kararlı biçimde, olay bazında ve uygun durumlarda bölgesel organizasyonlarla işbirliği içinde kolektif olarak harekete geçecekleri BM üyeleri tarafından oybirliği ile kabul edilmiştir.⁶⁹

Güvenlik Konseyi 2006 tarihinde almış olduğu 1674 sayılı kararda, anılan bildiregeye atf yaparak ilkeye sahip çıkmış, bir anlamda ilkeyi onaylamıştır.⁷⁰ Bunu 12 Ocak 2009 tarihinde BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon'un Koruma Sorumluluğunun Uygulanması başlıklı raporu takip etmiştir.⁷¹ BM Genel Kurulu Temmuz 2009 tarihinde yaptığı toplantılar sonucunda 14 Eylül 2009 tarihinde aldığı A/RES/63/308 sayılı karar ile koruma sorumluluğunu kabul etmiş ve desteklemiştir.⁷² Bunun dışında BM Genel Kurulu'nda her yıl koruma sorumluluğunun uygulanmasına ve içeriğine ilişkin çalışmalar sürdürülmüş, BM Genel Sekreterliği özellikle soykırımı önleme komitesi özel danışmanı vasıtasıyla koruma sorumluluğuna yönelik çalışmalarına devam etmiştir.⁷³ Mevcut durumda koruma sorumluluğu hakkında üzerinde uzlaş-

⁶⁷ **Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdafaa, s. 208.**

⁶⁸ Sercan Reçber, İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu, On İki Levha, İstanbul, 2015, s. 180.

⁶⁹ Pierre-Marie Dupuy, Droit international public, Dalloz, Paris, 2006, s. 650.

⁷⁰ **Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdafaa, s. 224.**

⁷¹ **Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdafaa, s. 224.**

⁷² **Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdafaa, s. 224.**

⁷³ **Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdafaa, s. 224.**

lan noktalar belirlenebilir.⁷⁴ Koruma sorumluluğu ilkesine sadece soykırım, insanlığa karşı suçlar, etnik temizlik ve savaş suçlarında başvurulmalıdır; koruma sorumluluğu ilkesinin uygulanmasında öncelikli ve ilk yükümlü devletlerdir; önleme sorumluluğu (yükümlülüğü), koruma sorumluluğunun (yükümlülüğünün) en önemli bileşenidir; koruma sorumluluğu (yükümlülüğü) ilkesi evrensel bir ilke olarak eşit, adaletli ve seçici olmayan bir biçimde uygulanmalıdır; ilke uygulanırken gereklilik, orantılılık ve ölçülülük ilkeleri bakımından uluslararası hukuka ve özellikle BM Antlaşması'na uygun davranılmalıdır; zamanında ve kararlı bir cevap, zorlama yollarından ve kuvvet kullanılmasından fazlasını içermelidir; BM Genel Kurulu koruma sorumluluğu ilkesinin uygulanmasında ana araç olmalıdır.⁷⁵ Görüldüğü gibi insani müdahalede uğranılan bir silahlı saldırı neticesinde doğan savunma gereksinimi ve amacı bulunmamaktadır. Meşru müdafaa *sine qua non* koşulunun bir silahlı saldırıya uğramak olmasıyla insani müdahaleden farklı bir müessesedir. Silahlı bir saldırıya uğramış olmak, bu saldırıya uğrayan mağdur devletin tek tarafı olarak savunma amaçlı kuvvete başvurmasını uluslararası hukuka göre haklı kılan olmazsa olmaz, *sine qua non* koşuldur.

2. Meşru Müdafaa Müessesesinin Uygulanması Hâlinde Riayet Edilmesi Gereken İlkelerin Belirlenmesi İçin Cevaplandırılması Gereken Soruların Sayılması: *Ratione Personae*, Meşru Müdafaa'yı Kim Uygulayabilir? *Ratione Temporis*; Meşru Müdafaa Ne Zaman Uygulanabilir? *Ratione Materiae*; Meşru Müdafaa Neye Karşı Uygulanabilir? *Ratione Conditionis*; Meşru Müdafaa Nasıl Uygulanabilir?

Silahlı bir saldırıya uğramış olmak, bu saldırıya uğrayan mağdur devletin tek tarafı olarak savunma amaçlı kuvvete başvurmasını uluslararası hukuka göre haklı kılan *sine qua non* koşuldur. Meşru müdafaa, uluslararası hukukta, tek tarafı olarak kuvvete başvurmanın meşru yoludur.⁷⁶ Meşru müdafaa'nın uygulaması gereklilik, orantılılık ve ölçülülük ilkeleri ile sıkı bir biçimde çerçevelenmiştir.⁷⁷ Meşru müdafaa'nın çerçevesinin belirlenmesi gerekir. Meşru müdafaa konvansiyonel pozitif uluslararası hukuk rejiminde devletin tek tarafı olarak kuvvete başvurabileceği tek hukuki olanak olduğundan devletler uluslararası hukuka göre meşru haklarını korumak için ona başvurabilirler. Öte yandan silahlı bir istilaya girişmek için de meşru müdafaa istismar edilmeye açıktır. Meşru müdafaa'yı bu istismardan korumak için uluslararası hukuk bir bütün olarak kaynaklarında yani konuyla ilgili esas konvansiyonel kaynak olan BM Şartı'nda ve uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarında, meşru müdafaa'ya başvurabilmenin şartlarını hem maddi un-

⁷⁴ Sercan Reçber, İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu, s. 435.

⁷⁵ Sercan Reçber, İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu, s. 436.

⁷⁶ Vianney Silvy, Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international, s. 67.

⁷⁷ Vianney Silvy, Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international, s. 67.

surları yani maddi şartları bakımından hem de zamana bağlayarak hukuki ve meşru olan çerçeveyi çizmiştir. Bu kriterler ya da şartlar silahlı müdahalenin sadece savunma niteliğini garanti altına almayı ve silaha başvurmayı cezai eylem ya da fırsatçı bir girişim olmaktan çıkarmayı amaçlamaktadır.⁷⁸ İşte bu amaçla şu soruların cevaplandırılması gerekmektedir: *Ratione personae*, meşru müdafaa kim uygulayabilir? *Ratione temporis*; meşru müdafaa ne zaman uygulanabilir? *Ratione materiae*; meşru müdafaa neye karşı uygulanabilir? *Ratione conditionis*; meşru müdafaa nasıl uygulanabilir? Bu soruların cevaplandırılması meşru müdafaa müessesesinin uygulanması hâlinde riayet edilmesi gereken ilkelerin belirlenmesini sağlayacaktır. Yukarıda ifade edilen amaçla müdafaa teşkil edecek cevap sıkı bir biçimde gereklilik ve orantılılık - ölçülülük ilkeleriyle çerçevenmiştir. BM Şartı da usuli bir yükümlülük getirerek Güvenlik Konseyi'ne alınan ve uygulanan müdafaa yerine geçen cevap hakkında bilgi verme ödevini getirmiştir.⁷⁹

Gereklilik ve orantılılık - ölçülülük ilkeleri uluslararası örf ve âdet hukukunda açık bir biçimde mevcuttur ve uluslararası yargı kararlarıyla da onaylanmışlardır.⁸⁰ Meşru müdafaa hakkının kullanılması iki maddi şarta bağlıdır. Bunlar gereklilik ve orantılılıktır. Bu iki unsur BM Şartı'nın 51'inci maddesinde açıkça belirtilmemekle birlikte, uluslararası hukuk öğretisi ve içtihadı müdahaleyi hukuka uygun hâle getirdiklerini kabul etmektedirler.⁸¹ Bu kavramlara ilk atıflar ABD Dışişleri Bakanı Webster'ın mektup alışverişinde "*kendini savunma ihtiyacının acil olması gerektiğini*" ifade ettiği 1837 Caroline Olayında bulunmuştur. Meşru müdafaa zorunlu olmalı, başka bir yola başvurmayaya araçsal ve zaman bakımından bir olanak bırakmamalı ve kendini savunma makul olmayan ya da aşırı herhangi bir nitelik içermemelidir. UAD bu unsurların teamül hukuku değerini bir dizi kararda onaylamıştır.⁸² Askeri ve Yarı Askerî Faaliyetler Davası,⁸³ Nükleer Silahların Tehdidinin ya da Kullanımının Meşruluğu Danışma Görüşü,⁸⁴ Petrol Platformları Davası⁸⁵ anılan kararlardır.

Meşru müdafaa yani kendini hukukun izin verdiği bir biçimde korumak, uluslararası hukuktaki kuvvet kullanma yasağının bir istisnasını oluşturur. Uluslararası hukuktaki birincil kurallar kümesindeki kurala göre devletlerin

⁷⁸ Vianney Silvy, Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international, s. 67.

⁷⁹ Vianney Silvy, Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international, s. 68.

⁸⁰ Vianney Silvy, Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international, s. 68.

⁸¹ Vianney Silvy, Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international, s. 68.

⁸² Vianney Silvy, Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international, s. 68.

⁸³ Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, arrêt du 27 juin 1986, fond, CIJ, Recueil, 1986, s. 94, para. 76.

⁸⁴ Affaire de la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ, Recueil, 1996, s. 245, para. 41.

⁸⁵ Affaire des Plates formes pétrolières, Iran c. États-Unis, arrêt du 6 novembre 2003, CIJ, Recueil, 2003, s. 36, para. 76.

kuvvet kullanmama yükümlülükleri vardır. Birincil kurallar kümesi uluslararası hukukta devletlere bir yükümlülük yükleyen bütün kuralların içerisinde yer aldığı kurallar kümesidir. İkincil kurallar kümesi ise birincil kurallar kümesinde yer alan bir uluslararası kuraldan kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi hâlinde ortaya çıkan yani doğan uluslararası sorumluluk hâline uygulanan uluslararası sorumluluk hukuku kurallarıdır.⁸⁶ Birincil ve ikincil kurallar kümesi UHK tarafından da uluslararası sorumluluk hukuku işlenirken kullanılmış ve yapılmış bir ayrımdır.⁸⁷ İşte anılan birincil kurallar kümesinde devletlere “*kuvvet kullanma*” diyen bir kural vardır ve bundan doğan yükümlülük kuvvet kullanmamaktır. Kullanılırsa devletin uluslararası sorumluluğu doğar çünkü yükümlülüğe aykırı davranmış olur. Uluslararası bir yükümlülüğe aykırı her davranış devlet için uluslararası bir haksız fiildir ve uluslararası haksız fiil işlendiğinde yani konumuzda kuvvet kullandığında uluslararası sorumluluğu doğar. Kuvvet kullanabilmesi için kendisinin önce bir saldırıya uğramış olması gerekir. Saldırıya uğramışsa kendisini savunma hakkı vardır. Bu meşru müdafaa hakkıdır. Meşru müdafaa kuvvet kullanılması haksız fiil olmasını engeller, hukuka uygunluk nedenidir, hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Meşru müdafaa mevcut olabilmesi için de meşru müdafaaaya başvurmanın zaruri olması şarttır. Yani meşru müdafaaaya başvurmak gerekli olmalıdır. Meşru müdafaaaya başvurmanın gerekli olması için devletin uğradığı saldırıyı sona erdirmek için başvurabileceği başka bir yola başvurma olanağının olmaması ya da böyle bir yol olmaması gerekir. Pek yakın bir tehlikeye karşı da meşru müdafaa davranışında bulunabilmek önleyici meşru müdafaaın uluslararası hukukta her zaman ve her koşulda muhakkak gayri mümkün olmadığını ispat eder. Mesele önleyici meşru müdafaaı tamamen ve kesinlikle olanak dışı kılmak değil fakat istismanın önüne geçmektir.

Kuvvet hukuki bir kavramdır. Orantılılık uygulanan kuvvetin şiddetiyle ilgilidir. Kuvvet ve gücün şiddeti arasındaki bağı kurar. Orantılılık ilkesi askeri tepkiye bir sınır koyar. Bu sınır sadece ve basitçe askeri tepki ile verilen zararların azaltılmamasına ilişkin değil fakat savunma amacına ve askeri tepkinin çerçevesine ilişkin her somut olayda değerlendirilecek bir sınır olarak düşünülmelidir.⁸⁸ Esasında gereklilik ve orantılılık ilkeleri arasında çok sıkı bir mantık ilişkisi vardır. Orantısız bir uygulama gerekli bir uygulama olarak da değerlendirilemez ve gereksiz bir uygulama da orantısızdır.⁸⁹

⁸⁶ Mathias Forteau, *Droit de la Sécurité Collective et Droit de la Responsabilité International de l'Etat*, s. 177.

⁸⁷ Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 3.

⁸⁸ Vianney Silvy, *Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international*, s. 76.

⁸⁹ Olivier Corten, *Le droit contre la guerre: l'interdiction de recours à la force en droit international contemporain*, Pedone, Paris, 2008, s. 729.

Meşru müdafaada saldırıya uğrayan devlet kendisini savunurken orantılılık ilkesine uymazsa bizzat saldırgan durumuna düşer.⁹⁰ Meşru müdafaada durumdaki kuvvet kullanırken sınır tanımazlık etmek, azgınlık etmek, titiz davranmamak orantılılık ilkesini çiğnemek ve bizzat saldırganlık etmektir. Neticede meşru müdafaada bulunmanın gerçekte meşru olabilmesi için gereklilik ve orantılılık ilkelerini çiğnemekten sakınmak şarttır. Meşru müdafaada bulunan devletin bu konuda titiz davranma ödevi vardır. Titiz davranmak demek aşırıya kaçmaktan sakınmaya gayret etmek demektir. Aşırıya kaçmamak demek kuvvetin süresi bakımından da ölçülü davranmaktır. Orantılılık uygulanan kuvvetin şiddeti, ölçülülük uygulanan kuvvetin süresiyle ilgilidir. Ölçülülük uygulanan kuvvetin süresiyle ilgilidir; bu nedenle zamanla ilişkilidir. Kuvvet ve zaman arasında bağı kurar. Meşru müdafaada hakkının kullanılması zaman bakımından da nesnel olarak belirlenmiş bir haktır. Meşru müdafaada geciktirilmeden, derhal kullanılması gereken bir haktır ve makul bir sürede uygulanabilir.⁹¹ Meşru müdafaada hakkının doğumuyla saldırı arasında nedensellik bağı vardır. Saldırı olduğu için meşru müdafaada hakkı vardır. Saldırının sonuçları devam ettiği müddetçe saldırı da devam ediyor demektir. Örneğin bir işgal, bir istila devam ettiği müddetçe saldırı da devam eder.⁹² Bir dizi davranış tek bir ihlalin zincir gibi halkalarını oluşturuyorsa saldırı bu halkaların her biri müddetince zamana yayılır (*ratione temporis*)⁹³ ve devam eder.

1837 Caroline Olayı kriterlerinden (Webster kriterleri de denilir)⁹⁴ beri uluslararası hukukta mevcut olduğu tespit edildiği üzere olması muhakkak olan bir silâhlı saldırıya karşı meşru müdafaada hakkı çerçevesinde önleyici (*preventive*) kuvvet kullanımı yetkisinin varlığı kabul edilmişken, olması muhtemel bir silâhlı saldırıya karşı önalcı (*preemptive*) kuvvet kullanımı⁹⁵ yetkisinin ise uluslararası hukukta mevcut olmadığı kabul edilmiştir.

Uluslararası terörizmin ulaştığı üst düzey saldırı imkânları karşısında ve bilhassa teröristlerin kimyasal, biyolojik ve nükleer kitle imha silâhlarına sâhip olması durumunda,⁹⁶ olması muhakkak olan bir saldırıya karşı hedefteki devletin saldırının olup bitmesini beklemeden meşru müdafaada bulun-

⁹⁰ Vianney Silvy, *Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international*, s. 79.

⁹¹ Vianney Silvy, *Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international*, s. 83.

⁹² Maurice Kamto, *L'agression en droit international*, Pedone, Paris, 2010, s. 203.

⁹³ Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 155.

⁹⁴ Gregory A. Raymond, Charles W. Kegley Jr., "Preemption and Preventive War", Howard M. Hensel (Edit.), *The Legitimate Use of Military Force*, Ashgate, Burlington, 2008, s. 101.

⁹⁵ Gregory A. Raymond, Charles W. Kegley Jr., "Preemption and Preventive War", s. 105; René Värk, "The Use of Force in the Modern World: Recent Developments and Legal Regulation of the Use of Force", s. 39.

⁹⁶ Karine Bannelier, "La lutte contre le terrorisme nucléaire", Karine Bannelier (Edit.), Olivier Corten (Edit.), Théodore Christakis (Edit.), Barbara Delcourt (Edit.), *Le Droit International Face Au Terrorisme Après le 11 septembre 2001*, CEDIN-Paris I Cahiers internationaux N° 17, Pedone, Paris, 2002, ss. 179-188.

ması ve olması muhakkak saldırıyı olmadan önlemek için kuvvet kullanması uluslararası hukukta mümkün olarak değerlendirilmektedir.⁹⁷ Saldırının muhakkak olması, muhakkak kelimesinin anlamının işaret ettiği gibi, olacağı, gerçekleşeceği kesin olarak bilinen bir saldırı demektir çünkü muhakkak, doğru olduğu, kesin olduğu bilinen demektir. Olması muhakkak bir uluslararası terörizm saldırısı hedefteki devlet için zaman bakımından yakın ve bilgi anlamında da kesin bir tehlike ve tehdittir. Muhtemel saldırı ise, muhtemel kelimesinin anlamının işaret ettiği üzere, ihtimal dâhilinde olan, olması veya gerçekleşmesi mümkün, olabilir, olası bir saldırdır. Muhtemel saldırıda, saldırının olup olmayacağı olması muhakkak bir saldırının aksine bilinmemektedir. Tehlike ve tehdit zaman olarak yakın bilgi bakımından da kesin değildir. İşte uluslararası hukukta muhakkak saldırının aksine muhtemel saldırı için meşru müdafaa uyarınca önalıcı kuvvet kullanımı mümkün olarak kabul edilmemektedir.⁹⁸ Nitekim devletlerarasında cari uluslararası teamül hukuku hâline gelmiş Caroline Olayı kriterleri de muhtemel saldırıya karşı, muhakkak saldırının aksine, meşru müdafayı mümkün olarak öngörmemektedir.

ABD Başkanının 2002 yılında öne sürdüğü önalıcı kuvvet kullanımı doktrini, Eylül 2002'de yayınlanan ABD Ulusal Güvenlik Stratejisi Belgesi'nde de yer almıştır.⁹⁹ Belgede ABD, uluslararası terörizme destek veren, teröristleri barındıran ya da nükleeri biyolojik veya kimyasal silâhları bulunduran bir devlete karşı askeri kuvvet kullanma yetkisine sahip olduğunu bildirmekteydi.¹⁰⁰ ABD hükûmetine göre, içerisinde bulunulan zamanda tehditler asimetriktir ve Soğuk Savaş zamanındaki klasik yöntemlerle bertaraf edilmeleri mümkün görülmemektedir; devlet dışı aktörlerden, ne zaman ve nereden geleceği belli olmayan şoke edici tehditlerle karşı karşıya kalınmıştır.¹⁰¹ ABD hükûmetine göre tehdit eyleme dönüşüp gerçekleştiğinde karşılık vermek için çok geç olacaktır; bu nedenle tehdidin varlığı tespit edildiğinde bunun derhal bertaraf edilmesi gerekmektedir. Tehdit bertaraf edilirken, terörizme örtülü ya da açıkça destek veren, teröristleri ülkelerinde barındıran devletlere karşı kuvvet kullanılmasının önünde bu devletlerin egemenlikleri bir en-

⁹⁷ Vianney Silvy, *Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international*, s. 163; René Värk, "The Use of Force in the Modern World: Recent Developments and Legal Regulation of the Use of Force", s. 35.

⁹⁸ Vianney Silvy, *Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international*, s. 163.

⁹⁹ "Prevent Our Enemies from Threatening Us, Our Allies, and Our Friends with Weapons of Mass Destruction", *The National Security Strategy of the United States of America*, White House, September 2002; <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/nss5.html> (30.08.2022).

¹⁰⁰ "Prevent Our Enemies from Threatening Us, Our Allies, and Our Friends with Weapons of Mass Destruction", *The National Security Strategy of the United States of America*, White House, September 2002; <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/nss5.html> (30.08.2022).

¹⁰¹ Gregory A. Raymond, Charles W. Kegley Jr., "Preemption and Preventive War", s. 106.

gel değildir çünkü bu devletlerin uluslararası terörizmle işbirliği yapmaları ya da onu saldırı aracı olarak kullanmaları gayri meşrudur ve bu devletlere yönelik ve onların topraklarında askerî kuvvet kullanılması meşru bir yetkidir. Böylelikle önalıcı kuvvet kullanımı, 2002 tarihinden itibaren ABD hükûmetinin bir doktrini (Bush Doktrini denilerek de ifade edilmiştir)¹⁰² olarak ilân edilmiştir. Olması muhakkak bir silâhlı saldırı önermesi, kesinlik ve yakınlık bakımından doğruluğu hukuken denetlenebilir bir vaziyetteyken; olması muhtemel bir silâhlı saldırı savı, ne bilgi anlamında kesinlik, ne de zaman bakımından yakınlık açılarından doğruluğu hukuken denetlenebilir değildir. Böyle bir sava karşı önalıcı meşru müdafaa hakkı uluslararası teamül hukukunda mevcut da değildir. Neticede olması muhakkak bir saldırıya karşı meşru müdafaa uluslararası örf ve âdet hukukunda Caroline Olayı kriterlerinden beri tanınmışken, olması muhtemel bir saldırı iddiası ile meşru müdafaa tanınmamıştır.¹⁰³ Olması muhakkak bir uluslararası terör saldırısı, (önleyici) meşru müdafaa, meşru amaç ve gereklilik bakımından gerçek ve çok yakın bir tehlikeye karşı (*menace imminente*) meşru müdafaa olması bakımından haklı kılarken; olması muhtemel bir saldırı iddiası ile (önalıcı) meşru müdafaa, meşru müdafaa savunusunu ne olması gerektiği kadar gerçek ne de olması gerektiği kadar yakın bir tehdide karşı meşru müdafaa olmadığı için haklılaştırılmamaktadır.¹⁰⁴ Önalıcı kuvvet kullanımı gereklilik kriterini karşılayamamaktadır çünkü tehdidin gerçekten yakın olduğu belirlenmemektedir; meşru müdafaa amacıyla kuvvet kullanımının gerekli olması için gerçekten yakın bir tehdidin varlığı aranır; olması muhakkak bir saldırı ile olması muhtemel bir saldırı arasında gereklilik kriterini karşılamak bakımından açıkladığımız üzere fark vardır.

Uluslararası hukukta yüzyıllar içerisinde ve BM Şartı'nın yapıldığı sırada da kuvvet kullanmanın hukukileştirilmesi, klasik tehditlere göre şekillenmiştir ki bu klasik tehditler devletlerden devletlere yönelen silâhlı saldırı tehditleridir. Devlet dışı aktörlerin eline geçebilen kitle imha silahlarının varlığı ve uluslararası terörizmden devletlere yönelen silâhlı saldırı tehditleri ise belirlenen klasik tehditlerin ötesinde tehditlerdir. Halbuki BM Antlaşması'nın yapıldığı 1945 tarihinde düzenli ordular tarafından bir devletten başka bir devlete yöneltilen saldırganlık öngörülerek Antlaşma düzenlenmiştir. Gerek BM Şartı madde 2'ye 4 gerek madde 51 aslında bu çerçevede yazılmıştır. Şart yazıldığındaki uluslararası örf ve âdet hukuku bakımından da, teröristlerin eline geçme rizikosunu olan kitle imha silâhları ve uluslararası terörizm henüz hayat tarafından varlık sahasına çıkarılmış olgular değildi. Ancak ne zaman ki hayatın içerisinde uluslararası terörizm devletlere saldıran bir olgu oldu o

¹⁰² Gregory A. Raymond, Charles W. Kegley Jr., "Preemption and Preventive War", s. 105; Yoram Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 183.

¹⁰³ Vianney Silvy, Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international, s. 166.

¹⁰⁴ Gregory A. Raymond, Charles W. Kegley Jr., "Preemption and Preventive War", s. 108.

zaman devletler için uluslararası hukuk içerisinde bu yeni saldırıya karşı kendilerini korumak için meşru müdafaa için kuvvet kullanma gereksinimi ve gerçeği uluslararası hukukun gündemine devletler tarafından gerek kuvvet kullanma uygulamaları ile gerek tutum ve beyanları ile getirildi. Gerçekleşmiş bir terörist saldırıya karşı meşru müdafaa ve gerçekleşmesi muhakkak bir terörist saldırıya karşı önleyici meşru müdafaa teamülen gelişip yerleşirken aşırı bir önerme olarak ABD hükümeti tarafından 11 Eylül terör saldırılarından sonra önalıcı meşru müdafaa doktrini de uluslararası hukukun gündemine taşınmıştır. Ancak bu aşırı doktrinin uluslararası hukuktaki meşru müdafaa'nın yakın bir tehdide karşı kuvvet kullanımının meşru amaç ve gereklilik kriterlerini geçerli ve doğru biçimde karşılama imkânı bulunmamaktadır. Olması muhtemel bir saldırı tehdidi şüphesinin varlığı bu kriterleri karşılayamayacak kadar belirsizdir. Nihayetinde devletlerin elindeki konvansiyonel silah ya da kirle imha silahı olsun, devletlerin elindeki her silâhın günün birinde başka bir devlete karşı ateşlenme olasılığı asla sıfır değildir, bu silâhların bir gün ateşlenmeleri her zaman muhtemeldir fakat bu her an ve her koşulda devletlerin birbirlerine karşı önalıcı kuvvet kullanma gerekçeleri olmaz, olamaz; böyle bir doktrinin kabulü devletler arasındaki uluslararası hayatın gerçeklerine uymaz ve bu nedenle lüzumsuz bir doktrindir, uluslararası hukuk bakımından da devletlerin topluluğunun genelince kabul görmemiştir. ABD için bile hükümetler değiştikçe bu doktrinin gündemden düştüğü gözlemlenmiştir. Tekrar edilmesi gerekirse henüz olmamış bir saldırıya karşı meşru müdafaa amacıyla harekete geçilmesinde olması muhakkak bir saldırı ile olması muhtemel bir saldırı arasındaki hukuki kriterleri karşılama bakımından mevcut farka her zaman dikkat edilmeli ve vaziyet bu bakımdan muhakemeye tâbi tutulmalıdır. Önleyici meşru müdafaa hakkında devletler topluluğunun genelinde hukuki inanç, *opinio juris* varken, önalıcı meşru müdafaa hakkında *opinio juris* yoktur.

Rusya'nın iddiasına baktığımızda ne mevcut bir saldırı ne de muhakkak bir saldırıdan söz edebiliriz.¹⁰⁵ Rusya'nın bu iddiası dayanaksız bir iddiadır. Ön alıcı meşru müdafaa hukuki değildir. Rusya, olması muhtemel bir saldırıya karşı meşru müdafaaada bulunduğunu iddia ediyor.¹⁰⁶ Buna karşı meşru müdafaa olmaz. Olması muhakkak bir saldırıya karşı meşru müdafaa olur. Dolayısıyla, burada Ukrayna NATO'ya girerse muhakkak Rusya'ya saldırır denilemeyeceğine göre olması muhakkak bir saldırı değildir. Muhtemele karşı da meşru müdafaa hakkı yok. Rusya'nın fiilinin silahlı saldırı olduğunu tespit edebiliyoruz ve bu meşru müdafaa hakkını doğurur. Kimin meşru müdafaa hakkını doğurur? Ukrayna'nın.

¹⁰⁵ Hakkı Hakan Erkiner, "Egemenlik-Güvenlik - Uluslararası Sorumluluk Bağlamında Rusya-Ukrayna Savaşı Konferansı, 31.03.2022", <https://www.youtube.com/c/HakkiHakanErkiner> (30.08.2022).

¹⁰⁶ Hakkı Hakan Erkiner, "Söyleşi: Rusya-Ukrayna Savaşı", ss. 18-27.

II. ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKU VE RUSYA-UKRAYNA SAVAŞI

BM Şartı 2/4'ün ihlalinin neticeleri uluslararası hukuk bünyesinde iki boyutta ele alınmalıdır. Bunlardan ilki devletlerin uluslararası sorumluluk hukuku ve diğeri uluslararası barış ve güvenlik hukukudur.¹⁰⁷ 2001 târihli BM A/RES/56/83 Belgesi, Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu'na ilişkin UHK'nun hazırlamış olduğu maddeler metnini içerir ve kodifiye edilmiş olmamakla birlikte uluslararası teamül hukuku kurallarını yansıtır. A/RES/56/83 madde 1'e göre bir devletin uluslararası bakımdan her haksız fiili, o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur.¹⁰⁸ BM Şartı madde 2/4'ün ihlali uluslararası bakımdan bir haksız fiildir (*delictum, maleficium*) ve devletin sorumluluğunu doğurur. Uluslararası barış ve güvenlik hukuku bakımından ise BM Şartı madde 2/4'ün ihlali, mağdur devlete meşrû müdâfaa hakkına başvurma yetkisi verir. Bu iki sonuç saldırının varlığının hukukî anlamını ve değerini oluşturur.¹⁰⁹

A. TEMEL İLKE VE ANA ESASLARI İLE ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKU

Temel İlke Ve Ana Esasları İle Uluslararası Sorumluluk Hukuku başlığı altında, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları; ihlâl edildiği iddia edilen uluslararası yükümlülüğün yürürlükte olan bir kuraldan kaynaklanması; uluslararası sorumluluğun doğumu için ispat edilmesi gereken esas şart olarak uluslararası haksız fiilin varlığının ispatı; uluslararası haksız fiilin varlığını ispatı için ispat edilmeleri şart olan aslî unsurlar olarak uluslararası haksız fiili oluşturan ihlâl ve isnat unsurları; uluslararası haksız fiilin unsuru olarak ihlâl şartı; uluslararası haksız fiilin unsuru olarak isnat şartı; uluslararası haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğun neticesi olarak onarım yükümlülüğü işlenmelidir.¹¹⁰

1. Uluslararası Sorumluluğun Doğumu

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu'na ilişkin maddeler metni çalışması,¹¹¹ devletin icrai veya ihmali suretteki davranışlarla işlenen uluslararası

¹⁰⁷ Mathias Forteau, *Droit de la Sécurité Collective et Droit de la Responsabilité International de l'Etat*, ss. 245-272.

¹⁰⁸ <https://undocs.org/A/RES/56/83> (30.08.2022); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (30.08.2022).

¹⁰⁹ Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa*, s. 75.

¹¹⁰ Hakkı Hakan Erkiner, "Uluslararası Hukukta İsnat Meselesi Bakımından Soykırım İddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırım İddiasının Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 27, Sayı 1, Yıl 2021, s. 67.

¹¹¹ Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, *Responsibility of States for internationally wrongful acts*; <https://undocs.org/en/A/RES/56/83> (31.08.2022); *Résolution*

haksız fiillerinden ötürü sorumluluğunun doğmasını ve bu sorumluluktan meydana gelen sonuçları düzenleyecek ikincil kuralları ortaya koymak ve uluslararası hukukun bu konudaki gelişimini sağlamak ve kodifikasyonunu gerçekleştirmek amacıyla yapılmıştır.¹¹² UHK, anılan maddeler çalışmasını devletlerin uygulamalarından serimleyerek ve uluslararası yargı kararlarından çıkarımlayarak kaleme almıştır. Dolayısıyla bu maddelerde içkin, diğer ifade ile mündemiç olan kurallar uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarını yansıtmaktadır. Belirtilen bu maddelerin hedefi, ihlal edilmeleri ile uluslararası sorumluluğun doğacağı uluslararası yükümlülüklerin içeriklerinin tanımlanması değildir. Bu tanımlamayı yapmak ancak birincil kuralların işlevidir. Uluslararası yükümlülüklerle ilişkin anılan birincil kurallar, uluslararası hukukun çok büyük bir parçasını oluşturan teamüli ve konvansiyonel pozitif uluslararası hukuk kuralları içerisinde bulunurlar. Bu çerçevede bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan yükümlülüğün yüklediği davranış yükümlülüğünü tanımlamak ile bu yükümlülüğe aykırı bir davranış sergilendiğinde uygulanacak sorumluluk kurallarını tanımlamak iki farklı uğraştır.

Uluslararası hukukun yüklediği birincil bir yükümlülüğe bir devletin uygun davranıp davranmadığını belirlerken çözülmesi gereken bir dizi hukuki sorun vardır. Bunlar, iç hukuktan bağımsız olarak anılan birincil yükümlülüğü yükleyen birincil uluslararası hukuk kuralının belirtilen devlet için değerinin ne olduğunun tespiti; bir uluslararası hukuk kişisi olarak bir davranışın bir devlete isnat edilmesine ilişkin şartların ne olduğunun tespiti; bir uluslararası yükümlülüğün ihlali durumunda ihlal oluşturan davranışın süresinin

adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite; <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (31.08.2022); Türkçe tercümesi için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, "Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2008, ss. 315-334; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha, İstanbul, 2010, ss. 307-327; Hakkı Hakan Erkiner, Tercüme - Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri - Responsibility of States - Responsabilité de l'État; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (31.08.2022); ayrıca uluslararası sorumluluk kavramı için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, "Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Kaynağı ve Sonuçları - Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Çalışmaları ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında", Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Ekim 2002; Hakkı Hakan Erkiner, "Uluslararası Topluluk Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-2, Yıl 2010, ss. 39-7; Hakkı Hakan Erkiner, "Uluslararası Topluluk Kavramının Başlıca Görünümleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-2, Yıl 2010, ss. 77-133; Hakkı Hakan Erkiner, "Yirmi Birinci Yüzyılda Birleşmiş Milletler'in Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Yaklaşımı ve Bunun Uluslararası Hukuk Bakımından Yeri ve Değeri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 1, Yıl 2013, ss. 353-381.

¹¹² Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 31; https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (31.08.2022); Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 61; https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf (31.08.2022).

ve ihlalin olduğu zamanın ne olduğunun tespiti; bir devletin uluslararası haksız fiil teşkil eden bir davranışından dolayı bir başka devletin uluslararası sorumluluğunun ne olduğunun tespiti; bir devletin uluslararası haksız fiil teşkil eden bir davranışının uluslararası hukuka uygunluk sebeplerinin ne olduğunun tespiti; bir devletin uluslararası sorumluluğunun kapsamının ve sonuçlarının ne olduğunun tespiti; uluslararası sorumluluktan ötürü uygulanabilecek karşı-önlemlerin ne olduğunun tespitidir. Bütün bu tespitlerin çözümlenmesi uluslararası sorumluluğa ilişkin ikincil uluslararası hukuk kurallarının çerçevesi içerisine girer.¹¹³

Bir devletin kendisi için yürürlükte olan ve kendisine uluslararası yükümlülük yükleyen bir uluslararası hukuk kuralı ile bağlılığı meselesi, uluslararası hukukun kaynaklar konusunu ilgilendiren bir meseledir. Kaynaklar konusu içerisinde de uluslararası antlaşmalar hukuku ve uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarına, diğer bir ifadeyle uluslararası teamül hukuku kurallarına, müracaat edilmelidir. Bir devlet, kendisi için yürürlükte olan ve kendisine uluslararası yükümlülük yükleyen bir uluslararası hukuk kuralına aykırı davrandığı andan itibaren uluslararası sorumluluk hukuku kuralları devreye girer. Bir devlet için yürürlükte olan ve bu devlete uluslararası yükümlülük yükleyen bir uluslararası hukuk kuralı ile bu devletin bağlı olduğunun belirlenmesi, uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının işletilmeye başlatılmasından hemen önce çözümlenmesi gereken bir konudur.¹¹⁴ Nitekim bu aşama çözülmeyen uluslararası sorumluluk hukuku aşamasına geçilemez. Bir devletin, bir uluslararası hukuk kuralına aykırı davrandığı ileri sürülecekse önce uluslararası hukukta ihlal edildiği ileri sürülecek olan uluslararası hukuk kuralının mevcudiyeti ispat edilmelidir. Sonra bu uluslararası hukuk kuralının sorumluluğu ileri sürülecek bu devlet için yürürlükte olduğu ispat edilecektir. Bundan sonra da bu uluslararası hukuk kuralının bu devlet için ihlal edildiği iddia edilecek olan uluslararası yükümlülüğü doğurduğu ispat edilecektir. Bunlar uluslararası hukuktaki birincil kurallar kümesi içerisinde halledilecek hukuki meselelerdir. Şayet sırayla bu üç ispat da adım adım gerçekleştirilebilirse ihlal oluşturan davranışın varlığı gösterilerek uluslararası hukuktaki ikincil kurallar kümesi içerisinde konu işlenmeye başlanılacaktır. İşte bu ikincil kurallar kümesi uluslararası sorumluluk hukuku kuralları kümesidir.

Bir devletin de, bir uluslararası örgütün de uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için bir dizi esaslı şartın bir araya gelmesi gereklidir.¹¹⁵ Bunlar

¹¹³ Hakkı Hakan Erkiner, "Uluslararası Hukukta İsnat Meselesi Bakımından Soykırım İddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırım İddiasının Değerlendirilmesi", s. 68.

¹¹⁴ Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, s. 31; *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, s. 63.

¹¹⁵ Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries, 2011; https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf (31.08.2022); *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et*

uluslararası sorumluluk hukukunda uluslararası hukuk kişilerinin sorumluluklarının meydana gelmesi için, yani bir devletin ya da bir uluslararası örgütün sorumluluğunun doğumu için varlıkları aranan temel şartlardır. Bağlayıcı bir uluslararası yükümlülüğün varlığı ve bunun ihlali ile ihlal teşkil eden davranışın devlete isnat edilebilmesi, bir devletin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için bulunması gereken temel şartlardır.¹¹⁶

BM UHK'nun Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu'na ilişkin maddeler metni olan A/RES/56/83 Belgesi madde 1'e göre, bir devletin uluslararası nitelikteki her haksız fiili, o devletin sorumluluğunu doğurur.¹¹⁷ Uluslararası hukuktan kaynaklanan bir uluslararası yükümlülük, bir devlet tarafından her ihlal edildiğinde bir uluslararası haksız fiil oluşur ve bu uluslararası haksız fiili işleyen devletin uluslararası sorumluluğu doğar. "Bir devletin uluslararası nitelikteki her haksız fiili, o devletin sorumluluğunu doğurur" ilkesi, UHK tarafından A/RES/56/83'e yazılmadan önce de uluslararası hukukta yerleşmiş bir ilkeydi.¹¹⁸

A/RES/56/83 madde 2, devletin uluslararası haksız fiilinin unsurlarını ortaya koymaktadır. Maddeye göre, şayet, icrai surette ya da ihmal suretiyle işlenen bir davranış uluslararası hukuka göre devlete isnat edilebiliyorsa ve devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlalinin oluşturuyorsa, devletin bir uluslararası haksız fiili vardır.¹¹⁹ Bu madde, devletin bir uluslararası haksız fiilinin mevcut olması için bir araya gelmesi gereken şartları, diğer bir ifade ile unsurları belirlemektedir. İki unsur aranmaktadır. İlk önce söz konusu davranış uluslararası hukuka göre devlete isnat edilebilir olmalıdır; ikinci unsur olarak ise devletin bir davranışından sorumluluğunun doğabilmesi için bu davranışın sorumluluğu söz konusu edilecek devlet için halihazırda uyul-

commentaires y relatifs, 2011; https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_11_2011.pdf (31.08.2022).

¹¹⁶ Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, s. 32; *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, s. 65.

¹¹⁷ *Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 1*; *Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 1*; *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, s. 65; *Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries*, 2001, s.32; Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 100.

¹¹⁸ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, s. 67; *Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries*, 2001, s. 33.

¹¹⁹ *Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 2*; *Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 2*; *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, s. 70; *Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries*, 2001, s. 34.

ması gereken ve uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülüğün ihlalini oluşturmaktadır.

Uluslararası hukukta devletlere yükümlülük yükleyen her hangi bir kurala aykırı bir sonuç doğuran her davranış bir ihlaldir. İhlal, uluslararası haksız fiilin, isnat ile öncelik sonralık sırası gözetmeden diyelim ki bir unsurudur; iki unsurundan birisidir. İhlal teşkil eden bir davranışın bir uluslararası sorumluluk doğurabilmesi için bunun haksız fiile tamamlanması gerekir. İhlali uluslararası haksız fiile tamamlayan unsur ise isnat unsurudur yani ihlal teşkil eden bir davranışın uluslararası sorumluluğu ileri sürülmek istenen uluslararası hukuk kişisine isnat edilmesi gerekir. Başka türlü söylemek gerekirse ihlal teşkil eden davranışın uluslararası sorumluluğu ileri sürülmek istenen ki bu ya bir devlet ya da bir uluslararası örgüt olabilir çünkü uluslararası sorumluluk rejimi devlet-devlet, devlet-uluslararası örgüt, uluslararası örgüt-uluslararası örgüt arasında işleyen bir hukuki mekanizmadır/düzenektir, uluslararası hukuk kişinin davranışı sayılması gereklidir. Öte yandan şu yaklaşım da aynı derecede doğrudur: Sorumluluğu ileri sürülecek uluslararası hukuk kişinin, diyelim ki bir devletin, bir davranışı vardır yani o devlete isnat edilen o devletin davranışı sayılan bir davranış vardır, öyleyse bu birinci unsurdur, isnat mevcuttur. Bu isnat edilmiş davranış aynı zamanda bir ihlal de teşkil ediyorsa bir uluslararası haksız fiil vardır. İhlal ya da isnat unsurlarından hangisi öncelenirse öncelensin işte bir davranışsal diğer ifade ile fiili olgu, ihlal ve isnat unsurlarının varlıklarının gösterilmesiyle bir uluslararası haksız fiil olur ve isnat edildiği uluslararası hukuk kişinin sorumluluğunu doğurur.¹²⁰ Devlete isnat edilebilen bir davranış icrai surette ya da ihmal suretiyle işlenebilir.¹²¹ İhmal suretiyle işlenen davranışları belirlemek bazı hallerde güçlük arz edebilir. Bu durumlarda ihmalin varlığı olayın şartları değerlendirilerek ve kendisini çevreleyen diğer davranışlardan ayrıştırılarak belirlenmelidir.¹²²

A/RES/56/83 madde 12'ye göre devletin fiili, uluslararası yükümlülük uyarınca kendisinden istenen fiile uygun olmadığında, söz konusu devlet tarafından, yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun, bir uluslararası yükümlülüğün ihlaline neden olunmuştur.¹²³ Fiil gerçekleştiği anda devlet söz konusu yükümlülük ile bağlı değilse, devletin fiili bir uluslararası yükümlülüğün ihlalini oluşturmaz.¹²⁴

¹²⁰ Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa*, Seçkin, Ankara, 2020, s. 198.

¹²¹ *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, 2011, s. 72; *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*, 2011, s. 35; Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 107.

¹²² Hakkı Hakan Erkiner, "Uluslararası Hukukta İsnat Meselesi Bakımından Soykırım İddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırım İddiasının Değerlendirilmesi", s. 73.

¹²³ A/RES/56/83 mad. 12.

¹²⁴ A/RES/56/83 mad. 13.

Belirli bir davranışın uluslararası hukuka göre uluslararası nitelikte bir haksız fiil olarak belirlenebilmesi için her şeyden önce bu davranışın devlete isnat edilebilir olması gerekir. Devlet gerçekte somut olarak organize olmuş bir yapıdır ve uluslararası hukuka göre işlemde ve eylemde bulunma yeteneğine hukuken sahiptir. Devletin bir fiili şüphesiz gerçekte belirli insanların icrai surette ya da ihmal suretiyle işleyecekleri eylemlerden ileri gelir. Bundan ötürü devletin sorumluluğunun doğabilmesi bakımından devlet adına eylemde bulunabilecek kişilerin kimler olduğunun belirlenebilmesi gerekmektedir.¹²⁵

Bir davranışın devlete isnat edilebilmesinden söz edildiğinde, devletten uluslararası hukukun bir kişisi anlaşılmaktadır. Birçok hukuk sisteminde, devlet organları, ayrı ayrı birer hukuk kişisi olarak kabul edilir. Uluslararası hukuk bakımından bu anlayış geçerli değildir. Uluslararası hukukta devlet, tekil bir hukuk kişisi olarak kabul edilmektedir. Bir davranışın devlete isnat edilebilmesi de uluslararası hukukta normatif bir işlemdir.¹²⁶

A/RES/56/83 Belgesi ikinci maddeye göre devletin uluslararası sorumluluğunun temel unsurlarından biri uluslararası hukuka göre bir davranışın devlete isnat (*attribution d'un comportement à l'État; attribution of conduct to a state*)¹²⁷ edilebilmesidir.¹²⁸ Çok soyut ve teorik olarak tüm insan faaliyetleri, ticari şirketlerin ya da merkezleri veya uyarınca kuruldukları yasa bakımından uyrukluğa bağlı ile devlete bağlı olan tüzel kişiliklerin tüm faaliyetleri, bunlar kamu otoritesine dahil olsun ya da olmasın devlete isnat edilebilir fakat elbette uluslararası hukuk bu olabilecek en soyut yaklaşımı benimsememektedir. Devletin sorumluluğunu makul sınırlar dahilinde sınırlamak için ve kendi ad ve hesaplarına davranan kişilerin sorumluluğunu devletin sorumluluğundan ayırabilmek için uluslararası hukuk ancak kamu otoritelerinin faaliyetlerinden devleti mesul tutmuştur. Diğer bir ifade ile devlete isnat edilebilecek davranışlar devlet organlarının ya da bu organlara tabi ya da bunların denetiminde faaliyet gösteren kişi veya makamların davranışlarıdır.¹²⁹ Böylelikle uluslararası hukuk, devletin ajanlarının faaliyetlerinden ve davranışlarından devleti mesul tutmuştur.¹³⁰

¹²⁵ Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 107.

¹²⁶ Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 107 ve 108.

¹²⁷ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, s. 83; *Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries*, 2001, s. 38.

¹²⁸ *Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 2; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 2*; ayrıca Pierre-Marie Dupuy, *Droit International Public*, Dalloz, ss. 489-496; Jean Combacau, *Serge Sur, Droit International Public*, Montchrestien, Paris, 2006, ss. 536-542.

¹²⁹ Dominique Carreau, *Droit International*, Pedone, Paris, 1986, ss. 449-454.

¹³⁰ David Ruzié, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2000, s. 121.

Uluslararası hukukun bir kişisi olarak devlete bir davranışın belirli şartlar çerçevesinde isnat edilmesi ancak uluslararası hukukun öngördüğü ve kabul ettiği kurallar neticesinde mümkündür. Yoksa bu isnat sadece olgular-dan çıkarılan basit bir nedensellik bağı neticesinde yapılmamaktadır. Öyleyse bu isnat normatif bir işlemdir. Devlete bir davranışın isnat edilebilmesi ile ilgili olan bu normatif işlem ile bu davranışın uluslararası hukuka göre haksız bir fiil teşkil etmesi ya da etmemesi meselesini karıştırmamak gerekmektedir. Bunlar iki ayrı değerlendirmenin konusudurlar. Bir davranışın devlete isnat edilebilir olduğunu tespit etmek, kendiliğinden bu davranışın haklı veya hukuka uygun bir davranış ya da haksız veya hukuka aykırı bir davranış olup olmadığını işaret edemez. Bununla beraber bazı davranışlar, nitelikleri itibariyle ancak haksız bir fiil teşkil ettikleri takdirde devlete isnat edilebilmektedirler.¹³¹

Buradaki inceliği gözden kaçırmamak isabetli olur. Burada belirttiğimiz davranışlar, örneğin, bir özel hukuk kişininin hukuka aykırı bir haksız fiilinden, devletin sorumluluğunun ancak devletin, özel hukuk kişininin haksızlık teşkil eden fiilini önlemek için mümkün bütün önlemleri almada bir ihmali varsa yani devlet bu önlemleri almamışsa söz konusudur. Burada devlete isnat edilen davranış ihmal suretiyle işlenen bir davranıştır ki o da gereken önlemleri almamaktır. Dolayısıyla devletin sorumluluğu bu ihmalkar davranışın devlete isnat edilebilir ve ihmalin burada niteliği itibariyle kendiliğinden haksız bir fiil teşkil etmesinden ileri gelmektedir. Örneğin bir insanın bir devletin büyükelçiliğine saldırmaya kalkmasında, kabul eden devletin sorumluluğu ancak bu devlet büyükelçiliği korumada gereken ve mümkün bütün önlemleri almamışsa söz konudur. Devlete isnat edilen fiil bu ihmaldir ve bu, onun uluslararası sorumluluğunu doğurur. Bu tip örneklerde şunu tespit edebiliriz ki isnadın temeli ile ihlal edilen uluslararası yükümlülüğün niteliği arasında yakın bir ilişki vardır. Bununla birlikte isnat işlemi ile davranışın haksızlığının tespiti meselesinin analitik yani tahlili olarak iki ayrı mesele olduğunu bir kez daha vurgularız.

Devletin sorumluluğu amacıyla bir davranışın devlete isnat edilmesi meselesi ile uluslararası hukukun başka bir müessesesi olan bir mekanizmayı birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Sözünü ettiğimiz mekanizma uluslararası hukuka göre bazı organların devleti bağlayıcı yükümlülükler altına girebilmek için başka bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymaksızın devlet adına bağlayıcı işlem yapabilmeleridir. Devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı başka bir yetkilendirmeye ihtiyaç olmaksızın bu işlemleri yapabilirler.

¹³¹ Hakkı Hakan Erkiner, "Uluslararası Hukukta İsnat Meselesi Bakımından Soykırım İddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırım İddiasının Değerlendirilmesi", s. 76.

İlke olarak, devletin bir uluslararası yükümlülüğüne aykırı her haksız davranışı onun sorumluluğunu doğurur. Bu davranışı esasında sergileyen kamu otoritesinin ya da devlet ajanının niteliği bu sorumluluğu etkilememektedir. Ancak devletin ve idarenin tanımlanabilmesi de hangi davranışların devlete isnat edilerek onun sorumluluğunu doğuracağı hususunda önemlidir. Devletlerin her birinin iç hukukları ve uygulamaları devlet organı olarak kimin kabul edilmesi gerektiğinde belirleyici bir rol oynar. Devletin yapısı ve organlarının neler olduğu ve bunların işlevleri genelde uluslararası hukuk tarafından belirlenmez. Bu hususları düzenlemek her devletin kendisinin yapacağı iştir. Bununla beraber bu organlar, iç hukukta durum ne olursa olsun, uluslararası hukukun yüklediği bir yükümlülüğe aykırı bir fiil işlediklerinde, bu fiil uluslararası hukukun kişisi olan devlete isnat edilecektir. Burada anlaşılması gereken devlet kişisi, iç hukuktaki kamu tüzel kişisi değil fakat uluslararası hukukça kişi olarak kabul edilen tüzel kişidir. İç hukukta devlet tüzel kişiliğinin dışında kalan başka kamu tüzel kişilikleri devletten ayrı bir hukuki kişilik oluştururken, uluslararası hukuk bakımından iç hukuktaki bu ayrımlar geçerli değildir ve devlet tüzel kişiliği uluslararası hukukta bunların hepsini kapsayıcıdır.

2. Uluslararası Sorumluluğun Sonucu

Sorumlu devlet ihlal ederek işlediği uluslararası haksız fiil ile neden olunan bütün zararı onarmak zorundadır.¹³² Zarar, devletin uluslararası haksız fiilinin sonucu olan maddi ve manevi bütün zararı kapsar.¹³³ Bir uluslararası yükümlülüğü ihlal ederek işlenen uluslararası haksız fiil ile neden olunmuş zararın tamamen onarımı, müstakilen ya da müştereken, eski hale iade, tazminat ve tarziye biçimlerine bürünür.¹³⁴ Uluslararası nitelikteki bir haksız fiilin sorumlusu devlet, ihlal meydana gelmezden önceki halin yeniden tesis edilmesi için, eski hale iadeyi gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır fakat eğer böyle bir eski hale iade maddi olarak imkansız ise ya da orantılılık ilkesine göre tazminata nazaran tercih edilmeye değer bir fayda getirmiyor ise uygulanmaz.¹³⁵ Uluslararası haksız fiilin sorumlusu devlet, bu fiil ile neden olunan zararı, bu zarar eski hale iade ile onarılamadığı ölçüde, tazmin etmek yükümlülüğündedir.¹³⁶ Tazminat, mali olarak hesaplanabilecek tüm zararı, saptanabilir olmak kaydıyla mahrum kalınan kazançlar da dahil olmak üzere kapsar.¹³⁷ Bir uluslararası haksız fiilden sorumlu devlet, bu fiil ile neden olunan zarar için, bu zarar, eski hale iade ile ya da tazminat ile onarılamadığı

¹³² A/RES/56/83 mad. 31/1.

¹³³ A/RES/56/83 mad. 31/2.

¹³⁴ A/RES/56/83 mad. 34.

¹³⁵ A/RES/56/83 mad. 35.

¹³⁶ A/RES/56/83 mad. 36/1.

¹³⁷ A/RES/56/83 mad. 36/2.

ölçüde tarziye vermek yükümlülüğündedir.¹³⁸ Tarziye, ihlalin kabul edilmesi, üzüntünün beyan edilmesi, resmi özür dilenmesi ya da diğer uygun biçimlerde olabilir.¹³⁹ Tarziye, zarar ile orantısız olmamalıdır ve sorumlu devlet için küçük düşürücü bir biçim almamalıdır.¹⁴⁰ Tazminat söz konusuysa ana meblağ üzerinden ödenmesi gereken faizler, eksiksiz bir onarımı temin etmek ölçüsünde ödenir. Faiz oranı ve hesaplama biçimi bu neticeyi elde edecek şekilde belirlenir.¹⁴¹ Faizler, hükmedilen anaparanın muaccel olduğu tarihten başlatılarak, ödemenin fiilen yapıldığı tarihe kadar geçen süre için uygulanır.¹⁴²

B. ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKU BAKIMINDAN SİLAHLI SALDIRI ÇERÇEVESİNDE RUSYA-UKRAYNA SAVAŞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Uluslararası sorumluluk hukuku bakımından Rusya-Ukrayna savaşının değerlendirilmesi için uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı davranışların varlıklarının belirlenmesi kadar bu davranışların isnat edilmesi meselesinin de çözülmesi gerekmektedir. İhlal ve isnadın birlikte varlıklarının gösterilmesi ile uluslararası haksız fiilin varlığı ispat edilebilir ve uluslararası haksız fiilin varlığının ispatı da uluslararası sorumluluğu doğurur. İsnat meselesinin çözülmesi için devlet organlarının davranışlarının isnat edilmesi; kamu gücü yetkilerini kullanırken bir kişinin ya da bir birimin davranışının isnat edilmesi; bir devlete bir başka devlet tarafından emrine verilmiş bir organın davranışının isnat edilmesi; yetki aşımı ya da talimatlara aykırı davranışın isnat edilmesi; devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken ki davranışın isnat edilmesi; resmi otoritelerin yokluğu ya da yetersizliği hâlindeki davranışın isnat edilmesi; bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışının isnat edilmesi; devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranışın isnat edilmesine ilişkin uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının bilinmesi ve bu kuralların somut olaylara uygulanması ve olaydaki hukuki durumun somut olarak tespit edilmesi gerekmektedir.¹⁴³

1. Silahlı Saldırıdan Ötürü Uluslararası Sorumluluğun Doğumu

Devlet Organlarının Davranışlarının İsnat Edilmesi hakkında şunlar mutlaka belirtilmelidir: İsnat kurallarına ilişkin A/RES/56/83 Belgesi maddelerinin ilki dördüncü maddedir. Dördüncü madde “Devlet organlarının davranışları” başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

¹³⁸ A/RES/56/83 mad. 37/1.

¹³⁹ A/RES/56/83 mad. 37/2.

¹⁴⁰ A/RES/56/83 mad. 37/3.

¹⁴¹ A/RES/56/83 mad. 38/1.

¹⁴² A/RES/56/83 mad. 38/2.

¹⁴³ Hakkı Hakan Erkiner, “Uluslararası Hukukta İsnat Meselesi Bakımından Soykırım İddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırım İddiasının Değerlendirilmesi”, s. 78.

1. Uluslararası hukuka göre, bir organ, ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezi idare içinde, ister bir yerel idare niteliğinde olsun, bütün devlet organlarının davranışları devletin bir fiili olarak kabul edilir.¹⁴⁴

2. Organ, iç hukuka göre bu statüye sahip her kişi ya da birimi kapsar.¹⁴⁵

Kamu Gücü Yetkilerini Kullanırken Bir Kişinin ya da Bir Birimin Davranışının İsnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te beşinci madde "Kamu gücü yetkilerini kullanırken bir kişinin ya da bir birimin davranışı" başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

*"Dördüncü madde kapsamında devlet organı olmayan fakat bu devletin hukuku tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da bir birimin davranışı, olayda bu kişi ya da birim bu nitelikte davrandığı sürece uluslararası hukuka göre bir devlet fiili olarak kabul edilir."*¹⁴⁶

Maddede geçen "birim" tabiri doğrudan devlet organı olmayan fakat iç hukuk tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak üzere yetkilendirilmiş farklı kurum ve kuruluşları tanımlamaktadır. Bunlar kamuya ait şirketler, çeşitli kamu kurum ve kuruluşları ve bazı durumlarda özel şirketler olabilir. Böyle bir birimin davranışlarının devlete isnat edilebilmesi için olağan olarak devlet organları tarafından yerine getirilen kamu işlemi niteliğindeki davranışları yapabilmesi için iç hukuk tarafından bu birime yetki verilmiş olması gereklidir. Bazı ülkelerde, özel güvenlik şirketlerinin çalışanlarının ceza evlerinde gardiyan görevini yerine getirmeleri buna örnek oluşturmaktadır. Özel ya da kamu ya ait hava ve tren yolu şirketlerinde çalışanların kolluğa ait çeşitli görevleri yerine getirdiği durumlarda örnek teşkil eder.¹⁴⁷

Bir Devlete Bir Başka Devlet Tarafından Emrine Verilmiş Bir Organın Davranışının İsnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te altıncı madde "Bir başka devlet tarafından bir devletin emrine verilmiş bir organın davranışı" başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

¹⁴⁴ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 4/1; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 4/1.

¹⁴⁵ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 4/2; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 4/2.

¹⁴⁶ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 5; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 5.

¹⁴⁷ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, ss. 96-99; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, ss. 42-43.

*“Bir başka devlet tarafından bir devletin emrine verilmiş bir organın davranışı, bu organın emri altında bulunduğu devletin kamu gücü yetkilerini kullandığı sürece, uluslararası hukuka göre emri altında bulunduğu devletin fiili olarak kabul edilir.”*¹⁴⁸

Altıncı madde bağlamında davranışın devlete isnat edilebilmesi için, organın, emrine veren devletin bir devlet organı olması gerekmektedir. İkinci koşul olarak ise, bu organın, emrine verilen devletin kamu gücüne ait bir yetkisini kullanması gerekmektedir.¹⁴⁹

Yetki Aşımı ya da Talimatlara Aykırı Davranışın Isnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te yedinci madde “Yetki aşımı ya da talimatlara aykırı davranış” başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

*“Bir devlet organının davranışı ya da kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da birimin davranışı, bu organ, kişi ya da birim bu nitelikte hareket ederken, yetkisini aşıya ya da talimatlara aykırı hareket etse bile, uluslararası hukuka göre devletin fiili kabul edilir.”*¹⁵⁰

Yedinci maddede belirtilen kuralın uygulanabilmesi için çözülmesi gereken esas sorun, resmi organın eylemini sergilerken, organın resmi sıfatı ve niteliği ile hareket edip etmediğinin belirlenmesidir. Belirlenmesi gereken, bir yanda memurların, memur sıfatıyla hukuka aykırı ya da sahip oldukları yetkileri çiğneyerek ve ihlal ederek hareket ettikleri haller ile öte yanda hareketlerinin resmi sıfatlarının oldukça uzağında olduğu ve neredeyse özel şahsiyetleri alanına dahil edilebilecek ve devletin sorumlu kılınamayacağı hallerdir. Sorun yetki verilmemiş fakat halen resmi bir davranışla, özel, kişisel bir davranış arasındaki sınırın belirlenmesi sorunudur. Söz konusu eylem sistematik ve tekrar edilen nitelikte ise devlet tarafından bilinir ya da bilinebilir olabileceğinden ötürü önlenmesi için devletin gereken önlemleri alması ve engel olması mecburiyeti vardır. Bunun belirlenebilmesi her somut olayda resmi memurun davranışının niteliğinin incelenmesi ile mümkündür ve söz konusu sınır böylelikle çizilebilir.¹⁵¹ Memurun özel alanında, kişisel olarak yaptığı, resmi sıfatıyla ilgisi olmayan, ilgisi kurulamayan davranışları 7'nci

¹⁴⁸ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 6; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 6.

¹⁴⁹ Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği Isnat Kuralları”, s. 159; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 129.

¹⁵⁰ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 7; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 7.

¹⁵¹ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 108; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 46.

madde çerçevesinde devlete isnat edilemezler. 7'nci madde resmi memurun *ultra vires* davranışları için geçerlidir.¹⁵²

Devletin Yönlendirmesi ya da Denetimi Altında İken ki Davranışın İsnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te sekizinci madde "Devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken davranış" başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

"Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, devletin talimatları, emri ya da denetimi altında ise, uluslararası hukuka göre devletin fiili olarak kabul edilir."¹⁵³

Uluslararası hukuka göre genel kural olarak, gerçek ve tüzel özel hukuk kişilerinin davranışları devlete isnat edilebilir değildir. Bununla beraber 8'inci madde özel hukuk kişisi olan bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışının eğer bu davranış devletin talimatı, emri ya da denetimiyle yapılmışsa devlete isnat edileceğini belirtmektedir. Bu gibi durumlarda bu kişilerin davranışı ile devlet arasında bir bağ kurulabildiğinden ötürü, devlete isnat kabiliyeti bulunmaktadır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, eylemde bulunanların devlete tamamen bağlı olması durumunda onun devlet organı sayılmasından ötürü davranışın devlete isnat edilecek olması, bunun gerçekleşmemesi durumunda ise eylemde bulunanların devletin etkin denetimi altında hareket etmeleri durumunda davranışın devlete isnat edilecek olmasıdır. İlk durum Komisyon'un 4'üncü maddesinde ifade edilen kuralın uygulanması; ikinci durum Komisyon'un 8'inci maddesinde ifade edilen kuralın uygulanmasıdır. İlk durumda tamamen bağımlılık (*totale dépendance; complete dependence*) aranmalı, ikinci durumda etkin denetim (*contrôle effectif*¹⁵⁴; *effective control*¹⁵⁵) aranmalıdır. Üstüne üstlük ikinci durumda etkin denetim her somut eylem için müstakilen aranmalıdır. Öyleyse bir yerde etkin denetim altında eylemde bulunmuşsa devlete isnat mümkün olacak fakat bir başka yerde etkin denetimi yoksa eylem devlete isnat edilemeyecektir. Bir başka şekilde açıklamak gerekirse, genel bir denetim (*contrôle global; overall control*) eylemin devlete isnat edilmesi için yetmemekte, bilakis isnat edilmek istenen davranış işlenirken, devletin etkin denetimi altında işlenmiş olmalıdır.¹⁵⁶

¹⁵² Hakkı Hakan Erkiner, "Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-2, Yıl 2007, s. 163; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 133.

¹⁵³ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 8; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 8.

¹⁵⁴ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 111.

¹⁵⁵ Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 47.

¹⁵⁶ Hakkı Hakan Erkiner, "Uluslararası Hukukta İsnat Meselesi Bakımından Soykırım İddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırım İddiasının Değerlendirilmesi", s. 91.

Resmi Otoritelerin Yokluğu ya da Yetersizliği Halindeki Davranışın İsnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te dokuzuncu madde "Resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği halindeki davranış" başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

*"Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup, resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği halinde, kamu gücü yetkilerini kullanıyorsa ve koşullar bu yetkilerin kullanılmasını gerektiriyorsa, uluslararası hukuka göre devletin fiili olarak kabul edilir."*¹⁵⁷

Dokuzuncu madde, istisnai bir durumu öngörmekte ve buna göre bir düzenleme getirmektedir. Bu istisnai durum, bir kişinin ya da bir grup kişinin, resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliğinde, kamu gücü yetkilerini kullanmasıdır. Durumun istisnai olduğunu vurgulayan formül madde içinde "koşulların bu yetkilerin kullanılmasını gerektirmesi" şeklinde ifade edilmiştir. Bu öngörü, bir devrim, bir silahlı çatışma, yabancı işgali gibi, olağan otoritenin kaybolduğu ya da etkisizleştiği durumlarda meydana gelebilir. Bu durum, devrimi ya da yabancı işgalini takiben hukuki otoritenin tekrar tesis edilmeye çalışıldığı dönemde de meydana gelebilir. 9'uncu maddenin üzerine dayandığı ilke biraz eski bir düşüncenin mirası olduğunu çağırıştır-maktadır. Bu düşünce ayaklanma hakkı olarak da ifade edilebilecek olan, düzenli kuvvetlerin etkisizleştiği ya da yok olduğu durumlarda vatandaşların kendilerini savunma haklarının mevcut olduğu düşüncesidir. Bu hakkın hukukun meşruluğu 1907 La Haye Kara Savaşı Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde tanınmıştır. Aynı şekilde 1949 Cenevre Savaş Esirleri Konvansiyonu da böyle bir hakkı meşru sayar.¹⁵⁸

9'uncu madde davranışın devlete isnat edilebilmesi üç şartın varlığını arar. İlk olarak, davranış etkin olarak kamu gücü yetkilerinin kullanılması niteliğinde olmalıdır; ikinci olarak böyle bir davranış resmi otoritenin kaybolduğu bir durumda gerçekleşmelidir; üçüncü olarak şartlar böyle bir davranışın gerekliliğini doğrulamalıdır.

İlk şarta ilişkin belirtilmesi gereken husus, kişinin ya da bir grup kişinin kamu yetkilerini kendi inisiyatifleri ile kullanmalarıdır. Böyle bir durumda normal devlet aygıtının yerini kendi inisiyatifleri ile kişiler doldurmaktadır. Bu durum devletin ülkesinin bir kısmında ya da genelinde gerçekleşebilir. İkinci şartta resmi devlet otoritesi ülkenin genelinde ya da bir kısmında belirli bir süre için ortadan kaybolmuş durumdadır. Üçüncü şart için ise koşul-

¹⁵⁷ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 9; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 9.

¹⁵⁸ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 115; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 49.

ların böyle bir davranışı gerçekten gerektirmesi aranmaktadır. Örneğin resmi kamu otoritesinin ortadan kaybolduğu bir durumda kolluk vazifelerinin, polis görevlerinin gayri resmi kişilerce ele alınıp uygulanması ihtiyacı söylenebilir. Herhalde bu şartların her birin somut olayda mevcut olduğunun iyice ortaya konması gerekmektedir.¹⁵⁹

Bir İsyan Hareketinin ya da Benzerinin Davranışının İsnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te onuncu madde "Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı" başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

"1. Devletin yeni hükümeti haline gelen bir isyan hareketinin davranışı, uluslararası hukuka göre bu devletin fiili olarak kabul edilir.

2. Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı, daha evvelden mevcut bir devletin ülkesinin bir kısmında ya da bunun idaresi altında olan bir toprakta yeni bir devlet kurmaya ulaşırsa, uluslararası hukuka göre bu yeni devletin fiili olarak kabul edilir.

*3. Bu madde, 4'üncü maddeden 9'uncu maddeye kadar olan maddeler uyarınca, devletin fiili olarak kabul edilmesi gereken bütün davranışların, bunlar herhangi bir biçimde isyan hareketinin davranışlarına bağlı olmuş olsa da, devlete isnat edilmesine engel olmaz."*¹⁶⁰

10'uncu madde, daha sonradan devletin yeni hükümeti haline gelen ya da yeni bir devlet kuran bir isyan hareketinin davranışlarının devlete isnat edilmesi meselesini düzenlemektedir. Başlangıçta isyan hareketinin üyelerinin davranışları sıradan kişi davranışları olarak belirir. Bu nedenle elbette bir kitlesel gösteriye katılan kişilerin davranışları devlete isnat edilebilir değildir. Bundan daha fazla organize olmuş, etkin eylemler yapabilen bir hareketin de davranışları devlete isnat edilebilir değildir. Herhangi bir hareketin devlete mücadelesi esnasında yapmış olduğu davranışlar devlete isnat edilebilir değildir. Bir başka ifade ile başarısız olmuş isyan hareketlerinin davranışları devlete isnat edilemez. Ancak bir isyan hareketi, hükümet olabilmeyi başarırsa ya da yeni bir devlet kurabilirse hareketleri devlete isnat edilebilir. Ancak devletin iyi niyete aykırı bir tutumla isyanın bastırılmasında bir ihmalinin olmaması gerekmektedir. Bir isyan hareketi hükümet olmayı başardığında ya da yeni devlet kurduğunda devlete isnat edilebilecek davranışlar, isyan hareketi sırasında, hareketin üyelerinin kendiliklerinden yapmış olduğu kişisel davranışlar değil fakat harekete yüklenebilecek davranışlardır.¹⁶¹

¹⁵⁹ Hakkı Hakan Erkiner, "Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları", s. 174; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 142.

¹⁶⁰ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 10; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 10.

¹⁶¹ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 120; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 50.

Bir öngörü olarak denilebilir ki, hükümet olmayı başarmış bir hareketin idareci kadroları yeni hükümetin de idarecilerini oluşturacaklardır. Bu şartlarda elbette mücadeleyi sürdürürken sergiledikleri davranışlar hükümeti oldukları devlete isnat edilecektir. Nitekim uluslararası hukuk kişisi olarak devlet mevcut olduğundan davranışların sorumluluğunun doğabilmesi için de bunların devlete isnat edilmesi gerekmektedir. Öte yandan eğer devletin isyan hareketi sürdürülürken meşru hükümeti isyancılarla bir uzlaşmaya varırsa, bir barış yapılırsa isyancıların davranışlarının devlete isnat edilmesi söz konusu olmayacaktır. Diğer taraftan, isyan hareketi mücadele ettiği devletin ülkesinin bir kısmında ya da bu devletin idaresi altında olan bir toprakta yeni bir devlet kurmayı başarırsa bu yeni devlete isyancıların davranışları isnat edilecektir.¹⁶²

Devlet Tarafından Kendisinin Olarak Tanınan ve Benimsenen Davranışın Isnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te on birinci madde "Devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranış" başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

*"Önceki maddelere göre devlete isnat edilemeyen bir davranış, bu devlet tarafından söz konusu davranışın kendi davranışı olarak tanındığı ve benimsendiği halde ve ölçüde, uluslararası hukuka göre bu devletin fiili olarak kabul edilir."*¹⁶³

2. Silahlı Saldırdan Ötürü Uluslararası Sorumluluğun Sonucu

A/RES/56/83 madde 12'ye göre devletin fiili, uluslararası yükümlülük uyarınca kendisinden istenen fiile uygun olmadığında, söz konusu devlet tarafından, yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun, bir uluslararası yükümlülüğün ihlaline neden olunmuştur. BM Şartı madde 2/4'ün ihlali uluslararası bakımdan bir haksız fiildir ve devletin sorumluluğunu doğurur. Fiil gerçekleştiği anda devlet söz konusu yükümlülük ile bağlı değilse, devletin fiili bir uluslararası yükümlülüğün ihlalini oluşturmaz.¹⁶⁴ BM Şartı madde 2/4, emredici hukuk kuralı yani *jus cogens* olduğu için bundan doğan yükümlülük de *erga omnes* yükümlülüktür ve BM Şartı madde 2/4 kuralından doğan yükümlülük *erga omnes* yükümlülük olduğu için bütün devletler onunla bağlıdır. Bu bakımdan BM Şartı'na taraf olmak ya da olmamak bir fark yaratmaz.

Devletin süreklilik niteliği olmayan bir fiilinden ötürü bir uluslararası yükümlülüğün ihlali, neticeleri devam etse dahi, fiilin gerçekleştiği anda

¹⁶² Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 122; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 51.

¹⁶³ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 11; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 11.

¹⁶⁴ A/RES/56/83 mad. 13.

meydana gelmiştir.¹⁶⁵ Devletin süreklilik niteliği olan bir fiilinden ötürü bir uluslararası yükümlülüğün ihlali, fiilin devam ettiği ve uluslararası yükümlülüğe aykırı kaldığı bütün süreye yayılır.¹⁶⁶ Bir devletin belirli bir olayı önlemek uluslararası yükümlülüğünün ihlali, olayın meydana geldiği anda oluşur ve olay devam ettiği ve bu yükümlülüğe aykırı kaldığı bütün süre boyunca yayılır.¹⁶⁷ BM Şartı madde 2/4'deki uluslararası yükümlülüğün ihlalinin zamana yayılması hususunda da anılan kurallar her somut olayda değerlendirilmelidir.

BM Şartı madde 2/4'deki uluslararası yükümlülüğün ihlalinin bileşik bir davranışla meydana gelmesi durumunda, bütününde haksız olarak tanımlanan bir dizi icra ya da ihmal suretindeki davranış nedeniyle bir uluslararası yükümlülüğün ihlali, diğer icra ya da ihmal suretindeki davranışlar ile birleşik olan ve haksız fiili oluşturmaya yeterli davranışın olduğu anda gerçekleşmiştir.¹⁶⁸ Böylesi hallerde ihlal, dizinin ilk icra ya da ihmal suretindeki davranışıyla başlayan bütün süreye yayılır ve bu icra ya da ihmal suretindeki davranışlar tekrar edildiği ve söz konusu uluslararası yükümlülüğe aykırı kaldığı sürece devam eder.¹⁶⁹

Bir başka devletin BM Şartı madde 2/4'ü çiğneyen uluslararası haksız fiiline yardım eden devlet, böyle davrandığı için şu halde uluslararası bakımdan sorumludur: Söz konusu devlet uluslararası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa ve fiil bu devlet tarafından yapılıyorsa dahi uluslararası bakımdan haksız olacak idiyse uluslararası bakımdan sorumludur.¹⁷⁰ BM Şartı madde 2/4'ü ihlal eden uluslararası haksız fiilin yapılmasında talimatlar ve denetim hususunda bir başka devlete talimatlar veren ve bu devlet üzerinde uluslararası haksız fiilin yapılmasında denetim uygulayan devlet, bu fiilden şu halde uluslararası bakımdan sorumludur: Söz konusu devlet uluslararası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa ve fiil bu devlet tarafından yapılıyorsa dahi uluslararası bakımdan haksız olacak idiyse uluslararası bakımdan sorumludur.¹⁷¹ Bir başka devleti BM Şartı madde 2/4'ü ihlal etmeye zorlayan devlet, ihlal teşkil eden fiilden şu halde sorumludur: Zorlanan devletin fiili, zorlama olmaksızın da bir uluslararası haksız fiil oluşturacak idiyse ve zorlama uygulayan devlet söz konusu fiile ilişkin koşulların bilincinde hareket ediyorsa uluslararası bakımdan sorumludur.¹⁷²

¹⁶⁵ A/RES/56/83 mad. 14/1.

¹⁶⁶ A/RES/56/83 mad. 14/2.

¹⁶⁷ A/RES/56/83 mad. 14/3.

¹⁶⁸ A/RES/56/83 mad. 15/1.

¹⁶⁹ A/RES/56/83 mad. 15/2.

¹⁷⁰ A/RES/56/83 mad. 16.

¹⁷¹ A/RES/56/83 mad. 17.

¹⁷² A/RES/56/83 mad. 18.

A/RES/56/83 Belgesi, devletlerin uluslararası haksız fiil hukukunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran halleri de sıralamıştır. Bunlar rıza,¹⁷³ meşru müdafaa,¹⁷⁴ karşı-önlemler,¹⁷⁵ mücbir sebep,¹⁷⁶ tehlike hali¹⁷⁷ ve zaruret halidir.¹⁷⁸ A/RES/56/83 madde 21 meşru müdafaayı düzenlemektedir. Buna göre, devletin fiilinin hukuka aykırılığı, fiil, BM Şartı'na uygun şekilde, meşru müdafaaya izin verilen ölçüler içerisinde ise, ortadan kalkar.¹⁷⁹ Ancak hukuka uygunluk sebepleri ve bunların arasında elbette meşru müdafaa da uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı herhangi bir devlet fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.¹⁸⁰ Bununla birlikte hukuka aykırılığı ortadan kaldıran halin mevcut olmadığı halde ve ölçüde, söz konusu yükümlülüğe yani konumuz itibarıyla BM Şartı madde 2/4'deki yükümlülüğe riayet etmek gereklidir. Buna ilaveten hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hali ileri sürmek söz konusu fiilin neden olduğu bütün zararın karşılanması meselesine hanel getirmez.¹⁸¹

Uluslararası haksız fiilin hukuki neticeleri, sorumlu devletin ihlal edilen yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesini etkilemez.¹⁸² Yükümlülüğüne riayet etmeye dönmesi gerekir. BM Şartı madde 2/4 bakımından kuvvet kullanma tehdidinde bulunan ya da kuvvet kullanan devlet, kuvvet kullanma tehdidinde bulunmamalı ya da kuvvet kullanıyorsa buna son vermelidir. A/RES/56/83 madde 30'a göre, BM Şartı madde 2/4'ü ihlal eden devletin şu yükümlülükleri vardır: Şayet devam ediyorsa haksız fiil teşkil eden davranışa son vermek ve eğer koşullar gerektiriyorsa, ihlalin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceleri sunmak.¹⁸³ Sorumlu devlet BM Şartı madde 2/4'ü ihlal ederek işlediği uluslararası haksız fiil ile neden olunan bütün zararı onarmak zorundadır.¹⁸⁴ Zarar, devletin uluslararası haksız fiilinin sonucu olan maddi ve manevi bütün zararı kapsar.¹⁸⁵ Sorumlu devlet, kendisini bağlayan yükümlülüklerine dair bir noksanlığı haklı çıkarmak için, iç hukukunun hükümlerinden yararlanamaz.¹⁸⁶

BM Şartı madde 2/4'ü ihlal ederek işlenen uluslararası haksız fiil ile neden olunmuş zararın tamamen onarımı, müstakilen ya da müştereken, eski

¹⁷³ A/RES/56/83 mad. 20.

¹⁷⁴ A/RES/56/83 mad. 21.

¹⁷⁵ A/RES/56/83 mad. 22.

¹⁷⁶ A/RES/56/83 mad. 23.

¹⁷⁷ A/RES/56/83 mad. 24.

¹⁷⁸ A/RES/56/83 mad. 25.

¹⁷⁹ A/RES/56/83 mad. 21.

¹⁸⁰ A/RES/56/83 mad. 26.

¹⁸¹ A/RES/56/83 mad. 27.

¹⁸² A/RES/56/83 mad. 29.

¹⁸³ A/RES/56/83 mad. 30.

¹⁸⁴ A/RES/56/83 mad. 31/1.

¹⁸⁵ A/RES/56/83 mad. 31/2.

¹⁸⁶ A/RES/56/83 mad. 32.

hale iade, tazminat ve tarziye biçimlerine bürünür.¹⁸⁷ Uluslararası nitelikteki bir haksız fiilin sorumlusu devlet, ihlal meydana gelmezden önceki halin yeniden tesis edilmesi için, eski hale iadeyi gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır; fakat eğer böyle bir eski hale iade maddi olarak imkansız ise ya da orantılılık ilkesine göre tazminata nazaran, tercih edilmeye değer bir fayda getirmiyor ise uygulanmaz.¹⁸⁸ Uluslararası haksız fiilin sorumlusu devlet, bu fiil ile neden olunan zararı, bu zarar eski hale iade ile onarılamadığı ölçüde, tazmin etmek yükümlülüğündedir.¹⁸⁹ Tazminat, mali olarak hesaplanabilecek tüm zararı, saptanabilir olmak kaydıyla mahrum kalınan kazançlar da dahil olmak üzere kapsar.¹⁹⁰ Bir uluslararası haksız fiilden sorumlu devlet, bu fiil ile neden olunan zarar için, bu zarar, eski hale iade ile ya da tazminat ile onarılamadığı ölçüde tarziye vermek yükümlülüğündedir.¹⁹¹ Tarziye, ihlalin kabul edilmesi, üzüntünün beyan edilmesi, resmi özür dilenmesi ya da diğer uygun biçimlerde olabilir.¹⁹² Tarziye, zarar ile orantısız olmamalıdır ve sorumlu devlet için küçük düşürücü bir biçim almamalıdır.¹⁹³ Tazminat söz konusuysa ana meblağ üzerinden ödenmesi gereken faizler, eksiksiz bir onarımı temin etmek ölçüsünde ödenir. Faiz oranı ve hesaplama biçimi bu neticeyi elde edecek şekilde belirlenir.¹⁹⁴ Faizler, hükmedilen anaparanın muaccel olduğu tarihten başlatılarak, ödemenin fiilen yapıldığı tarihe kadar geçen süre için uygulanır.¹⁹⁵

A/RES/56/83 Belgesi madde 40/1, BM Şartı madde 2/4'deki gibi uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün bir devlet tarafından ağır ihlalinden doğan uluslararası sorumluluğuna A/RES/56/83'deki madde 41'in uygulanacağını düzenlemektedir.¹⁹⁶ A/RES/56/83 madde 40/2'ye göre ise, böyle bir yükümlülüğün ihlali sorumlu devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması halinde ağırdır.¹⁹⁷

A/RES/56/83 madde 41/1'e göre devletler uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün ağır ihlaline son vermek için meşru araçlarla işbirliği yapmalıdırlar.¹⁹⁸ 41/2'ye göre, hiçbir devlet uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün ağır ihlalinden doğan bir durumu meşru olarak tanımamalı ve bu duru-

¹⁸⁷ A/RES/56/83 mad. 34.

¹⁸⁸ A/RES/56/83 mad. 35.

¹⁸⁹ A/RES/56/83 mad. 36/1.

¹⁹⁰ A/RES/56/83 mad. 36/2.

¹⁹¹ A/RES/56/83 mad. 37/1.

¹⁹² A/RES/56/83 mad. 37/2.

¹⁹³ A/RES/56/83 mad. 37/3.

¹⁹⁴ A/RES/56/83 mad. 38/1.

¹⁹⁵ A/RES/56/83 mad. 38/2.

¹⁹⁶ A/RES/56/83 mad. 40/1.

¹⁹⁷ A/RES/56/83 mad. 40/2.

¹⁹⁸ A/RES/56/83 mad. 41/1.

mun muhafazası için yardım etmemelidir ya da destek vermemelidir.¹⁹⁹ UHK tarafından kendilerine yer verilen anılan bu düzenlemeler tam anlamıyla uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını yansıtmamaktadır. Devletler hukukunun uluslararası teamül hukuku kuralları anılan yükümlülükleri tam anlamıyla getirmemektedir. UHK'nun bu husustaki düzenlemesi halihazırda olan hukuktan çok olmasını dilediği hukuku yansıtmaktadır.

Bir devletin sorumluluğu, ihlal edilen yükümlülük kendisine karşı bireysel bir borç oluşturuyor ya da kendisinin parçası olduğu bir grup devlete karşı ya da uluslararası topluluğun bütününe karşı borç oluşturuyor ise bir devlet tarafından ileri sürülebilir.²⁰⁰ BM Şartı madde 2/4'den doğan uluslararası yükümlülük *jus cogens* bir normdan doğan *erga omnes* bir yükümlülük olduğu için uluslararası topluluğun bütününe karşı borç oluşturur ve ihlali durumunda doğrudan mağdur olan devletle birlikte bütün diğer devletler de ihlalde bulunan devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilir.

Sorumluluğu ileri süren mağdur devlet talebini sorumluluğunu ileri sürdüğü devlete bildirir.²⁰¹ Mağdur devlet özellikle, şayet devam ediyorsa sorumlu devletin haksız fiile son vermek için yerine getirmesi gereken davranışı ve onarımın alması gereken şekli belirtebilir.²⁰² Aynı uluslararası haksız fiil ile birden çok devlet mağdur olduğunda, her mağdur devlet, uluslararası haksız fiili işleyen devletin sorumluluğuna ayrı ayrı başvurabilir.²⁰³ Aynı uluslararası haksız fiilden birden fazla devlet sorumlu olduğunda, bu fiilden ötürü her devletin sorumluluğuna başvurulabilir.²⁰⁴ İhlal edilen yükümlülük kendisinin de parçası olduğu bir grup devlete yönelik ise ve şayet yükümlülük grubun kolektif bir menfaatini koruma amacıyla konulmuşsa ya da ihlal edilen yükümlülük uluslararası toplumun geneline yönelik olan bir yükümlülük ise mağdur devletten başka her devletin de bir başka devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır.²⁰⁵ Sorumluluğa başvurma hakkına sahip her devlet sorumlu devletten şunları isteyebilir: Uluslararası haksız fiile son verilmesini ve tekrar edilmeyeceğine dair güvenceler ve garantiler verilmesini ve mağdur devletin lehine olarak ya da ihlal edilen yükümlülükten yararlananların lehine olarak onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini.²⁰⁶ Şayet sorumlu devlet, sorumluluğundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınırsa, mağdur devlet, sorumlu devlete yönelik olarak karşı-önlemler uygulayabilir. Mağdur devlet sorumlu devlete karşı bu karşı-önlemleri, onun uluslararası haksız fiilden doğan sorumluluğundan kaynak-

¹⁹⁹ A/RES/56/83 mad. 41/2.

²⁰⁰ A/RES/56/83 mad. 42.

²⁰¹ A/RES/56/83 mad. 43/1.

²⁰² A/RES/56/83 mad. 43/2.

²⁰³ A/RES/56/83 mad. 46.

²⁰⁴ A/RES/56/83 mad. 47/1.

²⁰⁵ A/RES/56/83 mad. 48/1.

²⁰⁶ A/RES/56/83 mad. 48/2.

lanan haksız fiile son verme ve onarım yükümlülüklerini yerine getirmesi için başvurmaktadır.²⁰⁷ Bu karşı-önlemler, mağdur devletin sorumlu devlete karşı olan uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemesi şeklinde uygulanır.²⁰⁸ Nitekim A/RES/56/83 madde 22'de, "Bir devletin bir başka devlete karşı olan uluslararası bir yükümlülüğüne aykırı bir davranışındaki hukuka aykırılık, bu davranışın diğer devlete karşı, üçüncü bölümün ikinci başına uygun olarak alınmış bir karşı önlem oluşturduğu ölçüde, ortadan kalkar" denilmiştir.²⁰⁹

Mağdur devlet karşı-önlemleri ancak haksız fiilden sorumlu devlete karşı, bu devleti sorumluluğu uyarınca yerine getirmek zorunda olduğu onarım yükümlülüklerini uygulamaya yöneltmek için alabilir.²¹⁰ Karşı-önlemler, bu önlemleri alan devletin, sorumlu devlete yönelik olan uluslararası yükümlülüklerinin bir süre için yerine getirilmemesi ile sınırlıdır.²¹¹ Karşı-önlemler, mümkün olduğunca, söz konusu yükümlülüklerin yeniden uygulanmasına imkan verecek bir şekilde alınmalıdır.²¹²

Karşı-önlemler şunları hiçbir şekilde etkileyemezler: BM Şartı'nda belirtildiği üzere kuvvet kullanma tehdidinde bulunmama ya da kuvvet kullanmama yükümlülüğünü; temel insan haklarının korunmasını ihtiva eden yükümlülükleri; misillemeleri yasaklayan insancıl nitelikli yükümlülükleri; genel uluslararası hukukun emredici hükümlerinden kaynaklanan diğer yükümlülükleri.²¹³

Karşı-önlemleri alan devlet kendisinden beklenen şu yükümlülüklerden kurtulamaz: Kendisi ve sorumlu devlet arasında, uyuşmazlıkların çözülmesi usulüne ilişkin kurallar uyarınca uygulananlar; diplomatik temsilcilik ve konsolosluk ajanlarının, mekanlarının, arşivlerinin ve belgelerinin dokunulmazlığına saygıya ilişkin olanlar.²¹⁴

Karşı-önlemler, uğranılan zarar, haksız fiilin ağırlığının neticesi ve söz konusu haklar ile orantılı olmalıdır.²¹⁵ Karşı-önlem almadan önce mağdur devlet, sorumlu devletten kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmesini istemelidir ve sorumlu devlete, karşı-önlem almaya dair bütün kararlarını bildirmeli ve görüşme teklif etmelidir.²¹⁶ Uluslararası haksız fiil sona ermişse ve uyuşmazlık, taraflar için kararı mecburi olan bir divanın ya da bir mahkemenin önünde derdest ise ve şayet sorumlu devlet uyuşmazlıkların çözülme-

²⁰⁷ Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 268.

²⁰⁸ Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 268.

²⁰⁹ A/RES/56/83 mad. 22.

²¹⁰ A/RES/56/83 mad. 49/1.

²¹¹ A/RES/56/83 mad. 49/2.

²¹² A/RES/56/83 mad. 49/3.

²¹³ A/RES/56/83 mad. 50/1.

²¹⁴ A/RES/56/83 mad. 50/2.

²¹⁵ A/RES/56/83 mad. 51.

²¹⁶ A/RES/56/83 mad. 52.

si usulüne uymaya ilişkin iyi niyetli davranıyorsa karşı-önlemler haksız bir gecikmede bulunulmadan yürürlükten kaldırılmalıdır.²¹⁷ Sorumlu devletin uluslararası haksız fiilden ötürü kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmesinden itibaren karşı-önlemlere son verilmelidir.²¹⁸

Bu anılan A/RES/56/83 maddeleri, BM Şartı'na hanel getirmez.²¹⁹ Yukarıda ifade ettiğimiz gibi BM Şartı 2/4'ün ihlalinin neticeleri uluslararası hukuk bünyesinde iki boyutta ele alınmalıdır. Bunlardan ilki devletlerin uluslararası sorumluluk hukuku ve diğeri uluslararası barış ve güvenlik hukukudur. A/RES/56/83 madde 1'e göre bir devletin uluslararası bakımdan her haksız fiili, o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. BM Şartı madde 2/4'ün ihlali uluslararası bakımdan bir haksız fiildir ve devletin sorumluluğunu doğurur ve neticelerine üstteki satırlarda işaret edilmiştir. Uluslararası barış ve güvenlik hukuku bakımından ise BM Şartı madde 2/4'ün ihlali, mağdur devlete meşru müdafaa hakkına başvurma yetkisi verir. Bu iki sonuç saldırının varlığının hukuki anlamını ve değerini oluşturur.

SONUÇ

21 Şubat 2022'de Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin, 2014'te Ukrayna'nın doğusunda Rusya yanlısı bölücü-ayrılıkçıların Ukrayna topraklarında oluşturdukları iki fiili (de facto) yönetim olan Donetsk ve Lugansk Halk Cumhuriyetlerinin bağımsızlığını tanıyan kararnameyi Kremlin Sarayı'nda imzaladı. Hemen sonrasında Rusya Devlet Başkanı Putin Rus Ordusu'na Donetsk ve Lugansk Cumhuriyetlerinde barışın korunması talimatını verdi. Böylelikle Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin 2015 yıl ve 2202 sayılı kararında kabul edilen Minsk Anlaşmaları çöğnendi. Putin, 24 Şubat'ta Ukrayna'ya karşı Rusya'nın Özel Askeri Operasyon adını verdiği silahlı saldırıyı başlattı. BM Antlaşması madde 2/4'ün getirdiği uluslararası hukukun emredici bir kuralı, başka bir ifade ile *jus cogens* norm olan kuvvet kullanma yasağının ihlali olan bu silahlı saldırıyı Rusya Devlet Başkanı dört başlıkta belirtilebilecek gerekçelere dayandırmaya çalıştı. Bunlar şu şekilde sıralanmaktadır: 1. Ukrayna, Rusya için bir silahlı saldırı tehdididir; 2. Ukrayna Donbas'ta soykırım yapıyor; 3. Ukrayna'da Neo-Nazi Rejimi var; 4. Ukrayna tarihsel olarak Rusya'nın parçasıdır. Uluslararası Hukuk anılan bu olay karşısında Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku ve Uluslararası Sorumluluk Hukuku mekanizmaları ile hukuki reaksiyon verecek olan bir normatif sistemdir. 21 Şubat 2022'de Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin, 2014'te Ukrayna'nın doğusunda Rusya yanlısı bölücü-ayrılıkçıların Ukrayna topraklarında oluşturdukları iki fiili (de facto) yönetim olan Donetsk ve Lugansk Halk Cumhuriyetlerinin bağımsızlığını tanıyan kararnameyi Kremlin Sarayı'nda imzaladı. Hemen

²¹⁷ A/RES/56/83 mad. 52.

²¹⁸ A/RES/56/83 mad. 53.

²¹⁹ A/RES/56/83 mad. 59.

sonrasında Rusya Devlet Başkanı Putin Rus Ordusu'na Donetsk ve Lugansk Cumhuriyetlerinde barışın korunması talimatını verdi. Böylelikle Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin 2015 yıl ve 2202 sayılı kararında kabul edilen Minsk Anlaşmaları çiğnendi. Putin, 24 Şubat'ta Ukrayna'ya karşı Rusya'nın Özel Askeri Operasyon adını verdiği silahlı saldırıyı başlattı. BM Antlaşması madde 2/4'ün getirdiği uluslararası hukukun emredici bir kuralı, başka bir ifade ile *jus cogens* norm olan kuvvet kullanma yasağının ihlali olan bu silahlı saldırıyı Rusya Devlet Başkanı dört başlıkta belirtilebilecek gerekçelere dayandırmaya çalıştı. Bunlar şu şekilde sıralanmaktadır: 1. Ukrayna, Rusya için bir silahlı saldırı tehdididir; 2. Ukrayna Donbas'ta soykırım yapıyor; 3. Ukrayna'da Neo-Nazi Rejimi var; 4. Ukrayna tarihsel olarak Rusya'nın parçasıdır. Uluslararası Hukuk anılan bu olay karşısında Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku ve Uluslararası Sorumluluk Hukuku mekanizmaları ile hukuki reaksiyon verecek olan bir normatif sistemdir. Etkinliği ve işlevselliği irdelenecek olsa da irdelenmeye gerek olmayan aşikâr husus meşruiyet iddialarının ve gayrimeşruluk ithamlarının Uluslararası Hukukun kavram, müessesese ve mekanizmaları ile yapılıyor olduğudur. Bu nedenle Rusya tarafından ileri sürülen savların Uluslararası Hukuka göre meşru savlar mı yoksa gayrimeşru savlar mı olduğunun tespiti devletlerarasındaki meşruiyet mücadelesinin bilimsel olarak aydınlatılması için elzemdir. Bu bağlamda Rusya'nın savları Uluslararası Hukukun şu kavram ve müesseseleri ile ilişkilidir: Rusya'nın birinci savı ile ilgili olarak, kuvvet kullanma yasağı, kuvvet kullanma tehdidi, silahlı saldırı, yakın bir tehlike, olması muhtemmel bir tehlike, olması muhtemmel bir tehlike, meşru müdafaa hakkı, kuvvet kullanma yetkisi; Rusya'nın ikinci savı ile ilgili olarak, self-determinasyon yani kendi kaderini tayin hakkı, sömürge yönetimi, soykırım, bağımsızlık; üçüncü sav ile ilgili olarak, iç işlerine karışma yasağı; dördüncü sav ile ilgili olarak, egemenlik, toprak bütünlüğü, *jus cogens* norm, *erga omnes* yükümlülük. Hemen ilk sav için örneğin şu tespiti sunalım: Uluslararası Hukukta kuvvet kullanma yasağının istisnası gene BM Antlaşması 51. maddede düzenlenen meşru müdafaa hakkıdır. Bu hakkı doğuran olay silahlı bir saldırıya uğramış olmaktır. Kolektif meşru müdafaa hakkı da vardır. Bununla birlikte henüz olmamış fakat olması muhtemmel yakın ve ciddi bir silahlı saldırı tehdidine karşı da meşru müdafaa hakkı devletlerin kabul ettiği ve uyguladığı uluslararası teamül hukuku kuralı olarak mevcuttur. Buna rağmen henüz olmamış fakat olacağı muhtemmel olmayan muhtemmel bir silahlı saldırıya karşı ön alıcı meşru müdafaa hakkı devletler tarafından kabul edilmiş ve uygulanan uluslararası teamül hukukunda reddedilmektedir. Rusya'nın dayandığı Ukrayna'nın bir silahlı saldırı tehdidi oluşturması olsa olsa ancak muhtemmel bir silahlı saldırı tehdididir ve Rusya'nın buna karşı meşru müdafaa hakkına dayanma olanağı hukuken yoktur.

BM Şartı madde 2/4, "Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına kar-

şı, gerek BM'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar." kuralını koymuştur. Yürürlükteki uluslararası hukukta kuvvet kullanmak ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak yasaktır; ancak uluslararası hukukta, sömürge idaresi altındaki halkların bağımsızlıklarını kazanarak kendi kaderlerini tayin etme diğer bir ifadeyle *self-determination* haklarına kavuşmaları için mücadele etmeleri ve bağımsızlık savaşı vermeleri, kuvvet kullanma yasağının dışında kabul edilmiştir. BM Genel Kurulu'nun 24.10.1970 tarihli ve 2625 (XXV) sayılı BM Antlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirgesi ile 25.6.1993 tarihli ve A/CONF 157/24 sayılı İnsan Hakları Dünya Konferansı'nda kabul edilen Viyana Bildirisi ve Eylem Programı'nda hiçbir ayırım yapmadan tüm toplumu temsil eden bir hükumete sahip devletlerde *self-determinasyon* ilkesinden yararlanılamayacağı öngörülmüştür. Bu husus uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan devletin ülkesel bütünlüğü ilkesine uygundur. Dolayısıyla Ukrayna'daki Rusların sırf Rus oldukları için ayrılma Ukrayna'dan ayrılma imkânı yoktur. Bu nedenle Ukrayna'daki Rusların soykırım mağduru olarak gösterilmeleri gerekmektedir. Soykırım mağduru olmak *self-determinasyon* hakkını tetikler. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Ukrayna Özel İzleme Misyonu, Avrupa Konseyi soykırımı ilişkin kanıt bulamadı. Divandaki yargılamada da aynı tespitte bulunuldu. Soykırım varsa ayrılma hakları olduğu için bu iddia sunulmuştur. Dolayısıyla bu iddia hakikat olmadığı için esasında bir dezenformasyon ve bölücülük için manipülasyondur. Rusya, Uluslararası Adalet Divanı önünde yaptığı savunmada Divan'ın 1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesi kapsamında yargı yetkisine sahip bulunmadığını, çünkü Rusya'nın askeri operasyonunu meşru müdafaa temelinde yaptığını belirtmiştir. Rusya, Ukrayna tarafından kendisine yönelik bir saldırı tehdidinin mevcudiyetinden hareketle askeri operasyonu başlattığını öne sürmüştür.

Önleyici meşru müdafaa hakkında devletler topluluğunun genelinde hukuki inanç, *opinio juris* varken, önalcı meşru müdafaa hakkında *opinio juris* yoktur. Rusya'nın iddiasına baktığımızda ne mevcut bir saldırı ne de muhakkak bir saldırıdan söz edebiliriz. Rusya'nın bu iddiası dayanaksız bir iddiadır. Ön alıcı meşru müdafaa hukuki değildir. Rusya, olması muhtemel bir saldırıya karşı meşru müdafaaada bulunduğunu iddia ediyor. Buna karşı meşru müdafaa olmaz. Olması muhakkak bir saldırıya karşı meşru müdafaa olur. Dolayısıyla, burada Ukrayna NATO'ya girerse muhakkak Rusya'ya saldırır denilemeyeceğine göre olması muhakkak bir saldırı değildir. Muhtemele karşı da meşru müdafaa hakkı yok. Rusya'nın fiilinin silahlı saldırı olduğunu tespit edebiliyoruz ve bu meşru müdafaa hakkını doğurur. Kimin meşru müdafaa hakkını doğurur? Ukrayna'nın.

A/RES/56/83 madde 12'ye göre devletin fiili, uluslararası yükümlülük uyarınca kendisinden istenen fiile uygun olmadığında, söz konusu devlet tarafından, yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun, bir uluslararası yükümlülüğün ihlaline neden olunmuştur. BM Şartı madde 2/4'ün ihlali uluslararası bakımdan bir haksız fiildir ve devletin sorumluluğunu doğurur. Fiil gerçekleştiği anda devlet söz konusu yükümlülük ile bağlı değilse, devletin fiili bir uluslararası yükümlülüğün ihlalini oluşturmaz. BM Şartı madde 2/4, emredici hukuk kuralı yani *jus cogens* olduğu için bundan doğan yükümlülük de *erga omnes* yükümlülüktür ve BM Şartı madde 2/4 kuralından doğan yükümlülük *erga omnes* yükümlülük olduğu için bütün devletler onunla bağlıdır. Bu bakımdan BM Şartı'na taraf olmak ya da olmamak bir fark yaratmaz. BM Şartı madde 2/4'ü ihlal ederek işlenen uluslararası haksız fiil ile neden olunmuş zararın tamamen onarımı, müstakilen ya da müştereken, eski hale iade, tazminat ve tarziye biçimlerine bürünür.

A/RES/56/83 Belgesi madde 40/1, BM Şartı madde 2/4'deki gibi uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün bir devlet tarafından ağır ihlalinden doğan uluslararası sorumluluğuna A/RES/56/83'deki madde 41'in uygulanacağını düzenlemektedir. A/RES/56/83 madde 40/2'ye göre ise, böyle bir yükümlülüğün ihlali sorumlu devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması halinde ağırdır. A/RES/56/83 madde 41/1'e göre devletler uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün ağır ihlaline son vermek için meşru araçlarla işbirliği yapmalıdırlar. 41/2'ye göre, hiçbir devlet uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün ağır ihlalinden doğan bir durumu meşru olarak tanımamalı ve bu durumun muhafazası için yardım etmemelidir ya da destek vermemelidir. UHK tarafından kendilerine yer verilen anılan bu düzenlemeler tam anlamıyla uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını yansıtmamaktadır. Devletler hukukunun uluslararası teamül hukuku kuralları anılan yükümlülükleri tam anlamıyla getirmemektedir. UHK'nun bu husustaki düzenlemesi halihazırda olan hukuktan çok olmasını dilediği hukuku yansıtmaktadır.

Şayet sorumlu devlet, sorumluluğundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınırsa, mağdur devlet, sorumlu devlete yönelik olarak karşı-önlemler uygulayabilir. Mağdur devlet sorumlu devlete karşı bu karşı-önlemleri, onun uluslararası haksız fiilden doğan sorumluluğundan kaynaklanan haksız fiile son verme ve onarım yükümlülüklerini yerine getirmesi için başvurmaktadır. Bu karşı-önlemler, mağdur devletin sorumlu devlete karşı olan uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemesi şeklinde uygulanır. Karşı-önlemler şunları hiçbir şekilde etkileyemezler: BM Şartı'nda belirtildiği üzere kuvvet kullanma tehdidinde bulunmama ya da kuvvet kullanmama yükümlülüğünü; temel insan haklarının korunmasını ihtiva eden yükümlülükleri; misillemeleri yasaklayan insancıl nitelikli yükümlülükleri; ge-

nel uluslararası hukukun emredici hükümlerinden kaynaklanan diğer yükümlülükleri.

Bu anılan A/RES/56/83 maddeleri, BM Şartı'na halel getirmez. BM Şartı 2/4'ün ihlalinin neticeleri uluslararası hukuk bünyesinde iki boyutta ele alınmalıdır. Bunlardan ilki devletlerin uluslararası sorumluluk hukuku ve diğeri uluslararası barış ve güvenlik hukukudur. A/RES/56/83 madde 1'e göre bir devletin uluslararası bakımdan her haksız fiili, o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. BM Şartı madde 2/4'ün ihlali uluslararası bakımdan bir haksız fiildir ve devletin sorumluluğunu doğurur. Uluslararası barış ve güvenlik hukuku bakımından ise BM Şartı madde 2/4'ün ihlali, mağdur devlete meşru müdafaa hakkına başvurma yetkisi verir. Bu iki sonuç saldırının varlığının hukuki anlamını ve değerini oluşturur.

Uluslararası sorumluluk hukuku bakımından Rusya-Ukrayna savaşının değerlendirilmesi için uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı davranışların varlıklarının belirlenmesi kadar bu davranışların isnat edilmesi meselesinin de çözümlenmesi gerekmektedir. İhlal ve isnadın birlikte varlıklarının gösterilmesi ile uluslararası haksız fiilin varlığı ispat edilebilir ve uluslararası haksız fiilin varlığının ispatı da uluslararası sorumluluğu doğurur. İsnat meselesinin çözümlenmesi için devlet organlarının davranışlarının isnat edilmesi; kamu gücü yetkilerini kullanırken bir kişinin ya da bir birimin davranışının isnat edilmesi; bir devlete bir başka devlet tarafından emrine verilmiş bir organın davranışının isnat edilmesi; yetki aşımı ya da talimatlara aykırı davranışın isnat edilmesi; devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken ki davranışın isnat edilmesi; resmi otoritelerin yokluğu ya da yetersizliği hâlindeki davranışın isnat edilmesi; bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışının isnat edilmesi; devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranışın isnat edilmesine ilişkin uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının bilinmesi ve bu kuralların somut olaylara uygulanması ve olaydaki hukuki durumun somut olarak tespit edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Acer, Yücel. *Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu*, Ankara, Roma Yayınları, 2004.
- Aksar, Yusuf. *Uluslararası Hukuk II*, Ankara, Seçkin, 2013.
- Aybay, Rona; Oral, Elif. *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Bannelier, Karine. "La lutte contre le terrorisme nucléaire", Bannelier, Karine, editör; Corten, Olivier, editör; Christakis, Théodore, editör; Delcourt, Barbara, editör; *Le Droit International Face Au Terrorisme Après le 11 septembre 2001*, Paris, CEDIN-Paris I Cahiers internationaux N° 17, Pedone, 2002.
- Carreau, Dominique. *Droit International*, Paris, Pedone, 1986.
- Combacau, Jean. Sur, Serge. *Droit International Public*, Paris, Montchrestien, 2006.
- Corten, Olivier. *Le droit contre la guerre: l'interdiction de recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2008.
- Cour Internationale de Justice. Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, arrêt du 27 juin 1986, fond, CIJ, *Recueil*, 1986.
- Cour Internationale de Justice. Affaire de la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ, *Recueil*, 1996.
- Cour Internationale de Justice. Affaire des Plates formes pétrolières, Iran c. États-Unis, arrêt du 6 novembre 2003, CIJ, *Recueil*, 2003.
- Demirel, Naim. *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması*, İstanbul, Derin, 2015.
- Dinstein, Yoram. *War, Agression and Self-Defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Dupuy, Pierre-Marie. *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2006.
- Erkiner, Hakkı Hakan. "Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1-2, Yıl 2007, ss. 77-133.
- Erkiner, Hakkı Hakan. "Egemenlik-Güvenlik - Uluslararası Sorumluluk Bağlamında Rusya-Ukrayna Savaşı Konferansı, 31.03.2022", <https://www.youtube.com/c/HakkıHakanErkiner>, İstanbul, Youtube, 2022.
- Erkiner, Hakkı Hakan. "Söyleşi: Rusya-Ukrayna Savaşı", *H+ Dergi*, Hukuk Akademisi Eğitim ve Yayıncılık, Sayı 10, 2022, ss. 18-27.
- Erkiner, Hakkı Hakan. "Tercüme - Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri - Responsibility of States - Responsabilité de l'État", <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner>, İstanbul, Academia.edu, 2019.

- Erkiner, Hakkı Hakan. "Uluslararası Hukukta İsnat Meselesi Bakımından Soykırım İddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırım İddiasının Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 27, Sayı 1, Yıl 2021, ss. 64-119.
- Erkiner, Hakkı Hakan. "Uluslararası Topluluk Kavramı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1-2, Yıl 2010, ss. 39-75.
- Erkiner, Hakkı Hakan. "Uluslararası Topluluk Kavramının Başlıca Görünümleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1-2, Yıl 2010, ss. 77-133.
- Erkiner, Hakkı Hakan. "Yirmi Birinci Yüzyılda Birleşmiş Milletler'in Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Yaklaşımı ve Bunun Uluslararası Hukuk Bakımından Yeri ve Değeri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 71, Sayı 1, Yıl 2013, ss. 353-381.
- Erkiner, Hakkı Hakan. *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu*, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Doktora Tezi, 2008.
- Erkiner, Hakkı Hakan. *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, İstanbul, On İki Levha, 2010.
- Erkiner, Hakkı Hakan. *Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Kaynağı ve Sonuçları - Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Çalışmaları ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında*, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2002.
- Erkiner, Hakkı Hakan. *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa*, Ankara, Seçkin, 2020.
- Forteau, Mathias. *Droit de la Sécurité Collective et Droit de la Responsabilité Internationale de l'Etat*, Paris, Pedone, 2006.
- Green, James A.; Grimal, Francis. "The Threat of Force as an Action in Self-Defense Under International Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Cilt 44, Sayı 2, 2021, ss. 285-329.
- Kamto, Maurice. *L'agression en droit international*, Paris, Pedone, 2010.
- Kolb, Robert. *Ius contra bellum*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- Kuran, Selami. *Uluslararası Deniz Hukuku*, İstanbul, Beta, 2020.
- Mutlu, Erdem İlker. *Savaşın ve Barışın Hukuku*, Ankara, Turhan, 2016.
- Nations Unies. *Convention de Vienne sur le droit des traités, Recueil des Traités*, vol. 1155.
- Nations Unies. *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001.
- Nations Unies. *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, 2011.

- Nations Unies. Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.
- Örnek, Serdar. *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı*, Ankara, Seçkin, 2013.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan, 2011.
- Raymond, Gregory A.; Kegley Jr., Charles W. "Preemption and Preventive War", Hensel, Howard M. (Edit.), *The Legitimate Use of Military Force*, Burlington, Ashgate, 2008.
- Reçber, Sercan. *İnsancıl Müdâhale ve Koruma Sorumluluğu*, İstanbul, On İki Levha, 2015.
- Ruzié, David. *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2000.
- Shaw, Malcolm N.; Kaya, İbrahim, çeviri editörü; Acer, Yücel, çeviren; Kaya, İbrahim, çeviren; Demirtepe, M. Turgut, çeviren; Şimşek, G. Engin, çeviren. *Uluslararası Hukuk*, Ankara, TÜBA, 2018.
- Silvy, Vianney. *Le Recours à la légitime défense contre le terrorisme international*, Paris, Connaissances et Savoirs, 2013.
- Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*, İstanbul, Beta, 2019.
- Taşdemir, Fatma. *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Ülkeleri Dışında Münferiden Kuvvete Başvurma Yetkisi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2005.
- Toluner, Sevin. *Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bâzı Dış Politika Sorunları*, İstanbul, Beta, 2000.
- Topal, Ahmet Hamdi. *Uluslararası Hukukta Devlet Destekli Terörizme Karşı Kuvvet Kullanma*, Ankara, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2004.
- United Nations. Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001.
- United Nations. Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries, 2011.
- United Nations. Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts.
- White House. "Prevent Our Enemies from Threatening Us, Our Allies, and Our Friends with Weapons of Mass Destruction", *The National Security Strategy of the United States of America*, September 2002.

İDARENİN HAVAYOLU İLE SEYAHAT EDEN YOLCULARIN HAKLARINA İLİŞKİN GÖREV, YETKİ VE SORUMLULUKLARI

*A. Kürşat ERSÖZ**

GİRİŞ

Türkiye'nin kıtalararası bir kavşak noktasında bulunması realitesi ile gelişen ihracat, turizm ve coğrafi konumu itibarıyla yoğunlaşan uluslararası ilişkiler, hava taşımacılığını oldukça önemli bir yere getirmiştir. Sivil havacılığın özellikle 80'li yıllardan bu yana artan önemi, yolcu haklarını daha da görünür vaziyete getirmiştir.

Yolcu haklarının ne kadar önemli olduğunu, havayolunu kullanan kişi sayısı ispat eder niteliktedir. EUROCONTROL verilerine göre Türkiye 2021 yılında toplam trafik istatistiklerinde Avrupa'da beşinci sırada yer almıştır. THY'nin 2021 yılında en fazla uçuş gerçekleştiren havayolu şirketleri arasında ikinci sırada yer aldığı görülmektedir. İstanbul Havalimanı ise 2021 yılındaki günlük ortalama iniş kalkış trafiği istatistiklerinde ikinci sırada yer almıştır. Yine sadece İstanbul Havalimanında, 2019 yılında yaklaşık 52 milyon yolcu uçuşu gerçekleşmiştir. Pandemiye rağmen 2021 yılında yaklaşık olarak 37 milyon yolcuyla Avrupa havalimanları arasında birinci sırada yer almıştır¹. Sunulan rakamlar, yerli ve yabancı birçok insanın hayatına nasıl bir etkide bulunduğunu ispat eder mahiyettedir. Bu çerçevede konu kapsamında havayolunu tercih eden yolcuların haklarının hayata geçirilmesinde idarenin ne gibi görev, yetki ve sorumluluklarının bulunduğu izah edilecektir.

I. SİVİL HAVACILIĞIN İDAREDEKİ KARŞILIĞI

Sivil hava taşımacılığı, doğası gereği ve zorunlu olarak birden fazla kenti, kimi zaman birden fazla ülkeyi ilgilendiren, coğrafi alan olarak birbirinden tamamen ayrı ve ancak belirli bir mesafenin üstünde olan kentler arasındaki bir taşımacılıktır. Zorunlu olarak ulusal ve uluslararası güvenliği ilgilendirmektedir². Ülkemiz açısından sivil havacılığın denetim ve kontrolünün ulus-

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Mail: akersoz@akdeniz.edu.tr.

¹ SHGM, 2021 Faaliyet Raporu, s. 21, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022, <https://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/kurumsal/faaliyet/2021.pdf>. 1985 yılından beri uluslararası uçuşa açık olan Antalya Havalimanı ise 2021 yılı Kasım Ayı itibarıyla 21.328.153 kişi tarafından kullanılmıştır. Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022, https://tr.wikipedia.org/wiki/Antalya_Havaliman%C4%B1.

² AYM Kararı, 24.1.2007, E.2006/131, K.2007/4.

lararası mevzuat³ ve Türkiye'nin üyesi bulunduğu uluslararası sivil havacılık kuruluşlarının koyduğu ilke kurallar çerçevesinde belirlendiği ancak nihayetinde sivil havacılık teşkilatının kurulması, teşkilatlanması, yolcuların haklarının idarelerce tespit edildiği açıktır. Ülkemizde Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü⁴(SHGM), Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü⁵, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na bağlı Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü⁶, Ulaşım Emniyeti İnceleme Merkezi⁷ sivil havacılığın idare düzeyindeki organik boyutunu oluşturmaktadır⁸.

Türk Hukukunda havayolu ile seyahat eden yolcuların hakları, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünce çıkarılan Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik⁹'te düzenlemiştir. Bu Yönetmeliğin dayanak mad-

³ Türkiye, uluslararası havayolu taşıma konusunda yolcu hakları ile ilgili önemli düzenlemeler getiren 12.10.1929 tarihli Varşova Konvansiyonu'na 01.02.1977 tarihli 2073 sayılı Kanun'un onaylanması ile taraf olmuştur. Ardından 28.09.1955 tarihli Lahey Protokolü'nü ise 29.08.1977 yılında onaylamıştır. Türkiye, uluslararası alanda yaygın şekilde onaylanmış ve havayolu taşımacılığı üzerine yapılan en güncel düzenleme olan, 28.05.1999 tarihli ve 04.11.2003 tarihinde yürürlüğe giren, Montreal Konvansiyonu'nu ise konvansiyonun imzaya açılış tarihi olan 28.05.1999 tarihinde imzalamış ancak onayını ise 25.01.2011 tarihinde gerçekleştirmiştir. Mert Gül, Hava Taşımalarında Yolcu Hakları, (İzmir: Yaşar Ün. SBE Yayınlanmamış YL Tezi, 2020), 23; Sinan Sami Akkurt, Sivil Hava Yolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 143; Tuba Birinci Uzun, Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 35-36. Ayrıca Avrupa hava sahasında kalan yerler için hava trafik idaresi sisteminin geliştirilmesi amacıyla, 13 Aralık 1960 tarihinde, Belçika, Fransa, Almanya Federal Cumhuriyeti, Lüksemburg, Hollanda ve Birleşik Krallık temsilcileri Brüksel'de "Hava Seyrüsefer Emniyeti İşbirliğine İlişkin EUROCONTROL Uluslararası Sözleşmesi – (EUROCONTROL International Convention Relating to Co – Operation for the Safety of Air Navigation)" adlı kuruluş sözleşmesini akdederek aynı adlı teşkilatı kurmuşlardır. Türkiye, EUROCONTROL'a, 02.12.1988 tarihli ve 3504 sayılı Kanun ile 01.03.1989 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere üye olmuştur. Akkurt, Sivil Hava Yolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, 152-154. SHGM'nin web sayfasında yer alan bilgilere göre Türkiye, Uluslararası Sivil Havacılık Teşkilatı (ICAO), Avrupa Sivil Havacılık Konferansı (ECAC), Avrupa Hava Seyrüseferi Emniyeti Teşkilatı (EUROCONTROL), D8 Sivil Havacılık Çalışma Grubu ve JAA-TO üyesidir. Ayrıca Türkiye'nin sivil havacılık alanında taraf olduğu sözleşmelerin tam listesi için bkz. https://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/pdf/uluslararası_iliskiler/coklu_anlasmalar.pdf, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022.

⁴ 4 sayılı CBK m. 434'e göre; SHGM, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın bağlı kuruluşudur; kamu tüzel kişiliğine haizdir.

⁵ DHMİ ise 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Hükümlerine tabi olarak teşkil olunan Kamu İktisadi Kuruluşudur. Yapısı, organları Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü (DHMİ) Ana Statüsü ile düzenlenmektedir.

⁶ 1 sayılı CBK'nin 485. maddesinde düzenlenmektedir.

⁷ 1 sayılı CBK'nin 489/ A. maddesinde düzenlenmektedir. Önceki adı Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu idi.

⁸ Havacılık faaliyetine destek veren dolaylı kuruluşlar da bulunmaktadır. Örneğin Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın bağlı kuruluşu olan Meteoroloji Genel Müdürlüğü'nün hava ulaştırma faaliyetine esas olmak üzere tahminlerde bulunma görevi bulunmaktadır (4 sayılı CBK m. 262/ 1-c).

⁹ Resmî Gazete Tarihi: 03.12.2011, Resmî Gazete Sayısı: 28131.

desi olarak 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 9/ g maddesi ile Avrupa Birliği'nin 11/2/2004 tarih, (EC) 261/2004 sayılı Tüzüğü gösterilmiştir. İdare Hukukunun klasik mantığında idarenin yapmış olduğu düzenlemelerin kanuna dayanması (secundum legem), kanuna aykırı olmaması (intra legem) ilkeleri aranmaktadır. Dolayısıyla kanun, idarenin düzenleme yetkisinin hem sınırı hem de şartıdır¹⁰. Turan Güneş'in de veciz ifadesiyle kanun yoksa idare de yoktur¹¹. Hukukumuzda idarenin kanuniliği ilkesinin pozitif temelleri Anayasamızın 6. maddesi ile 123. maddesinde ifadesini bulmuştur. İdarenin yasallığı ilkesinin tek istisnası ise Anayasamızın 104/ 17. maddesinde CBK'ler için mahfuz alan olarak tarif edilen özel yetkiler; 119. maddesinde ise de olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'lerdir.

II. YOLCU HAKLARI KONUSUNDAKİ YÖNETMELİĞİN YASAL DURUMU

Bahse konu düzenleyici işlem, Yönetmelik şeklinde normatifleştirildiğinden konu kapsamında Anayasamızın yönetmelikleri düzenleyen 124. maddesini tetkik etmek zaruridir. Buna göre: "*Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler*"¹².

Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'in dayanaklarından birisi olarak gösterilen 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 9. maddesi 2.7.2018 tarihinde 703 sayılı KHK ile ilga edilmiştir. Dolayısıyla mezkûr yönetmeliğin tek dayanağı (EC) 261/2004 Sayılı Tüzüğü'dür. Yani bir düzenleyici işlemin dayanağı kanun değil; onun yerine Avrupa Birliği'nin çıkardığı yine düzenleyici işlem niteliğindeki bir tasarruftur. Konu kapsamında SHGM'nin mesnedini bulduğu mevzuata bakıldığında örneğin Sivil Havacılık Genel Müdürünün görev ve yetkilerini **düzenleyen 4 sayılı CBK'nın 438/ 1. Maddesinde, Genel Müdürün, Genel Müdürlüğü mevzuat hükümlerine, uluslararası sivil havacılık kural ve standartlarına**, Cumhurbaşkanınca belirlenen politika ve stratejilere uygun olarak yöneteceği normlaştırılmıştır. Yine aynı CBK'nin 447. maddesine bakıldığında Genel Müdürlüğün, görev ve yetki kapsamı içinde bulunan, yeterlik belgesini haiz veya yeni belge alacak sivil havacılık personelinin sınavları ve bunların denetimleri ile sivil havacılık işletmelerinin uluslararası sivil havacılık kural ve standartları, kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler ile belirlenmiş her türlü denetim,

¹⁰ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 1292.

¹¹ Turan Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, (Ankara: AÜSBF Yayınları, 1965), 41. Mecelle'nin 8. Maddesinde de "Sıfat-ı arzıda aslolan ademdir" denilerek veciz bir şekilde ifade edilmiştir.

¹² Vurgular tarafımızca yapılmıştır.

yetkilendirme, ruhsat, sertifika ve lisans hizmetlerini Bakanlık onayı ile belirlenecek ücretler karşılığında yapacağı düzenlenmiştir¹³. Görüldüğü üzere CBK'nin kaleme alınışında dahi uluslararası kuralların milli mevzuattan önce dikkate alınacağı hatta alınmasının zorunlu olduğu şeklinde anlam çıkarılabilecek düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Ancak burada kast edilen uluslararası düzenlemelerin Anayasamızın 90. maddesinde ifadesini bulan uluslararası antlaşmalar mı olduğu, yoksa Türkiye'nin üye olduğu uluslararası havacılık kuruluşlarının aldığı ilke kararların ya da normatif düzenlemelerin bu meyanda kabul edilip edilmeyeceğinin açık olmadığı görülmektedir. Nitekim Yolcu Haklarına İlişkin Yönetmelikte de böyle bir sorunsalın var olduğu müşahede edilmektedir.

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın¹⁴ 288. maddesinde Tüzüklerin (Verordnung), AB'ye üye olan tüm ülkelerin mahkeme ve idarelerinde bağlayıcı ve geçerli olduğu ifade edilmiştir¹⁵. Türkiye'nin AB'ye üye olmadığı dikkate alındığında AB'nin yayımladığı bir düzenleyici işlemin, Türk makamlarınca çıkarılan bir düzenleyici işleme dayanak yapılması hukuk tekniğine, idarenin yasallığı ilkesine ve en önemlisi de egemenlik yetkisine uygun değildir¹⁶. Üstelik Yönetmelik içerisindeki düzenlemelerde yolculara

¹³ Konu kapsamında verilen bir kararda, Danıştay Savcısının görüşünde aynen şu ifadelerle yer verilmiştir: "Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen ve ülkemizin de taraf olduğu Uluslararası Sivil Havacılık Anlaşması, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü, Avrupa Sivil Havacılık Konferansı ve Avrupa Havacılık Otoriteleri Birliği tarafından uluslararası sivil havacılığın güvenli ve düzenli bir şekilde büyümesinin ve ekonomik hava taşımacılığı hizmeti verilmesinin sağlanması amacıyla bu konuda uluslararası standartlar belirlendiği gibi; Devletin ekonomik ve sosyal alanda Anayasa ile kendisine verilen herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak görevini sürdürebilmesi amacıyla bazı kurallar getirebileceği açıktır. Bütün bu amaçların gerçekleştirilebilmesi amacıyla, 2920 ve 5431 sayılı Kanunların verdiği yetki ile hareket eden Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Ücret Tarifesi ile Havaalanları Daire Başkanlığı, Hava Seyrüsefer Daire Başkanlığı, Uçuş Operasyon Daire Başkanlığı ve Uçuş Elverişlilik Daire Başkanlığı tarafından verilen hizmetler ile ilgili ücretler belirlenmiş olup; söz konusu düzenlemenin dava konusu edilen kısmında hukuka, kamu yararına, hizmetin gereklerine ve dayanılan üst norma aykırılık görülmemiştir". Savcının bu görüşünde uluslararası antlaşmaların yanı sıra, havacılık alanındaki uluslararası otoritelerin aldığı kararların da Türk Hukuku bakımından bağlayıcı hatta üstün olduğu kabul edilmektedir. D10.D, 1.12.2020, E.2015/2054, K.2020/5510.

¹⁴ Consolidated Versions of the Treaty on European Union and Treaty on the Functioning of the European Union; Vertrag Über Die Arbeitsweise Der Europäischen Union (Konsolidierte Fassung).

¹⁵ Hartmut Maurer ve Christian Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (Münih: C.H. Beck, 2017), 102. Nitekim 2020 yılında AB Komisyonu tarafından 261/2004 sayılı Tüzüğe uygun davranılmadığı gerekçesiyle Fransa, İtalya, Yunanistan, Polonya, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY), Hırvatistan, Portekiz, Slovakya, Litvanya ve Çekya'ya birlik kurallarını ihlal ettikleri için resmi tebligat gönderilmiştir. Soruşturma başlatılması gerekçesi ise söz konusu 10 ülkede iptal edilen seyahatlerde para iadesi yerine kupon verildiği ya da geri ödemelerin 14 gün içerisinde yapılmadığı belirtilmiştir. Erişim Tarihi: Temmuz 4, 2022, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/abden-10-uyesine-yolcu-haklari-nedeniyle-hukuki-surec/1898240>.

¹⁶ Aynı görüş için bkz. İlknur Serdar, "Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcuların Hakları", *Yasar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 8, Özel

verilen hakların yanı sıra, idare lehine yaptırım yetkisi veren¹⁷ düzenlemeler ihtiva ettiği de dikkate alınırca ciddi hukuka aykırılıklar barındırdığı açıktır. Yönetmelik konusu düzenlemelerin yolcu taşımacılığı yapan havayolu şirketlerini muhatap alarak düzenleme yaptığı dikkate alındığında, belli ölçüde bu işletmelerin Anayasamızın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Böylesi bir müdahalenin Anayasamızın 13. maddesi gereği kanunla yapılmasının zorunluluk taşıdığı da hukuksal bir gerçekliktir. Bu nedenle Türkiye’de, iç hukuktaki usullere uygun olarak “kanun” yoluyla yolcu haklarının düzenlenmesi, hukuki güvenlik, belirlilik ilkelerinin yanı sıra, izah edildiği üzere idarenin yasallığı ilkesi ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü bakımından da zaruret arz eder niteliktedir¹⁸. Danıştay, Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik’e dayalı olarak çıkarılan Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi’nin tazminata ilişkin olan maddesini yönetmelikteki tazminat hükümlerini genişletici bir yapıya sahip olması, bunun da normlar hiyerarşisine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir¹⁹. Türk Hukuku açısından bu karar oldukça ilginçtir. Zira genelgenin yönetmeliğe aykırı olduğunun tartışıldığı ama yönetmeliğin dayandığı kanunun olmadığı, onun yerine bir AB Tüzüğü’ne dayalı olduğu bir ortamda, yönetmeliğin hukuka aykırılığının Danıştay tarafından görülmemesi her açıdan yadırganacak bir durumdur.

Yönetmeliğin 1. maddesinde Yönetmeliğin amacının, havayolu ile seyahat eden yolcuların sahip olduğu haklar ve bu hakların geçerli olduğu durumlar ile yolcuların uçağa kabul edilmediği, uçuşlarının iptal edildiği ve uçuşlarının ertelendiği durumlardaki asgari haklarını belirlemek ve düzenlemek olduğu ifade edilmiştir. Yönetmeliğin kapsamında ise hava taşıma işletmeleri bakımından Türk menşeli hava taşıma işletmelerinin Türkiye’deki havaalanlarına/havaalanlarından, yabancı menşeli hava taşıma işletmelerinin ise Türkiye’deki havaalanlarından gerçekleştirdikleri tarifeli ve tarifersiz tüm

Sayı (2013): 2417 – 2418; Ramazan Durgut, “Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarının Türk Hukukunda Düzenlenişi”, Ankara Barosu Dergisi 76, S.1 (2018): 195-196; Yaşar Öztürk, Hava Hukuku I, (Samsun: 2010), 58; Gül, Hava Taşımacılığında Yolcu Hakları, 24-25.

¹⁷ Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik’in 20. maddesi.

¹⁸ Konuya örneklik olması açısından çarpıcı bir düzenleme olan Yönetmeliğe pandemi döneminde eklenen Geçici 1. maddeyi vermek uygun olacaktır. Geçici 1. maddede yapılan 25.3.2020 tarihli düzenlemeye göre: “(1) COVID-19 salgını nedeniyle 5.2.2020 tarihinden itibaren uçuşun iptal edilmesi durumunda, bu iptaller sebebiyle uçuşu icra eden veya etme taahhüdünde bulunan hava taşıma işletmesi 8 inci, 9 uncu ve 10 uncu maddelerde yer alan hükümlerden uçuş yasakları kalktıktan sonraki iki ay sonuna kadar muafır. (2) COVID-19 salgını nedeniyle uçuşu iptal edilen yolcunun, hava taşıma işletmesinin boş koltuk durumuna bağlı olarak istediği bir tarih için biletle değişiklik yapma veya bileti açığa alma hakkı vardır. Yolcu, açığa alınıp kullanılmayan biletin iadesini uçuş yasakları kalktıktan sonraki iki ayın sonrasında hava taşıma işletmesinden alabilir”. Görüldüğü üzere yönetmelikte şirket ile yolcu arasında yapılan sözleşmeye pandemi gerekçesiyle yönetmelik yoluyla müdahale edilmiş olmaktadır.

¹⁹ D10.D, 5.10.2020, E.2015/4595, K. 2020/3452.

uçuşlarda; yolcular bakımından ise yönetmelikteki tarife uyan tanıma uymaları halinde²⁰ uygulanacağı düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 5-19. maddeleri arasında yolcu haklarının neler olduğu ile uygulama usul-esasları belirlenmiştir. Yönetmeliğin 20. maddesinde de Yönetmelik kapsamına giren işletmecilerin, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 143. maddesi kapsamında denetleneceği düzenleme altına alınmıştır²¹. Konu kapsamında atıf yapılan 143. maddeye bakıldığında ise düzenlemenin şu şekilde olduğu görülmektedir: “*Bu Kanunun (2920 SK);*

a) 11, 18, 19, 26, 28, 29, 54, 58 ve 89 uncu maddeleri ile 9 uncu maddesinin üçüncü, 95 inci maddesinin birinci ve 102 nci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı davranışta bulunanlara bin Türk Lirasından onbin Türk Lirasına kadar,

b) 23, 24 ve 25 inci maddeleri ile 57 nci maddesinin son fıkrasına aykırı davranışta bulunanlara beşyüz Türk Lirasından onbin Türk Lirasına kadar, idarî para cezası verilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilenler dışında kalıp da Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünün sivil havacılığı düzenlemek amacıyla alacağı önlemlere uymayanlara, beşyüz Türk Lirasından onbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

Bu madde hükümlerine göre idarî para cezasına karar vermeye Ulaştırma Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürü yetkilidir”.

İdari para cezalarının verilmesi konusunda SHGM tarafından Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Tarafından Verilecek İdari Para Cezaları Hakkında Yönetmelik (SHY-İPC)²² çıkarılmıştır. Yolcu hakları konusunda havacılık işletmelerine idari para cezası verilmesi Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Tarafından Verilecek İdari Para Cezaları Hakkında Yönetmelik'in 4/ 3. maddesinde Ek cetvelde yer alana bulguların varlığı halinde idari para cezası verileceğini; Ek 1-ç cetvelinin 38-46. maddeleri arasında ise yolcu haklarına ilişkin kurallara riayet edilmemesinin cezaya mucip olacağı ifade edilmiştir. Yolcu haklarına riayetsizliğe dair düzenlemeler, yönetmeliğin ek tablosunda gösterilmiştir.

²⁰ Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY-YOLCU)'in 2. maddesi: “1) Hava taşıma işletmesi, tur operatörü veya yetkili bir seyahat acentesi tarafından önceden ve yazılı olarak (elektronik ortam da dahil olmak üzere) belirtilen saatte ve öngörülen şekilde veya 2) Havayolunun bilet satışta belirttiği süreden önce veya herhangi bir zaman belirtilmediği takdirde, yolcuların ilan edilen hareket saatinden en geç kırk beş dakika önce, 6 ncı maddede belirtilen uçuş iptalleri durumu haricinde uçuş öncesi kontrole (check-in) başvuran yolcuları, b) Bir hava taşıma işletmesi veya tur operatörü tarafından, sebebe bakılmaksızın, biletle belirtilen uçuştan başka bir uçuşa aktarılmış olan yolcuları, c) Ücretsiz seyahat eden yolcular ve doğrudan veya dolaylı olarak halka açık olmayan indirimli biletle seyahat eden yolcular ile biriktirilen mil veya puanlarla seyahat eden yolcuları, kapsar”.

²¹ Konu ile ilgili olarak SHGM tarafından yayımlanan Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi (HUD-2015/3)'nin 3. maddesinde de aynı düzenleme bulunmaktadır.

²² Resmî Gazete Tarihi: 29.01.2013 Resmî Gazete Sayısı: 28543.

III. İDARENİN YOLCU HAKLARINA İLİŞKİN SORUMLULUĞU

İdarenin yolcu hakları nedeniyle sorumlu tutulacağı başlıca iki muhatap vardır: Havayolunu kullanan yolcular ve Türkiye'nin üyesi olduğu uluslararası havacılık otoriteleri. Yolcuların sahip olduğu haklar konusunda, kullandıkları havayolu şirketlerinin hukuka aykırı fiillerini yaptırıma bağlamayan, havayolu taşımacılığı sahasında yaşam, eşya ve havacılık esaslarına göre standardize edilmiş konfor güvenliğini sağlamayan ya da bu alanı yeterince düzenlemeyen idarenin, idare hukuku kurallarına göre sorumluluğu açıktır. Sorumluluğun esası ve nedeni, hava ulaştırıcılığının bir "kamu hizmeti" olmasıdır. Eğer hizmet, doğası gereği bir kamu hizmeti ise, idarenin gerekli hizmeti kurmak, işletmek ya da yönetmek konusunda asli bir yetkiye dolayısıyla da sorumluluğa sahip olduğu açıktır. Nitekim Anayasanın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra, son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Anayasamızın m.40/ son ve m.129/V ile Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddelerinde de idarenin sorumlu tutulabileceği, bu durumda davanın idareye karşı, ilgili personele rücu edilmek kaydıyla açılabilmesi ifade edilmiştir. İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, kusur veya kusursuz sorumluluk ilkelere gereği tazmin edilmektedir. Dolayısıyla yolcunun kendisine karşı, haklar konusunda gerekli düzenlemeleri yapmayı, yeterli tedbirleri almayan, yaptırımlar konusunda gerekli hukuki altyapıyı oluşturmayan idarenin, hizmet kusuru ya da görev kusuru ilkelerine göre sorumlu tutulacağı açıktır.

Türkiye'nin küresel ya da bölgesel ölçekte kurulu bulunan uluslararası kuruluşlara karşı taahhüt ettiği yolcu haklarına ilişkin edimlerini ifa etmemesi, Türkiye'de sivil havacılığın idari teşkilat nezdinde muhatap ve sorumlusu olan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün uluslararası hukuk kuralları disiplininde sorumluluğunu gerektirmektedir.

SONUÇ

Konunun idari cezalar ya da yaptırımlar çerçevesinde ele alınması faydalı olacaktır.

1. Yolcu haklarına havayolu şirketleri tarafından riayet edilmemesinin "kanun" formunda bir karşılığı yoktur. İdari para cezalarının herkes için bağlayıcı olan genel bir etki yarattığı, kamu gücünü kullanan bir kamu otoritesi tarafından yürütüldüğü, bu sürecin cezalandırıcı ve caydırıcı bir amacının bulunduğu, ayrıca son olarak cezanın miktarı dikkate alındığında, yaptırım adil yargılanma hakkı bağlamında *suç isnadı* niteliğinde sayılmaktadır. Bir yaptırımın veya hukuki bir tasarrufun/işlemin hangi koşullarla *suç isnadı*

niteliğinde sayılıp *suç* ve *cezalar* ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilebileceği daha önce Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça ifade edilmiştir²³. Yine AİHM kararlarında da idari yaptırımların AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı ile ilişkili olduğu ifade edilmiştir²⁴. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri de belirlilik ilkesidir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup kişinin kandan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Kişi ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. Hukuki güvenlik ilkesi bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar²⁵. Bu çerçevede bakıldığında, yolcu haklarının doğrudan Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun SHGM'ye yetki veren 143. maddesinin atf yaptığı yasa maddelerinde düzenlenmemiş olmasına rağmen, yönetmelik hükmünün verdiği yetki ile idari para cezası veriliyor olması hukuki belirlilik ilkesi ile suçların-cezaların yasallığı kaidelerine uygun değildir. Yine **“Yukarıdaki fıkralarda belirtilenler dışında kalıp da Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün sivil havacılığı düzenlemek maksadıyla alacağı önlemlere uymayanlara, beşyüz Türk Lirasından onbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir”** cümlesinin SHGM'ye son derece geniş bir spektrumda ceza verme yetkisi tanıdığı, yolcu haklarına riayet etmemenin de bu kapsamda cezaya esas kabul edilebileceği görülmektedir.

İdarenin idari yaptırım niteliğinde işlem tesis edebilmesi için en azından çerçeve düzeyinde kanun olması Anayasamızın 38. maddesinin bir gerekliliğidir. İdari cezalarda, gerek suç ve cezaların yasallığı, gerekse de idarenin yasal-

²³ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/16941, 24.1.2018; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/4554, 15.12.2015; AYM Kararı, Başvuru No: 2015/7206, 14.11.2018; AYM Kararı, Başvuru No: 2019/38857, 17.11.2021.

²⁴ İdari yaptırım kararlarının adil yargılanma hakkı ile ilişkilendirilmesinin gerekçesi, idari yaptırımların “suç isnadı” içermesi, fiilin mahiyeti, yaptırımın amacı, muhatabın üzerindeki etkisi ve ağırlık derecesidir. Zeynel Temel Kangal, *Kabahatler Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 551-559. İdari para cezaları konusundaki AİHM'in yaklaşımına ilişkin örnek kabilinden kararlar olarak şunlar gösterilebilir: Bkz, Lauko- Slovakya, 2 Eylül 1998 tarihli karar, Jussila - Finlandiya, Başvuru No: 73053/01 ve Zaicevs- Letonya, Başvuru No: 65022/01. Hüseyin Turan -Türkiye, Başvuru No:11529/02. İdari para cezalarının muhatabı üzerindeki etkisi üzerinden değerlendirilmesi konusundaki tartışmalar için bkz. İlhan Uluşan ve Funda Başaran Yavaşlar, editör, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*,(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 48.

²⁵ AYM Kararı, 1.4.2015, E.2015/22, K.2015/37; AYM Kararı, 29.4.2021, E.2020/80, K.2021/34, § 25.

lığı ilkeleri uyarınca yasama tekelinin²⁶ bulunduğu bir ön kabuldür. İdare tarafından muhatabına yönelik tesis edilecek bir idari yaptırım kararının ceza hukuku formundaki suçlar ve cezalar kadar sert, köşeli olmak zorunda olmasa da, en azından çerçeve (beyaz norm) düzeyinde mesnedinin kanunda olması bir zarurettir²⁷. Anayasa Mahkemesi 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 15. maddesini anayasaya aykırı bularak iptal ettiği kararında, mezkur maddeyi özel eğitim kurumlarının sürekli ya da geçici kapatılma sebeplerini belirlemediğini, yönetmeliklere ve genel emirlere bıraktığını, dolayısıyla kanunilik ilkesini ihlal ettiğini tespit ederek iptal kararı vermiştir²⁸. Dolayısıyla yolcu hakları konusunda, havayolu şirketlerine yönelik tesis edilecek cezalarda tek dayanağın yönetmelik olması hukuki değildir²⁹.

2. Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün kamu tüzel kişiliğine haiz bir bağlı kuruluş olduğu görülmektedir. Sivil havacılık sektörünün kamu hizmetleri içerisinde ulaştığı önem derecesi göz önüne alındığında, SHGM'nin kendi alanını düzenleme ve denetleme işlevini yerine getirmesi halinde görevlerini daha etkin yerine getirmesine sebebiyet verecektir. Bu nedenle SHGM'nin genel müdürlük derecesinden, düzenleyici-denetleyici kuruluş seviyesine getirilmesi, Sivil Havacılık Kurumu şeklinde teşkilatlanarak daha etkin, profesyonel bir yapıya sahip olması elzemdir.

3. Yolcuların aynı zamanda birer tüketici olduğu dikkate alındığında, yolcu haklarının Tüketici Hukuku bakımından da ele alınması gerekmektedir. Nitekim Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'in

²⁶ Mahmut Ceylan, İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 142.

²⁷ Kangal, Kabahatler Hukuku, 94. Çerçeve norm ile idari yaptırım türlerinin düzenlendiği ancak suç tanımlarının idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılmasına 6643 sayılı Türk Eczacılar Birliği Kanunu'nun 43. maddesindeki düzenleme verilebilir. Bahse konu kanun, eczacıların disiplin sorumluluğunu düzenleme altına almaktadır. Buna göre eczacılara ilgili kanunda 4 ayrı disiplin cezası verilebileceği düzenlenmiş fakat suçların neler olduğu konusunda düzenleme yapma yetkisinin Sağlık Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak Türk Eczacılar Birliği tarafından çıkarılacak yönetmelikle tanımlanacağı ifade edilmiştir.

²⁸ AYM Kararı, 15.2.2006, E. 2002/ 40, K. 2006/ 20. Benzer kararı için bkz. AYM Kararı, 15.1.2009, E. 2004/ 70, K. 2009/ 7. Danıştay İDDK'nin 23.2.2006 tarihli kararında salt yönetmeliğe istinaden verilen idari yaptırım kararının hukuka aykırı olduğu içtihat edilmiştir. DİDDK, 23.2.2006, E. 2004/ 2733, K. 2006/ 54.

²⁹ Konuya mukayeseli hukuk bakımından örnekler vermek gerekirse Almanya'da havayolunu kullanan yolcuların hak talepleri 1.8.1922 tarihli Hava Taşımacılığı Kanunu (Luftfahrtgesetz)'nun 32 vd maddelerinde; Avusturya'da 2.12.1957 tarihli Hava Taşımacılığı Kanunu'nun 97 vd maddelerinde; İngiltere'de 9.3.2019 tarihinde yürürlüğe giren Havayolu Yolcularının Haklarına ve Havayolu Seyahat Acentelerinin Lisansına Dair Değişiklik Yapın Kanun (The Air Passenger Rights and Air Travel Organisers' Licensing (Amendment) (EU Exit) Regulations) ile düzenlenmiştir. . Buna karşın örneğin İsviçre, 261/ 2004 sayılı Tüzük varken ulusal bir düzenleme yapılmasını doğru bulmamış, bu yöndeki talepleri reddetmiştir. Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20183568#:~:text=Wer%20von%20einem%20Schweizer%20Flughafen,261%2F2004.>

2/ 3. maddesinde: *“Bu Yönetmelik yolcuların, 13/6/2003 tarihli ve 25137 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte yer alan haklarını etkilemez. Bu Yönetmelik, uçuş iptali haricinde herhangi başka bir nedenle paket turun iptal edilmesi durumunda geçerli değildir”* ibarelerine yer verilerek düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla, SHGM tarafından çıkarılan yönetmeliğe göre hak sahibi olan yolcuların, ilgili yönetmeliğe göre haklarını elde etmiş olmaları; paket tur sözleşmesinden kaynaklanan haklarının elde edilmesine mani değildir. Bu konuya idare hukuku zaviyesinden izahat getirmek gerekirse; yolcu hakları ile ilgili yönetmeliğin atıf yaptığı 13.6.2003 tarihli Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 14.1.2015 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği’nin 19. maddesi gereğince yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla atıf yapılan yönetmelik, an itibarıyla yürürlükte değildir. Ancak başlık olarak paket tur kavramı, hukukumuzda mevcuttur. Paket tur kapsamında paket tur düzenleyicisinin sorumluluk kuralları, 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu ile bu kanuna dayalı olarak çıkarılan 14.1.2015 tarihli Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği’ne göre belirlenmektedir. Ancak Tüketici Hukukunda, paket tur düzenleyicisinin sadece özel hukuktan kaynaklı olarak karşı akide karşı sorumluluğu bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 77 ve 78. maddeleri gereğince yetkili idareler olan Ticaret Bakanlığı ya da Valiliklerce idari para cezası verilebilmekte, bu cezalara karşı da 30 gün içinde idare mahkemelerinde dava açılabilir. Görüldüğü üzere paket tur kapsamında havayolunu kullanan bir yolcunun, havayolu şirketini yolcu haklarını ihlal ettiği gerekçesi ile SHGM’ye, paket tur sözleşmesini kanun ve yönetmelikteki amir hükümlere uygun şekilde ifa etmeyen şirketi tüketici hukukuna göre adli yargıya, yine şirketin kanunda belirtilen yükümlülükleri ihlal etmesi nedeniyle Ticaret Bakanlığı’na ya da valiliklere idari para cezası uygulanması istemiyle şikayet hakkı bulunmaktadır.

4. SHGM tarafından yolcu haklarına ilişkin olarak Türk Sivil Havacılık Kanunu’nun 143. maddesine göre tesis edilen idari para cezalarına karşı itiraz mercii Sulh Ceza Hâkimlikleridir³⁰.

³⁰ UM, 22.6.2020, E. 2020/ 285, K. 2020/ 366.

KAYNAKÇA

- Akkurt, Sinan Sami. *Sivil Hava Yolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Birinci Uzun, Tuba. *Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Ceylan, Mahmut. *İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Durgut, Ramazan. "Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarının Türk Hukukunda Düzenlenişi", *Ankara Barosu Dergisi* 76, S.1 (2018): 191 – 217.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku Cilt I*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gül, Mert. *Hava Taşımalarında Yolcu Hakları*. İzmir: Yaşar Ün. SBE, Yayımlanmamış YL Tezi, 2020.
- Güneş, Turan. *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*. Ankara: AÜSBF Yayınları, 1965.
- Kangal, Zeynel Temel. *Kabahatler Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Maurer, Hartmut ve Waldhoff, Christian. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck, 2017.
- Öztürk, Yaşar. *Hava Hukuku I*. Samsun: 2010.
- Serdar, İlknur. Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcuların Hakları", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 8, Özel Sayı (2013): 2327-2421.
- SHGM, 2021 Faaliyet Raporu. Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022. <https://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/kurumsal/faaliyet/2021.pdf>.
- Ulusan, İlhan ve Başaran Yavaşlar, Funda, editör. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

AIHM'NİN KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİ SORUNUNA İLİŞKİN GÜNCEL BİR DEĞERLENDİRME

*Mehmet GÜNEŞ**

GİRİŞ

Hukukta taraf ehliyeti; maddi hukuktaki hak ehliyetinin, usul hukukundaki karşılığı olarak yapılacak bir yargılamada kişilerin ana özne sayılarak davalı veya davacı sıfatı ile temsil edilebilmesi imkânıdır. Gerçek kişilerden farklı olarak tüzel kişiler de tüzel kişilik kazandıkları anda hak ehliyetine, dolayısıyla davada taraf olma ehliyetine sahip olacaklardır. Tüzel kişiliği sahip olduğu kabul edilen özellikle kamu kurum ve kuruluşları, devlet tüzel kişiliği adına bir davada davalı ya da davacı olarak yer alabileceklerdir. O halde hukukta görülecek yargısal davalar ya kamu tüzel kişileri tarafından ya da kamu tüzel kişilerine karşı açılmış davalar şeklinde ilgili yargı yerinde görülebilecektir. Kamu tüzel kişilerine karşı, gerçek kişilerin kamu hizmet ve eylemlerinden dolayı dava açabilecekleri tek yargı kolu ise Kara Avrupası ülkelerinde uygulanan idari yargı sistemidir. Bu yargı kolu, tamamen kamu tüzel kişileri hakkında gerçek kişilerin hukuki şikayetlerini içeren, gerçek kişilerin sadece davacı sıfatı ile yer alabildikleri türden davaları içermektedir. İptal ve tam yargı davaları olarak bilinen dava türlerini barındıran idari yargı sistemi, diğer yargı kollarında da kabul edilen temel evrensel yargılama ilkelerinden bağımsız olmadığı gibi keyfi ve taraflı bir yargılama düzeni de değildir. Bir ülkenin özellikle anayasasında kabul edilmiş devletin temel ilkelerini, devletin kurallar ve hukukla sınırlandırılmasının bir sonucu ve yükümlülüğü olduğunu kabul ederek bu yargı sisteminde görülecek davalarda anayasal ilkeler, gerçek kişilerin lehine olacak şekilde yorumlanması beklenecektir. Özellikle anayasada gösterildiği üzere “hukuk devleti” sayılmanın ve bu hedefi gerçekleştirmenin vazgeçilmez ilkelerinden biri olan ve kamu gücüne dayalı olarak gerçek kişiler hakkında yaptırımlar dahil birçok karar alabilen kamu idarelerini, hukuk düzeni içinde tutmanın en geçerli yolu kabul edilen “hukuka bağlı idare ilkesi” gerçek kişilerce açılan davalar yolu ile kamu idarelerinin yargısal yolla denetlenmesinde idari yargı kolunun en çok dikkat etmesi gereken bir kılavuz ölçüttür. Çünkü bu yargı kolunda kamu idarelerinin lehine veya aleyhine verilecek tüm yargı kararlarının ayırım

* Doç. Dr. Uluslararası Kamu Hukuku, dr.megunes@gmail.com.

içermeksizin aynı değer ve ciddiyetle ve zorlamaya ihtiyaç duyulmaksızın yerine getirilmesi beklenecektir. Bu sebeple Danıştay 8. dairesinin bir kararında da vurgulandığı üzere; *“hukuka bağlı idare, yargı yerlerince verilen kararların icaplarını, ilgililerin başvurusuna gerek olmaksızın, yerine getiren idaredir”*²

Anayasa ve kanunlarda yer alan birçok yazılı düzenlemeye rağmen son yıllarda idari yargı sisteminin olduğu birçok ülkede ve özellikle Türkiye’de, gittikçe artan bir şekilde kamu idarelerince, aleyhe verilen idari yargı kararlarının hakkıyla uygulanmadığı, gereğinin gerçekte yerine getirilmediği, görüldüğü üzere yerine getirilmiş gibi gösterildiği, idari yargı kararını etkisizleştirecek şekilde tam aksi şekilde kararlar alındığı, idari yargı denetimini işlevsizleştirecek şekilde sürekli yeni işlemler tesis edildiği vb. birçok hukuka aykırı davranışın giderek yaygınlaşarak alenileştiği ve bu durumun ise yaşanan ülkeyi artık bir hukuk devleti kabul edilmeyi zorlaştırdığı görülmektedir. Bu şekildeki hukuksuzluğun artmasının en önemlisi sebebi, Türk hukuku ilkelere ve Danıştay’ın yerleşik içtihadına göre, idari yargı denetiminin amacının bireysel hakların ihlalini tespit etmek ve bu işlemde kaynaklanabilecek zararı tazmin etmek değil, idarenin işlem ve eyleminin hukuka aykırı olup olmadığını saptamakla sınırlı olmasıdır. Dolayısıyla yargı kararı gereğince kendiliğinden yeni bir karar veya tedbir alma görevi idareye bırakılmıştır. Bu durumda yargı denetimi sonrası hukuka aykırı davrandığı tespit edilen kamu idarelerinin bu durumu kabul ederek daha sonra kendi kendilerini düzeltmelerinin ve hukuka dönüş yapmalarının sadece kendilerinden beklenmesi kendi içinde kısmi tutarsızlık oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, uzun bir zaman boyunca yönetim kültürü ile oluşmuş olan yazılılık, kanunilik ve ölçülülük gibi birçok yol gösterici ilkeye rağmen çoğu zaman bilinçli şekilde hukuka aykırı davranan ve tüm faaliyetlerini sadece hiyerarşi düzenine bağlı kalarak yürüten kamu idarelerinin, yargı denetimi ile açığa çıkarılan hukuksuzluklarını gidermesinin hiçbir dış baskı ve zorlamaya tabi tutulmadan var oluş ve çalışma biçimine aykırı olarak kendi çabası ile yapabilmemesinin ve kendisinin sebep olduğu hukuksuzlukları kendisinin yargı kararı sonrası düzeltmesinin beklenmesi sonuçsuz ve yetersiz kalmaya mahkumdur. O halde aslında ana konu, mahkeme kararlarının uygulanmasını hem davanın tarafı konumunda bulunan ve hem davaya konu işlemi tesis eden, gerektiğinde her türlü düzenlemeyi yapan³ hatta zarar verici eylemi gerçekleştiren kamu idaresinin kendiliğinden sağlamasını beklemek üzerine kurulmuş bir düzeltme sisteminin etkinliği konusudur. Bu sebeple çoğu zaman bilinçli şekilde oluşturulan hukuka aykırılıkların düzeltilmesinde asıl belirleyici olan, idari yargı denetimi sonrası idari kurum ve kuruluşlara, aleyhlerine alınmış

² D 8. D., 17.05.1987, E. 87/984, K.89/329

³ Yaşar Güçlü, Danıştay ve Yargıtay İctihadları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), 48.

bir idari yargı kararını uygulatacak herhangi bir zorlayıcı merci, makam ve müessesenin çoğunlukla bulunmayışı, kişilerce sadece bu kurumların hukuka bağlılığına güvenmek zorunda kalınmasıdır. Oysa kamu adına hareket eden kamu idarelerinin kişiler karşısında yargı kararını yerine getirme sorumluluğu ve gerekliliği kendi kurumsal kimliği ve kurumsal anlayışı ile ilgili bir mesele de olmayıp tamamen kamusal hukuk düzeninin sürdürülmesi kabulüne dayanan tartışılmaz bir gerçekliğin sonucudur. Bu yüzden kamu idarelerinin yargı kararları karşısında kendi insiyatifleri dışında hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde nasıl davranmaları gerektiği açıkça düzenlendiği ve bu konuda birçok yasal düzenleme bulunduğu halde kamu idareleri ulusal hukuka uymamaktadır. Bu çalışmada ise birçok yasal düzenlemeye rağmen kamu idarelerinin idari yargı kararlarını yerine getirmemesinin uluslararası hukuk düzeninde yol açacağı sorunlar öncelikle dile getirilecektir.

Bu çalışmada asıl amaç, yukarıda dile getirilen hukuka bağlılığı konusunda açık sorun bulunan kamu idarelerince idari yargı kararlarının uygulanmaması üzerine verilen AİHM kararları ışığında zamanla ortaya çıktığı düşünülen ana ilkeleri ortaya koymaktır. Ülke içerisinde genellikle siyasetin destek ve teşvik ederek öncülük ettiği yargı kararlarını yerine getirmemeye yönelik hukuk dışı anlayışlar karşısında AİHS'nin ilgili teminatlarının nasıl yorumlandığını göstermektedir. AİHM tarafından kamu idarelerinin yargı kararlarını hiçe sayan tutum ve davranışları karşısındaki verilen kararların ortak noktalarını, kararlarda öne çıkan hususlar yanında özellikle Türk idari yargı sistemine olan muhtemel etkilerini açıklamak da ayrıca hedeflenmektedir.

Çalışmada; ilk olarak Türk hukuk düzeninde idari yargı kararlarının uygulanma zorunluluğu konusu açıklanacak devamında AİHM'nin idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi üzerine yapılan bireysel hak ihlali başvurularındaki ana tespit ve ilkeler birçok karar incelenerek tasnif edilmiş şekilde sıralanacaktır. Son olarak idari yargı kararlarının yerine getirilmemesine ilişkin AİHM'nin Türkiye aleyhine açılmış davalar özelinde verdiği karar ve sonuçları da ayrıca tartışılacaktır.

I. TÜRK HUKUK DÜZENİNDE İDARİ YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ ZORUNLULUĞU

İçlerinde idari yargıya ait olanları da kapsayacak şekilde tüm yargı kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğuna ilişkin Anayasa'nın 138/4. maddesi gereğince; *“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”* Bu kurala göre kamu idareleri hakkında verilen yargı kararlarının ilk olarak *“değiştirilmeyeceği”* ve ayrıca yerine getirilmesinin ise *“geciktirilmeyeceği”* düzenlenmiştir.

Anayasa hükmünde yer alan kararların "*değiştirilemeyeceği*" ifadesi, kararın şeklen değil içeriğine uygun olarak yerine getirilmesini, "*geciktirilemeyeceği*" yolundaki ifade ise, uygulamanın belirli bir süre içinde yapılması gerektiğini belirtme amacını taşımaktadır.⁴

Türk hukuk sisteminde idari yargı mercilerinin verdiği kararların yerine getirilmesi konusunda ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Çünkü verilen idari yargı kararları idare aleyhine olabileceği gibi idare lehine de olabilecektir. Anayasanın 138nci maddesinde ister idare lehine ister idare aleyhine verilmiş olsun idari yargı kararlarının yerine getirilmesinin "geciktirilmeyeceği" belirtilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle 2577 sayılı kanunun 28nci maddesinde yer alan; "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmez*" yasa kuralı ile idarenin en geç 30 gün içinde yargı kararlarını yerine getirmiş olması gerekeceği düzenlenmiştir. Yasa kuralında; süre zorunluluğu dışında idari yargıdaki üç dereceli tüm Mahkemelerin ismi zikredilerek verdikleri kararların mutlaka kesin nitelikte olması veya kesinleşmiş sayılması şartı dahi getirilmeden, esasa taalluk edenler ve hatta yargılama süresince geçici bir tedbir niteliğinde olduğu bilinen "yürütmenin durdurulması" türü kararlarının idare tarafından hukuki ve fiili imkânsızlık olmadığı sürece yerine getirilmesinin zorunluluğu açıkça düzenlenmiştir.

Uygulamada ise idare lehine, kişilerin aleyhine verilen kararların idare tarafından kamu gücü ayrıcalığı sebebiyle doğrudan yerine getirilmesi için süre açısından herhangi bir kural belirtilmediğinden dolayı "derhal ifa edilmesi", ancak idare aleyhine verilen idari yargı kararlarının ise "30 gün içinde" yerine getirilebileceği anlayışı daha çok benimsenip yaygınlaşmıştır. İdare aleyhine alınan bir idari yargı kararının ilk önce idareye tebliği ve ardından tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde yerine getirilmesi idareden beklendiğinde çoğu zaman bu süre, idare tarafından kanuni düzenlemeye göre son güne kadar beklemek şeklinde anlaşılmaktadır. Oysa Danıştay'ın da açıkça gösterdiği üzere; "*Bu kural, idareye kararın tebliğ tarihinden başlayıp otuz günün dolmasına kadar geçen sürede yargı kararını uygulamama yetkisi tanıyan bir hüküm değildir. Aksine maddede, kararların "derhâl uygulanması" ilkesi benimsenmiş olup, her durumda bu sürenin otuz günü aşamayacağı, kararların uygulanması için idarelerin ihtiyaç duydukları sürenin nihayet otuz güne sınırlı olduğu kurala bağlanmıştır*"⁵

⁴ Evren Altay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), 3.

⁵ D 13.D, 28.05.2018, E.2014/3359, K. 2018/1887

Önceden ihtiyaç duyduğu tüm mevzuatı her türlü yasa, yönetmelik türü düzenlemelerle zaten elde etmiş olan kamu idarelerinin, hukuka aykırı işlem ve eylemlerine ait verilen idari yargı kararlarını çoğu zaman muhatapları olan gerçek kişilerin mağduriyetini gözeterek değil kendi iç işleyiş ve iş akışını gözeterek yerine getirmek istediği görülmektedir. Bu durumda ise kişiler aleyhine oluşan her türlü maddi ve manevi zarar, lehine karar verilmiş olsa dahi kamu idarelerinin keyfiyete varan tutum ve uygulamaları sebebiyle daha da çoğalmaktadır. Dolayısıyla idari yargı kararının yerine getirilmesinde kamu idareleri için karşılaşılan ana sorun, düzenlemeye dayalı mevzuat eksikliği değil uygulamaya dayalı hukuka bağlılık yetersizliğidir. Bu yetersizlik ise ancak kamu idarelerinin hukuka bağlılığı sağlanarak giderilebilecektir.

Mevzuata göre; idare, aleyhine verilen yargı kararını eksiksiz ve gecikmeksizin yerine getirmediği takdirde kişilerin her türlü maddi ve manevi zararını karşılamak zorundadır. 2577 sayılı kanununun 28/3. maddesinde idari yargı yerlerinin kararlarına uygun işlem tesis edilmemesi veya eylemde bulunulmaması halinde ilgili idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme yalnızca mahkeme kararlarının hiç uygulanmadığı halleri değil, aynı zamanda eksik uygulandığı veya geç uygulandığı (adem-i infaz) hallerini de kapsamaktadır. O halde idari yargı kararının, kamu idaresinin hiç yerine getirmemesi yanında çoğu zaman kendi yorumuna dayalı şekilde eksik, yetersiz, göstermelik ve bazen de muhatabını cezalandırıcı şekilde geç yerine getirilme girişimlerinin tamamen zaman kazanmaya dayalı ve art niyet taşıdığı konusunda yargı denetimine konu olmuş birçok örnek bulunduğu da görülmektedir. İdarenin süresi geçtiği halde görevine son verilen memuru göreve başlatmaması, tahsil ettiği vergiyi iade etmemesi, ruhsatları iptal olunan yapıları imar mevzuatına uygun hale getirmemesi⁶, idari yargının verdiği iptal kararının ardından idarenin aynı hukuki ve maddi sebeplere dayanarak, işlemin iptaline neden olan hususları ileri sürerek yeni bir işlem gerçekleştirmesi⁷, görevden alma işlemi iptal edilmesine rağmen kadronun dolu olduğu gerekçesiyle ilgilinin eski görevine veya durumuna uygun başka bir göreve atanmaması⁸ gibi benzer durumlar idari yargı kararının gereğinin hiç yerine getirilmediği durumlara örnek teşkil ederken daha önce uzman tabip olan davacının, yargı kararı sonrasında aynı haklarla değil bu defa düz tabip olarak atanması⁹ gibi durumlarda ise idarenin, yargı kararının gereklerinden olan idari işlem veya eylemlerden bir kısmını yapmasına rağmen diğer bazı kısımlarını süresi içerisinde yerine getirmemesine yani eksik infaza örnek teşkil etmektedir.¹⁰

⁶ Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 820.

⁷ D 12. D, 13.05.1968, E. 1967/1682, K. 1968/1099

⁸ D 8. D, 08.02.1972, E. 1971/2727, K. 1972/426

⁹ Y 4. HD, 03.10.2006, E. 2006/9336, K. 2006/10206

¹⁰ Berk Yılmaz, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 189

Hem iptal davası ve hem de tam yargı davası sonrası aleyhe verilen idari yargı kararlarının kamu idareleri tarafından tamamen hiç yerine getirilme-
mesi veya eksik, hatalı ve gecikmeli şekilde yerine getirilmesi halinde Anaya-
sanın 138nci maddesinin ihlal edileceği ve 2577 sayılı kanunun 28nci mad-
desine aykırı davranılmış sayılacağı açıktır.

II. TÜRK HUKUK DÜZENİNDE İDARİ YARGI KARARLARININ ÖZELLİKLERİ VE YERİNE GETİRİLMESİNDE KAMU İDARELERİNİN HUKUK DIŞI UYGULAMA SORUNLARI

Kamu idarelerine karşı yukarıda da değinildiği üzere genel olarak iki
dava türü ile kişiler haklarını aramaktadırlar. Buna göre idari yargıda kişiler
tarafından dava olarak iptal davası ile tam yargı davası açılabilir. 2020 yılı
adalet Bakanlığı istatistiklerine göre bu şekilde açılan idari davaların
2020 yılında idare mahkemeleri tarafından ortalama görülme süresi 241
gündür. Yine 2020 yılında açılan davalarda 61bin 402 adet idare aleyhine
iptal kararı verilirken 102 bin 543 adet idare lehine ret kararı verilmiştir. Bu
sayılarla idari yargıda kamu idareleri aleyhine kararların lehe kararların
yaklaşık yarısı kadar olduğu görülmektedir.¹¹

Kamu idareleri karşısında kişilerin dava kazanmalarının zorluğu yanın-
da kazanabildikleri davalarda idari yargı kararlarının gerektiği şekilde uygu-
lanması sorunu ile de karşılaşmaktadır. Kamu idareleri tarafından aleyhle-
rine verilen idari yargı kararlarının gerçekte hiç ya da eksik yerine getirilme-
sinin birçok sebebi bulunmaktadır. Aşağıda bu konuya ilişkin tarafımızdan
ileri sürülen görüşler tasnif edilerek bir değerlendirme yapılmıştır. Buna
göre kamu idarelerinin idari yargı kararlarını yerine getirmeme sebepleri
olarak;

A. İDARİ YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİNDE KAMU İDARELERİNCE GÖSTERİLEN OLUMSUZ TUTUMLAR

Kamu idarelerine karşı kişilerin dava açması çoğunlukla idare tarafın-
dan olumsuz algılanmaktadır. Bu durum kamu otoritesini küçük düşürmeye
yönelik bir girişim olarak görülmektedir. Hesap vermeyen, şeffaf olmayan ve
keyfi kararlara yatkın idarelerin hukuk denetimine tabi olmasının rahatsızlık
verebileceği tahmin edilebilir. Özellikle kamu görevlilerinin görev yaptığı
kamu kurumlarına yönelik idari yargı mercilerinde dava açmalarının daha
sonraki mesleki kariyerlerine doğrudan etkide bulunduğu görevden uzaklaş-
tırma, açığa alınma, düşük sicil alma, disiplin soruşturmasına uğrama, mes-
lekten çıkarılma vb. yaptırımlara daha sık uğradığı gözlemlenmektedir. Bu
sebeple kamu idarelerinin aleyhindeki mahkeme kararlarını uygulamakta

¹¹ Adalet Bakanlığı Adli İstatistikler 2020 yılı, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2022, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/>

isteksiz davranmaya yönelik tutumları, kararı uygulamamak için kendilerince 'haklı' bir gerekçe aramalarına sebep olabilmektedir.¹² Çoğu zaman aranan bu gerekçeler de hukuk dışı olabilmektedir.

Diğer yandan kamu idareleri aleyhlerine verilen idari yargı kararını gerçekte uygulamayıp cüzi bir tazminat karşılığında bu mükellefiyetlerinden kurulabileceklerine ilişkin yanlış bir inanca da sahiptir. Bu şekilde idari yargı kararını yerine getirmemenin alternatifi olarak 2577 sayılı kanunun 28nci maddesinde belirtilen tazminat davası öne sürülmektedir. Oysa Danıştay'ın yerleşik içtihadına göre¹³, idari yargı kararının uygulanmamasından dolayı tazminat ödenmesi, idarenin söz konusu kararı uygulamasından doğan anayasal yükümlülüğünden kurtulması anlamına gelmemektedir.

B. İDARİ YARGI KARARLARININ ÖZELLİKLERİ VE SONUÇLARININ KAMU İDARELERİ TARAFINDAN ANLAŞILMAMASI VE BİLİNMEMESİ

Kamu idarelerince idari yargı kararlarını uygulamada karşılaşılan güçlüklerin önemli bir kısmı bu tür kararların hüküm ve sonuçlarının idari personel tarafından yeterince bilinmemesi ve anlaşılmasındadır.¹⁴ Bu sebeple çalışmanın bu bölümünde idari yargı tarafından yargılama süresince ne tür kararlar alınabildiği ve bu kararların özelliklerinin kısaca açıklanması gerekmektedir.

İdari yargı mercileri, yargılama sürecinde genel olarak "ara karar", "usule ilişkin karar", "nihai karar" ve "kesin karar" olmak üzere dört temel karar türüne göre karar vermektedirler. İlk olarak idari yargıda verilen ara kararlar, yargılamada davayı sonuçlandırmayan ancak şekillendiren, yön veren ve devamını sağlayan kararlardır. Örneğin taraflardan bilgi ve belgelerin istenmesine veya ek süre verilmesine ilişkin kararlar bu yöndedir. Aynı şekilde ara kararların en bilineni olan iptal davasında geçerli "yürütmenin durdurulması" kararı, dava sonuna kadar idari işlemin sonuç doğurmaması için bir tedbir amacı taşıdığından bir "ara karar" niteliğindedir ve nihai karara kadar geçerli olup nihai kararla birlikte etkisini yitirmektedir. İdari yargıda davacılar açısından en büyük teminatlardan biri sayılan "Yürütmenin durdurulması kararı", aleyhine idari dava açılan işlemin icrasını erteleyerek idarenin davanın sonucunu beklemeden işlemi uygulamasını önlemekte ve idareyi yeni bir olumsuz işlem yapmaktan alıkoymasına gerekmektedir. İptal davasında söz konusu olan "yürütmenin durdurulması" ara kararına karşı taraflar sadece bir üst mahkemeye itiraz edebilirler. Tüm ara kararlar, davada taraflarca yerine getirilmesi zorunlu nitelikteki kararlardandır. Dolayısıyla ilgili tarafın ara kararı yerine getirmemesi durumunda yargılama heyetince ne şekilde

¹² Altay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, 4.

¹³ Örneğin D 6. D, 19.05. 1992, E.1990/848, K.1992/632

¹⁴ A. Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, İdari Yargılama Usulü, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2001), 700.

hareket edileceği açıkça kanunda düzenlenmiştir. 2577 sayılı kanunun 20nci maddesine göre;

“2. Taraflardan biri ara kararının icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtilir.”

Ara kararın yerine getirilmemesi bazen işlemin iptaline; bazen davanın reddine ve bazen de karar verebilmek için başkaca inceleme yapılmasını gerektirecek nitelikte olabilmektedir. Doğacak sonucu, ihtilafın niteliği ve özelliği ile çözümünde gereksinim duyulan husus ve şartlar belirleyecektir. Uygulamada ise mahkemeler, istenen bilgi ve belgelerin gönderilmemesi halinde “davanın reddine” ya da “işlemin iptaline” şeklinde değil de “dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verileceği” şeklinde genel ifadeler kullanmaktadırlar. Bunun sebebi ise, hem yargı merciinin önceden vereceği kararlar kendisini bağlamak istememesi hem de mahkemenin kanaatini önceden belli etmekten kaçınması olduğu ileri sürülmektedir.¹⁵

2577 sayılı Kanunda, ikinci karar türü olarak dava dilekçesinin reddine, davanın açılmamış sayılmasına, dava dilekçesinin görevli mercie tevdiine, hasım düzeltilmesine şeklinde “usule yönelik” karar verilebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Usulden verilen ve uyuşmazlığı sona erdiren bu kararlar, davanın her aşamasında verilebilmektedir. Bir idari uyuşmazlıkta, usulden karar verilmesi için duruşma yapılmasına gerek bulunmadığı gibi, keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Usulden verilen kararların çoğunluğu ise genellikle davanın ilk aşamasında verilmektedir.¹⁶

Üçüncü olarak idari yargıda uyuşmazlığı çözen, tarafların talebine ilişkin sonuçlandırıcı karara ise “nihai karar” denilmektedir. Örneğin iptal davalarında, idari işlemin iptal edilmesi ya da davanın reddedilmesi kararları nihai niteliktedir ve davayı esastan sonuçlandırmaktadır. Nihai karar, ilgili yargı merciinin, davadaki son kararını belirtmektedir. İdari işlem ve eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında idari yargı mercii tarafından idarenin maddi ve/veya manevi tazminata mahkûm edilmesi ya da davayı reddeden kararları da nihai kararlardır. Nihai karar, sonraki yargılama aşamasına geçilebilmesini sağlayan, idari yargının üç dereceli aşamalarından bir öncekinin tamamlanmasını belirten karardır. Ancak nihai kararlar bazen karıştırıldığı üzere “kesin karar” niteliğinde demek değildir. Oysa kesin kararlar, idari yargıda sonraki yargılama aşamasına geçilmesine engel olan, uyuşmazlığı yeniden canlandırma imkânı tanımayacak şekilde ilgili merciinin davanın esasının kesin olarak sonuçlandırmasıdır. Kesin kararlar, içeriğine bağlı ola-

¹⁵ Celal Karavelioğlu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2006), 1220-1221.

¹⁶ Selman Sacit Boz, Yunus Eraslan, “İdari Yargılama Usulünde “Karar Verilmesine Yer Olmadığı” Kararları”, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIV, S.2, (2020): 391.

rak tüm dereceli Mahkemeler tarafından da verilebilir. Örneğin 2577 sayılı kanunun 45nci maddesine göre ilk dereceli Mahkemelerce: *“konusu beş 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.”* Aynı kanunun 27nci maddesine göre yürütmenin durdurulması ve reddine ilişkin karara ikinci dereceli Mahkeme olan Bölge İdare Mahkemelerine yapılacak *“itirazlar üzerine verilen kararlar kesindir.”* Benzer şekilde aynı kanunun 20A maddesine göre üçüncü dereceli yargı merci olan ve temyiz incelemesi yapan Danıştay tarafından verilen *“Temyiz talebi üzerine verilen kararlar kesindir.”*

Uygulamada ve literatürde “kesin karar” ile “kesinleşmiş karar” kavramları birbirlerinin yerine kullanılmakta ancak aralarındaki farklara dikkat edilmemektedir. Kanaatimizce aradaki farklar şunlardır;

1. Bir idari yargı kararının kesin olması, uyumsuzluk konusunu inceleyen yargı merci tarafından nihai şekilde sonuçlandırılması ve daha öteye taşınmasının mümkün olmaması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kesin bir karar olmayı belirleyen ana unsur, ilgili yasalarda açıkça belirtilmiş olması ve aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamamasıdır. Örneğin 2575 sayılı Danıştay Kanunu md. 52/3'e göre *“Başkanlar Kurulunun kararları kesin olup bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz.”*

2. Bir idari yargı kararının kesinleşmesi ise idari yargı merciinin verdiği ister kesin veya isterse kesin olmayan bir kararın ancak belirli bir süre geçtikten ve tarafların yasal haklarını kullanmamaları ve hareketsiz kalmaları sonrasında verilmiş kararın büründüğü hali anlatmak için kullanılmaktadır.

3. Kesin kararlar ancak yasada gösterilen belirli yargı mercileri tarafından doğrudan verilebilmektedir. Oysa tüm dereceli mahkemelerin kesin olmayan kararları belli bir süre ve şartlar sonrasında kendiliğinden kesinleşebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, tüm yargı mercilerinin nihai nitelikteki kararları kanuni süre içerisinde itiraz veya temyiz gibi yeniden inceleme taleplerine başvurulmadığı takdirde kendiliğinden “kesinleşmiş karar” kabul edilmektedir. Dolayısıyla kesin kararlar, kendiliğinden “kesin karar” nitelik kazanamamakta ve mutlaka bir idari yargı merci tarafından doğrudan bu şekildeki bir karar olduğu belirtilerek verilmekte iken, “kesinleşmiş karar” belirlenen süre içerisinde son inceleme yetkilisi bir idari yargı merciine itiraz veya temyiz olunmaması sonrasında ilgili merciinin kararının yeni adı olarak belirtilebilmektedir. Örneğin 2577 sayılı kanun md. 51/1'e göre; *“İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan...”* ifadelerinde hem bu iki kavramın ayrı anlamlara geldiği gösterilmiş ve hem de süresi içerisinde incelemeye götürülmeyen kararların kendiliğinden kesinleşeceği gösterilmiştir. Bir kararın kesinleşmesinin kendiliğinden

değil ayrıca ilgili yargı merciinin incelemesi sonrası da olabileceğine örnek olarak 2577 sayılı kanun md. 49/3'de yer alan; *“Kararların kısmen onanması ve kısmen bozulması hâllerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir”* düzenlemesi gösterilebilmektedir.

4. Bir kararın “kesin karar” veya “kesinleşmiş karar” kabul edilmesi sonrası aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamamasının bazı istisnaları bulunmaktadır. Örneğin 2577 sayılı Kanun md. 51/1 gereğince; *“İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir.”*

Yukarıda gösterilen açıklamalarda yer alan yargılama süresince tüm idari yargı kararlarının kamu idareleri tarafından yerine getirilmesi için hem kesin olmasına hem de kesinleşmiş olmasına gerek bulunmamakta ancak hatalı bir şekilde kamu idareleri uygulamada kesin şekilde verilmeyen veya kesinleşmemiş idare aleyhine verilen kararları yerine getirmemektedir. Oysa bu durum açıkça hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü 2577 sayılı kanunun 28nci maddesine göre idari yargı kararlarının kesin olması veya kesinleşmesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır.

C. İDARİ YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİ HALİNDE UYGULANACAK İDARİ, MALİ, CEZAİ MÜEYYİDELERİNİN YETERSİZLİĞİ

Kamu idarelerinde yargı kararını yerine getirmeyen ve idareyi temsile yetkili kamu görevlilerinin kurum içinde disiplin soruşturması geçirdiği, açığa alındığı, görevinden uzaklaştırdığı görülmemektedir. 657 sayılı Devlet memurları kanununun *“Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller”* başlıklı 125nci maddesinde “yargı kararlarını yerine getirmemek” fiili bir disiplin suçu olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla idari hiçbir yaptırıma tabi değildir. Ayrıca kamu idarelerinde yargı kararının yerine getirilmemesi sebebiyle tazminat ödenmesi sonrasında da ilgili kamu görevlisine rücu edildiği de yaygın olarak görülmemiştir. Dolayısıyla kamu idaresinin, kusurlu eylem veya işlemiyle bir zararın meydana gelmesi halinde bu zararın meydana gelmesinde kusuru olan kamu görevlisine hem anayasal düzenlemeler hem de yasal düzenlemeler bağlamında rücu hakkı söz konusu olduğu halde bundan imtina etmesine benzemektedir. Oysa ki kamu idaresi tarafında rücu hakkının kullanılmasında bağlı yetkisinin olduğu tüm yasal mevzuatta açık ve net bir şekilde anlaşılmaktadır.¹⁷ Dolayısıyla bu konuda kamu görevlileri-

¹⁷ Mehmet Güneş, Mustafa Gündüz, “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, *Ufuk Üniversitesi SBE Dergisi*, 4 (2015): 7-19.

ne mali bir müeyyide de söz konusu değildir. Son olarak idari yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlilerinin cezai sorumluluğu olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde düzenlenen "Görevi kötüye kullanma" suçu oluşturduğuna ilişkin savcılığa suç duyurusu yapılması gerekmekte ancak bu durumda da çoğu zaman kamu görevlisinin yargılanmasına üst makamlarca izin verilmemektedir.¹⁸

Türkiye'de idari yargı kararını yerine getirilmemesine ilişkin sadece kamu görevlileri veya kamu idarelerinin değil en üst yürütme makamı olan Bakanlar Kurulu'nun dahi kendisine bağlı kamu idarelerinin yerine geçerek prensip kararı alabildiği¹⁹ idari yargı kararını yerel yöneticiler ve merkezi idarenin müşterek yerine getirmemek konusunda iş birliği yapabildiği²⁰ çeşitli örnekler bulunmaktadır. Bu örnekler Türkiye'de kamu idarelerinin yargı kararlarını dikkate almamasının öteden beri devam eden önemli bir sorun olduğunun anlaşılması konusunda birçok ipucu sağlamaktadır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMAMASINA YÖNELİK BAŞVURULARDA ORTAYA KOYDUĞU İLKE, KRİTER VE DEĞERLENDİRMELERİ

AİHM'nin, yargılama yetkisini kabul eden ülkeler açısından "konu ve madde" itibarıyla yetkisi AİHS ve bu sözleşmeye bağlı Ek Protokollerle korunan temel hak ve özgürlükler ile sınırlıdır. Bu kapsama dahil üye devletlerin kamu idarelerince yapılan her idari işlem, uygulama, idari eylem veya sözleşme ile ulusal yargı düzeninde bu konuda verilen her türlü idari yargılama kararı AİHM'nin görev alanına girmektedir. AİHM tarafından üye devletlerin bireyler açısından hak ihlali oluşturduğu düşünülen yargılama ilamlarına yönelik verdiği kararlar bütün üye ülkeler açısından emsal karar niteliğine sahiptir. Ayrıca AİHS'nin hükümlerinin ihlal edildiği yönünde AİHM'nin karar vermesi halinde üye devletler açısından başvuru konusu edilen idari yargı kararının, yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılması da gerekmektedir. Tüm bu özellikleri ile AİHM'nin ulusal idari yargı sistemindeki bireysel hak sorunlarını ortaya koyup değerlendiren bir uluslararası idari yargı merci olarak kabul edilmesi söz konusu olabilecektir. Ancak AİHM, ulusal idari yargıda geçerli olduğu gibi herhangi bir iptal kararı veya yürütmenin durdurulması kararı vermemekte sadece başvuruda ileri sürülen hak

¹⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Açıklamalı - İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019),1661.

¹⁹ D 13.D, 23.1.2008, E. 2006/975, K.2008/1274

²⁰ "...idari yargı kararlarını uygulamakla yükümlü yerel yöneticilerin idari yargı kararlarını uygulamayıp, fabrikanın faaliyetini devam ettirmesi yönünde emir ve talimat veren, yine idari yargı kararlarının geçersiz kılınması için bu yöreyi özel endüstri bölgesi ilan eden Başbakan ile idari yargı kararlarının uygulanması konusunda üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmeyen Bayındırlık ve İskân Bakanının kararların infaz edilmemesinden sorumlu bulunduğu anlaşılmalıdır..." Y HGK, 02.04.2009, E.2009/4-453, K.2009/553

ihlalinin olup olmadığını belirlemektedir. O halde AİHM'nin idari yargı merci-lerince karara bağlandığı halde kamu idareleri tarafından bu kararların ge-rektiği gibi yerine getirilmemesinin bireyler açısından doğuracağı hak ihlal-lerinin olup olmadığı bu mahkeme için ana inceleme konusudur.

AİHM'ye yapılan bireysel başvurularda kamu idareleri tarafından idari yargı kararlarının gerçekte yerine getirilmemesi üzerine oluşan hak ihlalleri-ne yönelik şikayetlerde AİHS'nin yorumlanması ile yıllar boyunca verilen birçok ihlal kararı tarafımızdan incelenerek aşağıdaki ilke ve kriterlerin AİHM tarafından ortaya konulduğu belirlenmiştir;

A. İDARİ YARGI KARARLARININ BİREY AÇISINDAN HUKUK YARGILAMASI KARARLARINDAN DAHA ÜSTÜN ÖNEME SAHİP OLDUĞU KRİTERİ

AİHM'e göre; medeni hakları belirleyen hukuk davalarından farklı ola-rak idari yargıda açılan iptal davalarının sonuçları açısından kabul edilen temel prensiplerin daha büyük bir öneme sahip olduğu, çünkü sadece bir idari bir karar veya işlemin iptalinin talebi değil aynı zamanda ve her şeyden önce söz konusu karar veya işlemin neticelerinin ortadan kaldırılmasının da talep edilmesinden dolayı bireylerin etkili bir şekilde korunması ve hukuka uygunluğun yeniden sağlanması ve ayrıca idari makamların verilen kararı icra etme yükümlülüğünün olmasını gerektirmektedir (*Hornsby/Yunanistan*, § 41; *Kyrtatos/Yunanistan*, §§ 31, 32).

B. İDARİ YARGI KARARININ YERİNE GETİRİLMEMESİNİN “HUKUK DEVLETİ” VE “YARGININ İYİ YÖNETİMİ İLKESİNE” AYKIRI OLACAĞI KRİTERİ

AİHM, idarenin hukuk devletinin bir unsuru olduğunu, bunun da en önemli ögesinin “yargının iyi yönetimi” ilkesi olduğunu ve yargı kararlarının idare tarafından yerine getirilmesinin reddedilmesi ya da geciktirilmesi du-rumunda, yargılama sürecinde kişilere tanınan güvencelerin varlık nedenle-rini kaybettiğini özellikle belirtmektedir (*Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, § 124).

C. İDARİ YARGI KARARININ YERİNE GETİRİLMEMESİNİN “ADİL YARGILANMA HAKKI” İÇERİĞİNDEKİ “MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI” İHLALI OLUŞTURACAĞI KRİTERİ

AİHM'ne göre; mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsadığından “mahkemeye erişim hakkı”ndan yola çıkarak yargı kararlarının icra edilmesi hakkını AİHS'nin 6. maddesinde yer alan “adil yargılanma hakkı”nın unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. Buna göre idare aleyhine verilen bir yargı kararı sonrası;

a. İdari yargı da dahil hangi mahkeme tarafından verilmiş olursa olsun, yargı kararlarının yerine getirilmesini isteme hakkı, “mahkemeye erişim

hakkının” ayrılmaz bir parçasıdır (*Hornsby/Yunanistan*, § 40; *Scordino/İtalya* (no. 1) [BD], § 196). Hangi yargı merci tarafından verilirse verilsin, bir yargı kararının veya hükmünün infaz edilmesi, 6. madde anlamında açılan bir “dava”nın tamamlayıcı unsuru olarak değerlendirilmelidir (*Burdov / Rusya*, § 34). AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında Mahkemeye erişim hakkının sadece teorik olarak bu hakkın tanınmasını değil aynı zamanda o yargı merciinden alınan nihai kararın icrasına yönelik davacının meşru bir beklentisini de koruduğunu kabul etmektedir (*Apostol/Gürcistan*, § 54). Mahkemeye erişim hakkı, davacının medeni hakları için kesinlik sağlayan idari işlemler bağlamında bir tartışmanın sonucu ile ilgili olduğu takdirde daha da önemlidir (*Okyay ve Diğerleri / Türkiye*, § 54).

b. İdari yargı kararının yerine getirilmemesi durumunda; AİHS'nin 6. maddesinde yer alan “adil yargılanma hakkı”nın sağlayacağı tüm güvenceler ile kişilere sağlayacağı tüm olumlu sonuçlar tamamen ortadan kalkacaktır (*Burdov/Rusya*, §§ 34 ve 37). Şayet idare, yargı kararını uygulamayı reddediyor veya ihmal ediyor ya da onu uygulamayı geciktiriyorsa, bu durumda davacının, davanın gelişimi süresince yararlanabileceği AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen tüm teminatlar, her türlü varlık nedenini kaybetmektedir (*Süzer ve Eksen Holding A.Ş. / Türkiye*, § 115). Eğer Sözleşmeciler Devletin yasal sistemi, kesin ve bağlayıcı olan bir mahkeme kararının veya bir tarafın maruz kalacağı zararı önleyen bir tedbir kararının uygulanamaz hale gelmesine izin veriyorsa, bu durumda, 6. maddeyle sağlanan olan “mahkemeye erişim hakkı” sadece görüntüde kalacaktır (*Okyay ve Diğerleri / Türkiye*, § 72).

c. İdari yargı merciinin idare aleyhine verdiği bir yargı kararı ile davacı tarafın etkili bir şekilde korunması ve hukuka uygunluğun sağlanmasında idari makamların kararı icra etme yükümlülüğünün doğrudan doğması etkili olacaktır (*Hornsby/Yunanistan*, § 41; *Kyrtatos/Yunanistan*, §§ 31-32).

ç. İdari yargı kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmadığı takdirde yargılamanın da herhangi bir anlamı olmayacaktır (*Hornsby/Yunanistan*, § 40).

d. “Mahkemeye erişim hakkı” aynı zamanda idari yargıda nihai kararın öncesinde verilen “yürütmenin durdurulması” şeklindeki ihtiyati tedbir kararlarının uygulanmasını da koruma altına alan özellikteki bir haktır (*Sharxhi ve Diğerleri/Arnavutluk*, § 92). Bu nedenle, idari yargı tarafından alınmış bir tedbir kararına rağmen örneğin bir konutun yıkılması “adil yargılanma hakkının” doğrudan ihlalini teşkil edecektir (§§ 94-97).

Ç. İDARİ YARGI KARARININ YERİNE GETİRİLMESİNDE İDARE TARAFINDAN GÖZETİLECEK İLKELER KRİTERİ

a. AİHM içtihatlarında, idare tarafından yerine getirilmediği ileri sürülen idari yargı kararlarının incelenbilmesi için öncelikle kararın kesinliğine ve nihailiğine vurgu yapıldığı görülmektedir (*Hornsby/Yunanistan*, § 40; *Burdov/Rusya*, § 34; *Büker/Türkiye*, §§ 28-34; *Ahmet Kılıç/Türkiye*, § 27). AİHM, üst yargı mercilerin incelemesine tabi olabilecek ya da üst mahkemece bozulabilecek türdeki kararların, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının güvencesi altına alınmadığını açıkça belirtmektedir. Temyiz merciinin ilk derece mahkemesi kararının uygulanmasını erteleme veya askıya alma gibi bir etkisinin olup olmadığına bakılmaksızın, Sözleşme'nin 6. maddesinin sadece nihai ve bağlayıcı mahkeme kararlarının uygulanmasını koruduğu AİHM tarafından kabul edilmiştir. AİHM, özellikle temyiz merciinin, başvuruların lehine olan kararı bozabileceğini göz önünde bulundurarak kendi iç hukuk düzenlemesi gereği uygulanması zorunlu kabul edilmiş olsa bile idarenin bu tür idari yargı kararına uymamasını, AİHS 6. maddenin gerekliliklerine aykırı görmemektedir (*Ouzounis ve diğerleri/Yunanistan*, § 21). Dolayısıyla, AİHM açısından idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi halinde AİHS md. 6'da yer alan "adil yargılanma hakkının" ihlaline yol açacak nitelikteki kararlar ancak kesinleşmiş türdeki yargı kararlarıdır. Bu yönde sonuçlanan ilk dava (*Hornsby/Yunanistan*) davasıdır. Bu davada AİHM, kesinleşmiş ve zorunlu bir idari yargı kararının bir taraf aleyhine sonuçsuz/etkisiz kalmasına müsaade etmesi durumunda, AİHS madde 6/1'in sağladığı hukuksal güvencelerin anlamını yitireceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda daha sonra verilen kararlarda, bu kuralın sadece idari davalarda değil özel hukuk davalarında da geçerli olacağı, dolayısıyla idarenin ihmali sonucu yerine getirilmeyen kesinleşmiş bir yargı kararı sonrasında şikâyet edilen devletin sorumluluğuna ancak gidilebileceğine işaret edilmektedir.²¹ Daha sonra verilen bazı kararlarda AİHM, idare tarafından yerine getirilmesi için idari yargı kararında kesinleşme şartı aramaksızın idari işlemin yürütmesini durduran ve alındığı tarih itibarıyla "uygulanabilir" nitelikteki yargı kararlarının kanunda öngörülen süre içerisinde idare tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir (*Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, § 135).²²

²¹ Erkan Duymaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi No:47, (2012):121-160, 139.

²² AİHM ile benzer şekilde Türk Anayasa Mahkemesi de "bireysel başvuruda yargılamanın tümü bakımından kesinlik taşımayan kararların icra edilmemesine ilişkin şikâyetlerde "adil yargılanma hakkı" yönünden Anayasa Mahkemesi tarafından bakılacak hususun, bu kararın uygulanmamasının ileride başvuru lehine verilecek muhtemel nihai kararın icra edilmesini imkânsız hâle getirecek veya aşırı derecede zorlaştıracak nitelikte olup olmadığının belirlenmesi olduğunu belirtmiştir. Bu hususun ise her somut olayda olayın koşulları dikkate alınarak incelenmesi gerektiğini" kabul etmiştir (Bariş Yaslan, B. No: 2014/14830,

b. AİHM, kesinleşmemiş türdeki idari yargı kararlarından olan “yürütmenin durdurulması” kararlarının mutlaka idare tarafından tam olarak yerine getirilmesi gerektiğini, yerine getirilmemesi üzerine yapılacak başvurularda ana kararın kesinleşmesi aranmadan “adil yargılanma hakkı” yönünden olmasa da diğer koruyucu hakların ihlali açısından inceleyebileceğini kabul etmiştir (*Taşkın ve diğerleri/Türkiye, Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye*).

c. AİHM'e göre; idari yargı kararının idare tarafından yerine getirilmesi; tam ve eksiksiz olmalı, kısmi olmamalı (*Matheus/Fransa, § 58; Sabın Popescu/Romanya, §§ 68-76*) ve idare tarafından engellenmemeli, geçersiz ve hükümsüz kılınmamalı ya da gereğinden fazla geciktirilmemelidir (*Immobiliare Saffi/İtalya, § 74*). İdare, hiçbir durumda hakkında verilen kararları değiştiremez, uygulanmasını geciktiremez veya reddedemez. İdare bu amaçla, örneğin, yeni kararlar veya yeni idari tedbirler olarak veya uygulanmasını bir idari kurumun iznine bağlı kılarak bir idari yargı kararının uygulanmasını dolaylı olarak engelleyemez veya geciktiremez (*Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye, § 71*).

ç. İdare aleyhine verilen idari yargıdaki iptal kararının, sadece hüküm fıkrasının değil, aynı zamanda gerekçelerinin de bağlayıcı olduğu, aleyhine verilen iptal kararını uygularken idarenin, mahkeme tarafından tespit edilmiş gerekçe ve değerlendirmelere uygun olarak hüküm fıkrasında ortaya konulan hedefe ulaşmak için gerekli tüm kararları ve tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (*Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye, § 70*).

d. İdari yargı tarafından verilen kararın yerine getirilmesini, AİHS'in 6. maddesi bakımından yargılamanın bütünüyle bir parçası olarak gören AİHM, ayrıca yargılamanın uzun sürmesini ve geç karar verilmesini de bu tür davalarda ayrıca incelemektedir (*Di Pede/İtalya, §§ 20-24*).

e. AİHM'ne göre idari yargı kararının idare tarafından yerine getirilmesinde oluşabilecek gecikme, davacının kararın icra edilmesini isteme hakkına hanel getirecek nitelikte olmamalıdır (*Burdov/Rusya, §§ 35-37*).

f. AİHM'ne göre bağlayıcı bir idari yargı kararının icrasında makul olmayan derecede bir gecikme, Sözleşme ihlaline yol açabilecektir. Bu gecikmenin makul olup olmadığı özellikle yargı kararının icra usulünün karmaşıklığı, başvuranın ve yetkili makamların davranışı ve mahkeme tarafından hükmedilen tazminatın miktarı ve mahiyeti göz önünde bulundurularak belirlenmelidir (*Raylyan/Rusya, §31*). Yargı kararının yerine getirilmesinde gecikmenin makul olup olmadığına karar vermek için, ilk olarak, yetkililerin kararı yerine getirmesinin ne kadar sürdüğüne ve ayrıca icra işlemlerinin ne kadar karma-

23/3/2017, § 27). Nitekim Anayasa Mahkemesi (Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014) başvurusunda karar kesinleşmeden “yürütmenin durdurulması” kararının uygulanmadığına ilişkin başvuruyu “ifade özgürlüğü” yönünden incelemiştir. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, (Kristal-İş Sendikası, B. No: 2014/12166, 2/7/2015) başvurusunda yürütmenin durdurulması isteminin reddi üzerine yapılan bireysel başvuruyu sendika hakkı yönünden incelemiştir.

şık olduğuna, başvuranın ve yetkililerin nasıl davrandığına ve yargı kararının niteliğinin ne olduğuna bakılması gerekmektedir (*Kishchenko/Rusya*).

g. AİHM, idari makamların kesinleşmiş ve icraya konulabilir bir yargı kararını uygulamak üzere gerekli tedbirleri beş yıldan fazla bir süre boyunca almamasını sözleşmede yer alan adil yargılanma hakkının bireylere sağladığı tüm faydalı neticelerini ortadan kaldırmış olduğuna karar verirken (*Hornsby/Yunanistan*, § 45) başka bir başvuruda toplam dokuz aylık sürenin, koşullar göz önünde bulundurulduğunda, aşırı olmadığına karar vermiştir (*Moroko/Rusya*, §§ 43-45).

ğ. AİHM, yargı kararının yerine getirilmesinde idarenin sorumlu olduğu belli süreye kadar olan gecikmeleri makul kabul etmekte ve ödemelerin gecikmesi halinde gecikme faizi gibi telafi edici yöntemler bulunup bulunmadığına inceleme sırasında ayrıca bakacağına vurgu yapmaktadır (*Fidanten ve Diğerleri/Türkiye*, § 28).

D. İDARİ YARGI KARARININ İDARE TARAFINDAN FİİLİ İMKÂNSIZLIK SEBEBİYLE YERİNE GETİRİLMEDİĞİ İDDİASINDA GÖZETİLECEK İLKELER KRİTERİ

AİHM'ne göre, idarenin aleyhine verilen bir yargı kararının yerine getirilmesinin fiili olarak imkânsız olduğuna düşünmesi, idareyi hiçbir şekilde yükümlülüklerinden kurtaramayacaktır. Uygulamada, bir iptal kararını icra etmenin fiilen veya hukuken imkânsız olduğu (özellikle “aynen ifa” veya “eski hale iade” şeklinde verilen kararlar söz konusu olduğunda) olağanüstü koşullarda bile, idarenin uygulama yükümlülüğü hiçbir şekilde ortadan kalkmamaktadır. Bu tür aynen ifa engellerinin mevcut olduğu durumlarda ise, uygulama biçiminde gidilebilecek değişiklikler düşünülmeli, kişilerin yeniden yargıya başvurmasına gerek kalmadan, en tatmin edici alternatif çözüm belirlenmelidir...idare; hukukî veya fiilî imkânsızlıklar nedeniyle olsa bile her halükârda idari yargı kararını uygulamak için elinde gelen tüm gayreti gösterdiğini ve mevcut engellerin aşılması gerektiğini ispatlamak zorundadır (*Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye*, § 72).

E. TAZMİNAT GEREKTİREN İDARİ YARGI KARARININ İDARE TARAFINDAN YERİNE GETİRİLMESİNDE GÖZETİLECEK İLKELER KRİTERİ

- a. AİHM, bir kamu kurumunun aleyhinde verilen nihai ve bağlayıcı bir yargı kararıyla ortaya konulan borcu ifa etmemek için ileri süreceği ekonomik kaynak eksikliği mazeretini kabul etmemiştir (*Burdov/Rusya*, § 35)
- b. AİHM'e göre yerel icra usulünün karmaşıklığı veya devletin bütçe sistemi, Sözleşme uyarınca bağlayıcı ve icra edilebilir yargısal kararların makul bir süre içerisinde icra edilmesini herkes için sağlama

yükümlülüğünden devleti muaf tutamaz. Bu bağlamda idare tarafından ileri sürülen bütçe ve diğer kaynak eksikliklerinin idari yargı kararı ile belirlenmiş bir borcun ödenmemesi için gerekçe olarak gösterilemeyeceği vurgulanmıştır (*Reisner/Türkiye*, §§ 48-50).

- c. İdare aleyhine verilmiş nihai bir idari yargı kararının gereğinin yapılmasında, bireyler kendi alacakları için ayrı bir icra takibi yapmaya zorlanamazlar (*Manushaqe Puto ve Diğerleri / Arnavutluk*, § 71).
- ç. AİHM, idari yargı kararlarının yerine getirilmesindeki gecikme sebebiyle ortaya çıkan hak kaybını, doğrudan “mülkiyet hakkından barışçıl yararlanmaya” yönelik bir müdahale olarak kabul etmektedir (*Burdov / Rusya*, § 40).

IV. AİHM’NİN İDARİ YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİNE YÖNELİK TÜRKİYE ÖZELİNDEKİ BAŞVURULARDAKİ TESPİTLERİ

Türkiye’de kamu idarelerinin özellikle aleyhlerine verilen idari yargı kararlarının “icaplarını” (requirements) kendilerine tebliğinden itibaren otuz gün içinde yerine getirmek zorunda olduğu yasal düzenlemesine rağmen yukarıda ortaya konulan gerekçe ve sebeplerden birçoğunu içine alacak şekilde yerine getirmediğinden dolayı idarenin hukuka uygun davranmadığını ortaya koyan ve giderek artan Türkiye aleyhine birçok AİHM kararı bulunmaktadır. Çoğunlukla yargı kararlarına rağmen kamulaştırma bedelleri ile haksız fesih tazminatlarını idareden alamayan kişiler tarafından yapılmış bireysel başvurular sonrası hak ihlali kararı verilen davalar arasında²³; 1997 yılına ait *Akkuş/Türkiye davası*, 1998 yılına ait *Aka/Türkiye davası*, 2004 yılına ait *Taşkın ve diğerleri/Türkiye davası*, 2005 yılına ait *Okyay ve diğerleri /Türkiye davası*, 2005 yılına ait *Tunç/Türkiye davası*, 2006 yılına ait *Ahmet Kılıç/ Türkiye davası*, 2006 yılına ait *Kuzu /Türkiye davası*, 2007 yılına ait *Lemke/Türkiye davası*, 2008 yılına ait *Akıncı /Türkiye davası*, 2008 yılına ait *Kaçar /Türkiye davası*, 2008 yılına ait *Yerlikaya/Türkiye davası*, 2009 yılına ait *Yavuz Sarıkaya / Türkiye davası*, 2010 yılına ait *Baba/Türkiye davası* öncelikle zikredilebilir.

Ancak Türkiye aleyhine verilen idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi içerikli hak ihlali kararları arasında en dikkat çekici olanı 2012 tarihli *Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye*²⁴ kararıdır. Bu karar AİHM tarafından o

²³ Tekin Akıllıoğlu, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması: İç Hukukumuzla İlişkin Bazı Öneriler”, *Mihder*, Cilt: 9, Sayı: 25, (2013/2):3-27, 7-8.

²⁴ Süzer ve Eksen Holding, sahibi oldukları Kentbank’a 2001 yılında el konulması sonrasında Danıştay tarafından verilen iptal kararlarına BDDK tarafından uyulmadığı gerekçesiyle 2005’te AİHM’de dava açarak Türkiye’den 4.1 milyar Dolar tazminat istemiştir. AİHM, başvuru sonrası 2012 yılında Türkiye’nin, AİHS’nin adil yargılanma ve mülkiyet haklarına ilişkin ihlal kararı vermiştir. Tazminatın 1.050 milyar dolarlık kısmını reddeden AİHM, kalan 3 milyar 51 milyon dolarlık kısım için inceleme yapacağını bildirmiş ve 6 aylık süre içinde tarafları uzlaşmaya davet etmiştir.

dönem Türk idari yargısına ve kararların uygulanmasına ilişkin yapılan birçok tespiti barındırmaktadır. Özellikle 2577 sayılı kanununun 28/3. maddesinde idari yargı yerlerinin kararlarına uygun işlem tesis edilmemesi veya eylemde bulunulmaması halinde ilgili idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılabilmesine ilişkin yasal düzenlemenin, bireylere yeterli hukuki koruma sağlamadığına ilişkin 2012 tarihli *Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye* kararında; 2577 sayılı Kanun'a göre açılacak tazminat davalarının, yargı kararının icra edilmemesi şikâyetleri bakımından etkili bir iç hukuk yolu olup olmadığı incelenmiş ve aşağıdaki tespitler yapılmıştır;

a. AİHM, ilk olarak bir idari yargı kararının idare tarafından uygulanmaması veya idarenin eksik veya yetersiz “uygulanma biçiminin”, daha sonra kişilerin uğrayacağı maddi veya manevi zararın “tazmin” edilmesi hususuyla karıştırılmaması gerektiğini belirtmiştir.

b. AİHM, Anayasanın 125. maddesindeki idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralını ve 2577 sayılı Kanununun 11-13'ncü maddelerinde yer verilen idarenin bir eyleminden dolayı zarara uğramış olanların, eylem tarihinden itibaren bir yıl içinde idareye başvurarak zararlarının tazmin edilmesini tam yargı davası ile talep edebileceğine ilişkin düzenlemeleri genel hükümler (*lex generalis*) niteliğinde görmüştür. Ayrıca Anayasanın 138. Maddesindeki idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu ve bunları hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve yerine getirilmesini geciktirmeyeceği hükmü ile 2577 sayılı Kanununun 28'nci maddesinde yer verilen yargı kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılabilmesine ilişkin düzenlemeleri ise özel hüküm (*lex specialis*) niteliğinde kabul etmiştir (§ 74).

c. Daha özel hüküm niteliğinde olan 2577 sayılı Kanununun 28'nci maddesinde yer verilen ve idarenin, aleyhine verilen yargı kararı gereğince 30 gün içinde işlem tesis etmediğinde kişilerin 10 yıl içerisinde söz konusu idareye başvurarak iptal kararının uygulanmasını talep etme hakkına sahip olduğuna ilişkin kuralı AİHM, bu şekildeki bir yöntemin Hukuk devletini düzenleyen ilkeler göz önünde tutulduğunda, bir yargı kararının uygulanmaması halinde idarenin “hizmet kusuru” üzerinden değerlendirilerek belirlenecek bir zararın tazminini sağlamak için yeterli olmadığını (§75), çünkü idareye karşı yargı kararlarının uygulanmaması durumlarında, açılan tazminat davalarında başvurucular açısından ayrıca idarenin “ağır” hizmet kusurunun da ispatlanmasının zorunlu kılındığını, bundan dolayı bu şekilde bir başvuru yolunun ise uygun bir başvuru yolu olmadığını (§ 95) değerlendirmektedir. Diğer bir ifadeyle 2577 sayılı Kanununun 28nci maddesindeki *lex specialis* (özel hüküm) niteliğindeki hükümler kapsamında, idareye karşı tazminat davası açılmasının idari yargı kararların yerine getirilmemesine ilişkin şikâyetler bakımından uygun bir tazminat yolu oluşturamayacağına hükmetmiştir (§ 75). Neti-

cede AİHM, Türk idari yargı sistemi uygulamasına göre, bir idari yargı kararı yerine getirilmediğinde idare açısından kendiliğinden bir “hizmet kusuru” oluşturduğu baştan kabul edilse dahi, idarenin bu sebeple oluşan kusuru nedeniyle tazminat ödemeye mahkum edilebilmesi için ayrıca Türk idare hukukuna özgü bir şart olan ve en basit ifadesiyle anlaşılır veya açıklıktan uzak bir kavram olarak görülebilecek idarenin “ağır hizmet kusurunun” ispatlanması gibi daha sıkı bir şarta bağlı olduğunu belirlemiştir. İdarenin ağır hizmet kusurunun ispatlanmasının ise her zaman mümkün olmayabileceğini, zira benzeri durumlarda, bireylerin yargı kararına direnen idareye karşı yöneltebilecekleri ağır kusur iddiasının, yalnızca idarenin kendi hukuka aykırılıkları ile ilgili olmayıp bazen ulusal ve/veya yerel seviyede idari sistemin yetersizliklerine ve aynı zamanda sistemin karmaşıklığına ve buna ilişkin idari karar alma mekanizmalarını etkileyebilecek aşırı şekilciliğine de bağlı olabileceğini belirlemiştir (§ 97).

ç. AİHM’ne göre, idari yargı kararının uygulanmaması sonrası 2577 sayılı Kanununun 28. maddesinin 3. ve 4. fıkraları uyarınca özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindeki hükümleri kapsamında öngörülen maddi ve/veya manevi tazminat talep etmeye yönelik hukuk yolunun; kişilerin öncelikle dava açıldığı an itibarıyla uğradığı zararın belirlenmesine bağlı olmasından, özellikle maddi zararlar için mal varlığı aktiflerinde azalma ya da mal varlığında artış kaybı gibi sadece gerçek ve somut bir zararın doğrudan tespit edilebilmesine dayanmasından dolayı, bu şekildeki bir tazmin belirleme yolunun ise idari yargı kararlarının uygulanmamasına dayandırılan şikâyetler bakımından geçerli ve uygun bir tazminat yolu oluşturmadığını, ayrıca “aynen ifa” veya “eski hale iade” şeklinde bir uygulama bekleyen başvuru için somut bir alternatif teşkil etmediğini belirlemiştir (§§ 95-97). Dolayısıyla AİHM’e göre Türkiye’deki idari yargı kararlarının uygulanabilmesi için mevcut yasal düzenlemeler aslında bireylerin tatmini açısından yeterli görülmemektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

AİHM’nin bu çalışmada inceleme konusu yapılan kararlarında üye devletlerin idari yargı kararlarının kamu idareleri tarafından yerine getirilmesinin üzerine getirdiği yaklaşım, ilke ve kriterlere yönelik tarafımızca ortaya konulan değerlendirme ve eleştiriler ise şu şekildedir;

1- AİHM’nin konuya ilişkin kararları incelendiğinde ayrı bir yargı kolu olarak idari yargı sistemine sahip olan ve idari rejim uygulayan ülkeler ayrımı yapmaksızın bireylerin başvuru yaptığı tüm ülkelerde idare aleyhine tüm yargı kolları tarafından verilen kararlara ilişkin hak ihlali oluşturmaları açısından genel değerlendirmeler yapmıştır. Dolayısıyla AİHM’nin kararlarında kişilere karşı yapılan hak ihlalinin daha hızlı şekilde giderilmesi açısından bir

ülkede idari yargı sisteminin mutlaka bulunmasının gerekmediği, bu sebeple idari yargının varlığının o ülkede idarenin kanuniliği veya hukukiliğine, yargı kararlarının gerektiği gibi uygulatılabilmesine hiçbir olumlu katkısı bulunmadığına ilişkin bir tespitinin olmadığı görülmektedir.

2- AİHM, tüm kararlarında idari yargı kararlarının kamu idarelerince te reddütsüz uygulanmaları gerektiğini öncelikle belirtmiş ve ayrıca idari yargı kararlarını uygulatmaya yönelik Fransa'da olduğu üzere "yargısal emir" gibi özel mekanizmaların diğer ülkeler açısından da varlığını ve gerekliliğine ilişkin özel bir tespitte bulunmamıştır.

3-AİHM'nin uygulanmamaları üzerine idari yargı kararlarının bireysel başvurulara konu olabilmesi için kesinleşmeleri gerektiğini ileri sürmektedir. Kişiler tarafından AİHS'nin ihlal edildiği iddiası ile yapılacak başvurularda AİHM tarafından öne çıkarılan "kesinleşme şartı" yaklaşımı çeşitli sorunlar barındırmaktadır. AİHM kararlarında en çok eleştirilecek husus, idare tarafından yerine getirilmeyen yargı kararları içerisinde sadece "kesinleşmiş" yargı kararlarını incelemeye tabi tutması, öte yandan kesinleşmemiş olan esasa ilişkin idari yargı kararlarını ise inceleme dışı tutmasıdır. Bu durum kanaatimizce AİHS'nin 13.maddesinde yer alan "Etkili başvuru hakkı"nın açıkça ihlali niteliğindedir. Özellikle bir idari yargı kararının kesinleşmesinin uzun yıllar aldığı ve bu süre içerisinde kamu idaresi lehine birçok yasa kuralının değiştirilebildiği ülkelerde (örneğin Türkiye) kişiler açısından idari yargı kararına ilişkin yapılacak başvurularda kesinleşme şartının mutlak şekilde aranmaması gerekir. Nitekim AİHM, zaman zaman verdiği kararlarda idari yargı kararının kesinleşmesi konusunda Sözleşme'nin 35. maddesinde, bireysel başvuru için, öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının mutlak olmadığı görüşündedir. Mahkeme'ye göre, bu kuralın, sözleşmeciler devletlerin üzerinde anlaştıkları insan haklarını koruma mekanizması çerçevesinde ve aşırı şekilciliğe kaçmaksızın, belli ölçüde esneklikle uygulanması gerekmektedir. Bunun için de incelenen davanın özel koşullarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, ilgili devletin hukuk sisteminde mevcut başvuru yolları yanında, başvurucunun içinde bulunduğu koşulların da gerçekçi biçimde dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca, başvurucunun iç hukuk yollarının tüketilmesi için kendisinden beklenen her şeyi yapmış sayılıp sayılmayacağı, olayın koşulları göz önünde tutularak, araştırılması gerekmektedir. Mahkeme, bu araştırması sonucunda, iç hukuk yollarının tüketilmesi durumunda, başvurucunun hak ve özgürlüklerinin etkili biçimde korunamayacağı kanısına varırsa, söz konusu kuralı göz önünde tutmaksızın az sayıda da olsa yapılan başvuruları kabul edebilmektedir. Dolayısıyla kamu idaresi aleyhine idari yargı kararının kesinleşmesinin beklenmesi yerine kişilerin uğradığı hak kayıplarını, ne kadar etkilendiği ve ne denli geri döndürülemez şekilde zararlar verildiğini öncelikle ele alınması gerektiği ortadadır.

Bu konuya ilişkin diğerk bir husus ise herhangi bir kesin idari yargı kararı daha verilmediğı bir durumda idari yargıda dava hala devam ederken yapılacak bireysel bir başvurunun, AİHM tarafından kabul edilip edilmeyeceğidir. Bu konuda Candan'a göre; bireyler için ulusal yargı yerlerinin sağlayacağı koruma asıl, AİHM'nin koruması ise yardımcı ya da ikincil nitelikteki bir korumadır. Dolayısıyla derdestlik iddiası geçerli olmayacak idari yargı merci ile AİHM eş zamanlı olarak yapılan bu başvuruları incelemesi gerekecektir.²⁵ Bu konuda AİHM, 1998 yılında sınır dışı edilmek istenen İran vatandaşı olan Jabari/Türkiye davasında, iç hukuk yolları tüketilmemiş olsa ve kesinleşmemiş idari yargılama kararları bulunsa dahi ileride telafisi zor zararlara uğrama ihtimali sebebiyle kişiler hakkındaki idari kararları (örneğin sınır dışı edilme kararını) AİHM'e taşıyabileceğini kabul etmiştir (Jabari/ Türkiye, Ş 37, 40).

4- AİHM'nin yerine getirilmemiş idari yargı kararlarının kesinleşmesini bireylerin yapacağı başvuruda ön inceleme şartı olarak ararken diğerk yandan "yürütmenin durdurulması" kararlarını kesinleşme şartı aramaksızın kimi zaman hak ihlali açısından davacıya bir teminat sağladığını ileri sürerek reddetmeden incelemeye aldığı görülmektedir. Bu bakış açısına göre; AİHM'nin tüm dereceli mahkemelerin bir davanın her safhasında verebileceğı yürütmenin durdurulması kararlarını idarenin uygulamamasını doğrudan inceleme konusu yapması ancak idari yargı merciince dava sonunda "yürütmenin durdurulması" kararının yerini alan nitelikteki esasa ilişkin nihai bir kararını (örneğin iptal kararını) ise daha kesinleşmediğı için kabul etmeyip incelemeye almaması hak ihlallerini gidermek açısından açık bir çelişki oluşturmaktadır. Çünkü kesinleşmemiş olsa da bir iptal kararı aynı şekilde kişiler için de uygulanması engellendiğı için bir teminat niteliğindedir.

Bu konuya ilişkin Türk hukuk sistemi özelinde, 2577 sayılı idari yargılama usulü kanunu madde 27/7 gereğince "*Yürütmeyi durdurma kararına tebliğini izleyen günden itibaren 7 gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebilir. İtiraz edilen merciler dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorundadır. İtiraz üzerine itirazı inceleyen merci-in verdiği karar kesindir*" düzenlemesinden hareketle itiraz edilmesi sonrası veya itiraz edilmeyerek "yürütmenin durdurulması" kararının kesinliğinden bahsedilebileceğı ve bu şekilde kesinlik kazanmış yürütmenin durdurulması kararları AİHM tarafından incelemeye tabi tutulurken, davayı sonuçlandıran ancak kesinleşmemiş örneğin iptal kararları kendisine tebliğ edildiğı halde idare tarafından yerine getirilmediğinde inceleme dışı bırakılması durumunda bireyler açısından etkili bir müracaat hakkı oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

²⁵ Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 74.

5- AİHM'nin Türkiye özelinde verdiği aleyhe kararlarda; idari yargı kararının kamu idarelerince yerine getirilmemesi sebebiyle 2577 sayılı yasada düzenlenmiş kişilere dava yolu ile tazminat ödemenin etkili bir hukuk yolu olmadığı ve yetersiz bir koruma olduğuna dair tespitlerini dikkate alarak iç hukukta gerekli düzeltmeleri yapmak adına devletin yasama organı ve diğer birimleri AİHM kararlarının verildiği zamandan şu ana kadar hiçbir girişimde bulunmamıştır.

6- Türkiye'deki idari kurumların sadece AİHM değil Türk Anayasa Mahkemesi kararlarını ve diğer yargı kararlarını da gün geçtikçe daha az dikkate alarak uygulamadığı görülmektedir. Dolayısıyla kendi ülkesinde Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarına karşı kayıtsız kalan bir idari yapının idari yargı kararlarına karşı daha hassas olacağını beklemek aşırı iyimserlik barındırmaktadır.

7-Özellikle Türkiye'de İYUK md. 28/4'de yapılan 2014 yılı değişikliği sonrasında yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlilerine karşı dava açabilme imkanının ortadan kaldırılmasıyla keyfi muamelelerde bir artış görülmektedir. Kamu kurumlarını verdikleri hukuk dışı kararlarla zarara uğratan ve kişilerin haklarına doğrudan ihlal eden kamu görevlilerine aynı zamanda rücu müessesinin de uygulanmaması ile idari yargı kararlarının gerektiği gibi uygulanmasını beklemek daha da zorlaşmıştır.

8- AİHM kararlarında giderek öne çıkan husus, idari yargı kararlarının yerine getirilememesinde kişiler için yasaların sunduğu imkânların yetersizliği ile bu tür başvuru yollarının kâğıt üzerinde kaldığıdır. Dolayısıyla bireylerin idari yargı kararlarını uygulatamaması sonrası kötüleşen fiili durumlarının, zarara uğrama ihtimallerinin daima AYM ve AİHM tarafından göz önünde tutulması ve yargı kararlarını uygulamamaktan men etmek adına kamu idarelerince bu kararların hukuk dışı saiklerle yorumlanmasının mutlaka önüne geçilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı Adli İstatistikler 2020 yılı, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2022, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/>
- Akıllıoğlu, Tekin. “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması: İç Hukukumuzda İlişkin Bazı Öneriler”, Mihder, Cilt: 9. Sayı: 25, (2013/2):3-27.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil. *Açıklamalı – İctihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Altay, Evren. *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Boz, Selman Sacit; Eraslan, Yunus. “İdari Yargılama Usulünde “Karar Verilmesine Yer Olmadığı” Kararları”, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIV, S.2, (2020): 389-423.
- Candan, Turgut. *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Duymaz, Erkan. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Çevrenin Korunmasına Katkısı*, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi No:47, (2012):121-160.
- Gözübüyük, A. Şeref; Dinçer, Güven. *İdari Yargılama Usulü*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2001.
- Güçlü, Yaşar. *Danıştay ve Yargıtay İctihadları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Güneş, Mehmet; Gündüz, Mustafa. “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, *Ufuk Üniversitesi SBE Dergisi*, 4 (2015): 7-19.
- Karavelioğlu, Celal. *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2006.
- Yılmaz, Berk. *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

AİHM KARARLARI

- A hmet Kılıç/Türkiye Davası (Başvuru No: 38473/02), Karar Tarihi: 25 Temmuz 2006
- Aka Türkiye Davası (Başvuru No:107/1997/891/1103), Karar Tarihi: 23 Eylül 1998
- Akkuş /Türkiye Davası (Başvuru No: 60/1996/679/869), Karar Tarihi: 9 Temmuz 1997
- Apostol /Gürcistan Davası (Başvuru No:40765/02), Karar Tarihi: 28 Şubat 2007
- Birsnel Lemke /Türkiye Davası (Başvuru No:17381/02), Karar Tarihi:05 Haziran 2007

- Burdov / Rusya Davası (Başvuru No: 59498/00), Karar Tarihi: 07 Mayıs 2002
- Bükler/Türkiye Davası (Başvuru No: 29921/96), Karar Tarihi: 24 Ekim 2000
- Di Pede/İtalya Davası, (Başvuru No: 83/1995/589/675), Karar Tarihi: 26 Eylül 1996
- Emine Kuzu /Türkiye Davası (Başvuru No: 13062 / 03), Karar Tarihi:17 Ocak 2006
- Fatma Tunç/Türkiye Davası (Başvuru No: 16608/02), Karar Tarihi: 20 Ekim 2005
- Fidanten ve Diğerleri/Türkiye Davası, (Başvuru No: 27501/06), Karar Tarihi: 28 Haziran 2011
- Hornsby/Yunanistan Davası (Başvuru No: 18357/91), Karar Tarihi: 19 Mart 1997
- Immobiliare Saffi/İtalya Davası (Başvuru No: 22774/93), Karar Tarihi:1999
- Jabari/ Türkiye Davası (Başvuru No: 40035/98), Karar Tarihi: 11 Temmuz 2000
- Kaçar ve Diğerleri / Türkiye Davası (Başvuru No: 38323/04, 38379/04, 38389/04, 38403/04, 38423/04,38510/04, 38513/04 ve 38522/04), Karar Tarihi: 22 Temmuz 2008
- Kishchenko/Rusya Davası (Başvuru No: 33509/04), Karar Tarihi: 2009
- Kyrtatos/Yunanistan Davası (Başvuru No: 41666/98), Karar Tarihi:2003
- Manushaqe Puto ve Diğerleri /Arnavutluk Davası (Başvuru No: 604/07, 34770/09, 43628/07), Karar Tarihi: 31 Temmuz 2012
- Matheus/Fransa Davası (Başvuru No: 62740/00), Karar Tarihi: 31 Mart 2005
- Moroko/Rusya Davası (Başvuru No: 20937/07), Karar Tarihi: 12 Haziran 2008
- Okyay ve Diğerleri / Türkiye Davası (Başvuru No: 36220/97), Karar Tarihi: 12 Temmuz 2005
- Ouzounis ve Diğerleri / Yunanistan Davası (Başvuru No: 49144/99), Karar Tarihi:18 Nisan 2002
- Raylyan/Rusya Davası (Başvuru No: 22000/03), Karar Tarihi: 15 Şubat 2007
- Reisner /Türkiye Davası (Başvuru No: 46815/09), Karar Tarihi: 21 Temmuz 2015
- Sabin Popescu/Romanya Davası (Başvuru No: 48102/99), Karar Tarihi: 2 Mart 2004
- Scordino/İtalya Davası (Başvuru No: 36813/97), Karar Tarihi: 2006
- Sharxhi ve Diğerleri/Arnavutluk Davası (Başvuru No: 10613/16), Karar Tarihi: 11 Ocak 2018
- Süleyman Baba /Türkiye Davası (Başvuru No: 2150/05), Karar Tarihi: 23 Mart 2010

- Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye Davası (Başvuru No: 6334/05), Karar Tarihi: 23 Ekim 2012
- Tahsin Cengiz Akıncı /Türkiye Davası (Başvuru No: 12146/02), Karar Tarihi: 8 Nisan 2008
- Taşkın ve Diğerleri / Türkiye Davası (Başvuru No: 46117/99), Karar Tarihi: 10 Kasım 2004
- Taşkın ve Diğerleri / Türkiye Davası (Başvuru No: 46117/99), Karar Tarihi:10 Kasım 2004
- Yavuz Sarıkaya / Türkiye Davası (Başvuru No: 11098/04), Karar Tarihi: 13 Ocak 2009
- Yerlikaya/Türkiye Davası (Başvuru No:10985/02 ve 10993/02), Karar Tarihi: 08 Nisan 2008

AYM KARARLARI

- Barış Yaslan, B. No: 2014/14830, 23/3/2017.
- Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014.
- Kristal-İş Sendikası, B. No: 2014/12166, 2/7/2015.

DANIŞTAY KARARLARI

- D 8. D, 17.05.1987, E. 87/984, K.89/329
- D 13.D, 28.05.2018, E.2014/3359, K. 2018/1887
- D 12.D, 13.05.1968, E. 1967/1682, K. 1968/1099
- D 8. D, 08.02.1972, E. 1971/2727, K. 1972/426
- D 13.D, 23.1.2008, E. 2006/975, K.2008/1274
- D 6. D, 19.05. 1992, E.1990/848, K.1992/632

YARGITAY KARARLARI

- Y HGK, 02.04.2009, E.2009/4-453, K.2009/553
- Y 4. HD, 03.10.2006, E. 2006/9336, K. 2006/10206

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN KISA BİR ANALİZ: RUSYA FEDERASYONU'NUN UKRAYNA'YA YÖNELİK GERÇEKLEŞTİRDİĞİ ASKERİ MÜDAHALESİNİN TWITTER ÜZERİNDEKİ YANSIMALARI

*Ozan Emin HALHALLI**

GİRİŞ

Günümüz Sosyal medya platformları, küresel sorunların hızlı bir şekilde paylaşılmasına olanak sağlayan araçlardır. Bu araçların uluslararası hukuka, özellikle de insancıl hukuka aykırı olacak şekilde bir propaganda aracı olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir. Rusya Federasyonu ile Ukrayna arasında silahlı çatışmaların sadece savaş alanlarında değil, sosyal medya platformlarında da kendisini hissettirdiği söylenebilir. Savaş alanlarından kaydedildiği iddia edilen görüntüler, canlı yayınlar ve hayatını kaybetmiş sivillerin görüntüleri bu süreç içerisinde sosyal medya platformlarında yer almıştır. *Twitter* kendi kurallarını geliştirirken ve uygularken, halka açık bilgi sunmayı önemseydiğini ve bunu yaparken kişilerin güvenliğini korumaya odaklandığını ifade etmiş; özellikle 1949 tarihli Harb Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Cenevre Sözleşmesi'nin 13. maddesinin bu temelde ana kaynak olarak ele alındığını kamuoyuna bildirmiştir.¹ İlgili uluslararası mevzuat uyarınca savaş esirlerine sağlanan hakların gereğinin yerine getirilmesi konusunda Rusya Federasyonu ile Ukrayna'nın yeterince özen göstermediği; devlet veya hükümet hesaplarından çok sayıda bu düzenlemelere aykırı olduğu iddia edilen içerik paylaşımı yapıldığı tespit edilmiştir.² Buna rağmen bir özel hukuk tüzel kişinin uluslararası mevzuata atıf yapmak suretiyle ilgili devletlere yaptırımlar uygulaması dikkate değer bir konudur. Bu kapsamda öncelikle seçilen örneklemin daha iyi anlaşılabilmesi adına Rusya Federasyonu ile Ukrayna'nın arasındaki ilişki kısaca ele alınacaktır. Sonrasında ise sırasıyla; uluslararası mevzuat ve örneklem özet bir şekilde ele alınarak günümüz açısından genel bir değerlendirme yapılacaktır.

* Araştırma Görevlisi, Türk Alman Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, ozanemin.halhalli@tau.edu.tr.

¹ "Our ongoing approach to the war in Ukraine," Sinéad McSweeney, Erişim Tarihi: Ağustos 21, 2022, https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2022/our-ongoing-approach-to-the-war-in-ukraine.

² McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

I. RUSYA FEDERASYONU'NUN ASKERİ MÜDAHALESİ İLE İLGİLİ ÖN BİLGİLER

24.02.2022 tarihinde küresel etkileri beraberinde getiren bir süreç, Rusya Federasyonu'nun Ukrayna'ya yönelik olarak planladığı askeri operasyon kararıyla birlikte başlamış oldu.³ Bu süreç, odak noktası aynı olan birden fazla olayın sonucunda meydana gelmiş bir savaş halini ortaya koymaktadır. Bu olayların odak noktası, Rusya Federasyonu tarafından milli güvenlik sorunu olarak kabul edilen durumlardır. Ukrayna'nın NATO ve Avrupa Birliği (AB) ile geliştirdiği ilişkilerin neticesinde, Rusya Federasyonu'nun her iki uluslararası örgüt ile de sınır komşusu olması ihtimalinin gündeme gelmesiyle birlikte süreç, askeri operasyon kararına dönüşmüştür.⁴ Benzer uyuşmazlıkların daha eski tarihlerde de gündeme geldiği ve sorunun çözümünün ertelendiği ifade edilebilir. Örneğin; Kırım'ın Rusya Federasyonu'na katılımını konu alan referandum her ne kadar Birleşmiş Milletler tarafından 68/262 sayılı karar ile tanınmamış ise de bu karara rağmen, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin 17.03.2014 tarihinde referandum sonucunu tanıdığını uluslararası topluma deklare etmiştir.⁵ Uluslararası toplumda bu uyuşmazlık giderilmemiş, ertelenmiştir. Diğer bir örnek ise Kırım olayının sonrasında, Ukrayna'nın Donetsk ile Luhansk isimli bölgelerinde yaşanmıştır. Bu bölgelerde ayrılıkçılar Ukrayna'dan ayrılmak istediklerini dile getirmişlerdir; sonrasında ise dönemin Ukrayna Cumhurbaşkanı Petro Poroşenko, ayrılıkçılara müdahale etmiştir.⁶ Yaşanan uyuşmazlıkların neticesinde öncelikle Minsk 1 Protokolü ve sonrasında ise Minsk 2 Protokolü imzalanmıştır. Böylece silahlı çatışmalar son bulmuş olsa da siyasi uyuşmazlıklar devam etmiştir.⁷ Özellikle; Ukrayna'da 2017 senesi içerisinde Avrupa Birliği ile Ortaklık Andlaşması imzalanması, 2019 senesi içerisinde Ukrayna'da Volodimir Zelenski'nin göreve gelerek NATO ve AB ile ikili ilişkileri geliştirmeye odaklanması ve 2021 senesinde NATO üyeliği için siyasi girişimlerde bulunulması gibi gelişmeler, Ukrayna ile Rusya Federasyonu arasındaki siyasi uyuşmazlıkların derinleşmesine neden olmuştur.⁸

³ "Ukraine: Overwiev," United Nations, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, <https://news.un.org/en/focus/ukraine>.

⁴ "Çeviri/Putin'in Ulusa Sesleniş Konuşması: Geleneksel değerlerimizi yok etmeye çalıştılar," Deniz Karakullukçu (çev.), 27.02.2022, Erişim Tarihi: Ağustos 3, 2022, <https://serbestiyet.com/haberler/ceviri-putinin-ulusa-seslenis-konusmasi-geleneksel-degerlerimizi-yok-etmeye-calistilar-85581/>.

⁵ Fatma Taşdemir ve Adem Özer, "Uluslararası Hukuk Açısından Kırım Sorunu: Kosova'nın Rövanşını mı?," Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, (2015): 51.

⁶ Daha detaylı bilgi için bakınız: "Ukrayna'da Son Durum ve İkili İlişkiler," T.C. Dışişleri Bakanlığı, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, https://www.mfa.gov.tr/ukrayna_da-son-durum-ve-ikili-iliskiler.tr.mfa.

⁷ "Mins Anlaşması nedir, neleri kapsıyor ve tarafları kimler?," BBC, 23.02.2022, Erişim Tarihi: 20 Ağustos, 2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-60488784>.

⁸ "Ukraine: Council adopts EU-Ukraine association agreement," European Council, 11.07.2017, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/>

Rusya Federasyonu'nun milli güvenlik sorunu olarak nitelendirdiği durumlar ile ortaya çıkan askeri operasyon kararı; ekonomik ve siyasi konularda küresel etkiler doğurmuştur. Ekonomik açıdan Tahıl Koridoru Andlaşması ile siyasi açıdan çok taraflı müzakereler ile çözülmeye başlayan sürecin uluslararası hukuk kuralları ile tam anlamıyla uyum içerisinde olduğunu kabul etmek ise güç görünmektedir.⁹ Bunun temel göstergeleri; Rusya Federasyonu'na uluslararası toplumda uygulanan yaptırımlar, Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen tedbir kararı, Uluslararası Ceza Divanı Başsavcılığı tarafından yapılan açıklamalar ve Rusya Federasyonu'nun askıya alınmış olan Avrupa Konseyi üyeliğinden ayrılması gibi süreçlerdir.¹⁰ Uluslararası hukuk açısından bir uyumun sağlandığı ve hukuki süreçler ile çözüme yönelik bir çaba içerisine girilebildiğinden henüz bahsedilememektedir.

Teknolojinin gelişmiş olması nedeniyle günümüzde savaşın eskisi gibi sadece savaş meydanında değil; sosyal medya aracılığıyla da gerçekleştirilmeye başladığı sıklıkla dile getirilmektedir.¹¹ Özellikle gerek Rusya Federasyonu'nun gerek Ukrayna'nın (sosyal) medya araçlarını propaganda malzemesi olarak kullanmaları ve savaş esirlerinin görüntülerini kamuoyuyla paylaşmaları, tartışmaları farklı bir boyuta yöneltmiştir. Konuya ilişkin odaklanılması gereken uluslararası hukuk kuralı, 1949 tarihli Harb Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Cenevre Sözleşmesi'nin 13. maddesidir.

ukraine-association-agreement/; "Zelenskiy to Biden: give us clear 'yes' or 'no' on Ukraine NATO path," Polityuk, Pavel, Reuters, 24.06.2021, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, <https://www.reuters.com/world/zelenskiy-asks-us-clarity-nato-membership-plan-ukraine-2021-06-14/>.

⁹ "The Russia-Ukraine grain agreement: What is at stake?," Joseph Glauber ve David Laborde, International Food Policy Research Institute (blog), 27.07.2022, Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022, <https://www.ifpri.org/blog/russia-ukraine-grain-agreement-what-stake/>; "Wirtschaftssanktionen gegen Russland und ihre rechtlichen Grenzen," Matthias Valta, Verfassung (blog), 28.02.2022, Erişim Tarihi: Ağustos 3, 2022, <https://verfassungsblog.de/wirtschaftssanktionen-gegen-russland-und-ihre-rechtlichen-grenzen/>.

¹⁰ "Aktuelle Sanktionen gegen Russland," CORRECTIV Recherchen für die Gesellschaft, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, <https://correctiv.org/aktuelles/2022/02/28/sanktionstracker-aktuelle-sanktionen-gegen-russland%E2%80%8B/>; "Nach Austritt aus dem Europarat: Die EMRK gilt in Russland bald nicht mehr," Legal Tribune Online, 23.03.2022, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, https://www.lto.de/persistent/a_id/47927/; International Court of Justice, "Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide" (Ukraine v. Russian Federation), Order of 16.03.2022, <https://www.icj-cij.org/en/case/182/>; "Können Russland und Putin verurteilt werden?," Felix W. Zimmermann, 02.03.2022, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/igh-istgh-zustaendigkeit-ukraine-krieg-putin-russland-verurteilung/>.

¹¹ Daha detaylı bilgi için bakınız: Betül Pazarbaşı ve Ebru Turanlı, "Dijital Medyada Yayınlanan Arakan Savaş/Çatışma Fotoğraflarının Göstergibilimsel Analizi," Intermedia International e-Journal, Cilt 5, Sayı 8, (Spring-June - 2018): 107.

II. KAVRAMSAL AÇIKLAMALAR VE 12.08.1949 TARİHLİ HARB ESİRLERİ HAKKINDA TATBİK EDİLECEK MUAMELEYE DAİR CENEVRE SÖZLEŞMESİ'NİN 13. MADDESİ

Savaş esirlerine ilişkin kurallar, aslında genel itibarıyla uluslararası hukuk açısından örf-adet kuralları olarak kabul edilmiştir.¹² Devletler, bu örf-adet kurallarının kodifiye edilmesi amacıyla girişimlerde bulunmuşlardır. Savaş esirlerine ilişkin örf-adet kurallarının öncelikle 18.10.1907 tarihinde La Haye'de imzalanmış olan IV sayılı Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkında Sözleşme'nin eki kabul edilen Kara Harbin Kanunları ve Adetleri Hakkında Yönetmelik içerisinde yazılı hale getirildiği ifade edilebilir.¹³ İlgili düzenlemelerin, öncelikle 29.07.1929 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile ve sonrasında da 1949 tarihli Harb Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Cenevre Sözleşmesi ile gelişim gösterdiği bilinmektedir.¹⁴ Bu kurallar, ortaya çıkardığı sonuçlar itibarıyla dikkat çekici kurallardır.

Günümüz açısından paylaşılabilir en somut örnek, bu kuralların Rusya Federasyonu ve Ukrayna arasında yaşanan silahlı çatışmalar ile ilgili olarak gündeme gelmiş olmasıdır. 1949 tarihli Harb Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Cenevre Sözleşmesi düzenlemelerinin, bu somut olay açısından değerlendirilebilmesi için öncelikle bazı kavramların açıklanması gerekmektedir.

İlk olarak, kimlerin savaş esiri sayılabileceği tespit edilmelidir. Bu kapsamda, 1949 tarihli Harb Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Cenevre Sözleşmesi'nin 4. ve 5. maddesi ile 1977 tarihli Ek Protokol madde 44 düzenlemesi, birlikte ele alınmalıdır. 1949 tarihli Sözleşme'nin 4. ve 5. maddesi okunduğunda; çatışan devletlerin silahlı kuvvetlerine mensup olan kişilerin veya bu silahlı kuvvetlere katılmış milis güçler ile gönüllü birlik mensubu olan kişilerin uluslararası hukuk açısından belirli şartların varlığı halinde savaş esiri olarak kabul edilebileceği değerlendirilmektedir. Ek olarak, 1977 tarihli Ek Protokol madde 44 düzenlemesi ile birlikte silahlarını açıkta taşımaları şartıyla birlikte kendisini sivil halktan ayıran ayırt edici amblem bulunduran bazı gerilla tipi unsurların da savaş esiri olarak kabul edilebilecekleri değerlendirilmiş, savaş esiri statüsü bir adım daha genişletilmiştir.¹⁵

¹² Hüseyin, Pazarıcı. Uluslararası Hukuk, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 579.

¹³ Sözleşme metni için bakınız: "18 Ekim 1907 tarihinde La Haye'de İmzalanmış, IV Sayılı, Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkında Sözleşme," askerihukuk.net, Erişim Tarihi: Ağustos 19, 2022, http://askerihukuk.net/FileUpload/ds158941/File/kara_harbinin_kanunlari_ve_adetleri_hakkinda_sozlesme.pdf; Yüksel İnan, "Harp Esirleri," Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 27, Sayı 3, (01.03.1972): 257.

¹⁴ İnan, "Harp Esirleri", 257.

¹⁵ Hakan Taşdemir, Ruhsar Müderrisoğlu ve Hicran Tülüce, "12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin 1 No'lu Protokol (I. Ek Protokol)," Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 2 (2003): 16.

İkinci olarak, kimlerin savaş esiri kabul edilemeyeceği değerlendirilmiştir. Sivil halkın durumuna ilişkin olarak 1949 tarihli Sözleşme madde 4 fıkra 6 düzenlemesinde yer alan bir vurgu bu açıdan önemlidir. Bu vurguya göre halkın kendisinin oluşturduğu veya hükümetin çağrısı üzerine oluşturulan kitlesel ayaklanmaya dâhil olan gönüllülerin dışında kalan kişiler, savaşan olarak değerlendirilememektedir. Bu kişilere yönelik olarak, yani sivil halka yönelik olarak, “savaşan” muamelesi yapılır ise ve bu kişilere yönelik silahla uluslararası hukuka aykırı bir eylemde bulunulursa bu ihtimalde de “insanlığa karşı suç” meydana gelebilir. Savaşan olarak değerlendirilemeyen bir diğer grup ise paralı askerlerdir.¹⁶ Bu kişiler sadece herkesin sahip olduğu temel haklara sahiptir; savaş esirinin sahip olduğu özel korumalardan yararlanamamaktadırlar. En genel anlatımla paralı askerler, sadece maddi kazanç için silahlı çatışmalara katılan kimselerdir. Bu nedenle, ilgili düzenlemeler açısından hukuka uygun bir savaşan statüsüne sahip değildirlir; paralı askerlerin, hukuka aykırı eylemleri nedeniyle “hukuka aykırı eylemde bulunan savaşan” niteliğinde olabileceği ise dikkate değer bir meseledir.

Savaş esirlerinin ilgili uluslararası hukuk metinlerinden kaynaklanan bazı temel hakları ifade edilmelidir. Bu kapsamda 1949 tarihli Sözleşme'nin 13. maddesi konumuz itibarıyla önemlidir.¹⁷ İlgili madde metninin kapsamına girdiği kabul edilebilecek temel gereklilikler ve bazı yasaklamalar söz konusudur; esirler propaganda amacıyla veya başka bir amaçla teşhir edilmemeli, aşağılanmamalı, sağlık olanaklarına erişim sağlayabilmeli ve bulundukları yerler insani koşullara uygun olmalıdır. Savaş esirlerine yönelik misilleme yapılması da ilgili madde ile birlikte yasaklanmıştır.¹⁸ Yine şayet savaş esiri olan kişilerin savaş esnasında suç işlemedikleri anlaşılır ise savaş sona erdiği zaman derhal serbest bırakılmaları gereklidir.¹⁹ Bu gereklilikler

¹⁶ Daha detaylı açıklamalar için bakınız: Ahmet Hamdi Topal, “Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askeri Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Statüsü,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 4 (2011): 963-1021.

¹⁷ “Madde 13: (1) Harb esirlerine her zaman insanca muamele edilmesi şarttır. Bunları elinde tutan devletin, hükmünde bulunan harb esirlerinin ölümüne müncer olacak veya sıhhatini vahim surette tehlikeye düşürecek her fiil veya ihmali memnudur ve Sözleşmenin ağır bir ihlali mahiyetinde sayılacaktır. Bilhassa hiçbir harb esiri, alâkalı esirin tedavisi bakımından lüzumlu ve menfaati muktazası olmyan bir vücut sakatlanmasına veya ne neviden olursa olsun bir tıbbi tecrübeye tabi tutulmayacaktır. (2) Keza harb esirleri her zaman ve ezcümle her türlü siddet veya sindirme hareketlerine ve umumun hakaret veya tecessüsüne karşı korunacaklardır. (3) Bunlara karşı misilleme hareketleri memnudur.”

¹⁸ Misilleme, uluslararası hukuk açısından bir devletin, kendisine yönelik olarak bir başka devlet tarafından doğrudan uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmeksizin uygulanmış olan ve yalnızca çıkarlarını zedelemiş olan eylemine karşılık aynı ölçüde karşılık verilmesi şeklinde özetlenebilir. Misilleme farklı yöntemler ile gerçekleştirilebilir; ancak Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 fıkra 4 uyarınca öngörülen kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidinde bulunma yasağının ihlaline sebebiyet vermemelidir.

¹⁹ İlgili usul için 1949 tarihli Harb Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Cenevre Sözleşmesi'nin 118 vd. maddelerine bakınız.

ve yasaklar ile savaş esirlerine yönelik müdahalelerin amacı daha somut bir şekilde kendisini göstermektedir. Amaç, savaş esiri kabul edilen kişinin yalnızca savaşmasının engellenmesidir.

Sosyal paylaşım ağı *Twitter*'ın Küresel Kamu Politikası Başkan Yardımcısı olan Sinéad McSweeney, 16.03.2022 tarihinde kamuoyuyla paylaştığı ve sonrasında 05.04.2022 tarihinde güncellediği şirket politikasına ilişkin yazısında açıkça 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin 13. maddesine atıfta bulunmuştur.²⁰ Bu durum, ilgili kuralların günümüzde de hukuki sonuçlar doğurmaya elverişli kurallar olduğunu göstermektedir.

III. *TWITTER*'İN KÜRESEL KAMU POLİTİKASI BAŞKAN YARDIMCISI TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN AÇIKLAMALAR VE BU AÇIKLAMALARIN ULUSLARARASI HUKUK İLE İLİŞKİSİ

Sosyal paylaşım ağı *Twitter*'ın Küresel Kamu Politikası Başkan Yardımcısı olan Sinéad McSweeney, 16.03.2022 tarihinde, 1949 tarihli Harb Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Cenevre Sözleşmesi düzenlemelerine atıfta bulunmak suretiyle Rusya Federasyonu ile Ukrayna arasındaki silahlı çatışmalardan doğan, ihlale sebep olabilecek eylemlere şirket politikası olarak karşı olduklarını açıklamıştır.²¹ Bu açıklama içerisinde *Twitter*; uluslararası insan hakları örgütleri ve hükümetlerle iletişim halinde olacağını, hükümetlere veya devletlere bağlı medya hesaplarından yayınlanmış olan savaş esirlerine ilişkin görüntülerin kaldırılmasını isteyeceğini, savaş esirlerine ilişkin misilleme çağrılarını içeren veya başka bir davranış ile savaş esirlerinin istismar edilmesini ya da propaganda malzemesi olarak kullanılmasını içeren *tweet*lerin silinmesini zorunlu kılacağını kamuoyuyla paylaşmıştır.²² Bu müdahalelerin orantılı olacağı da ilgili kamuoyu paylaşımı ile ifade edilmiştir.²³

Twitter, özellikle Rusya Federasyonu'nun hükümet paylaşımlarının kısıtlanması adına uyguladığı yaptırımlar neticesinde Mayıs 2022 tarihi itibarıyla, ilgili hükümet hesaplarının gösterim oranlarının %49 oranında azaldığını; *tweet* başına etkileşimlerin yaklaşık olarak %25 oranında azaldığını ve bahse konu *tweet*lerle etkileşime giren üçüncü kişilere ait hesapların sayısının ise yine %49 oranında azaldığını paylaşmıştır.²⁴ İçerik denetimine takılan hesapların paylaşımlarının üçüncü kişilere önerilmediği ve bu kısıtlama sayesinde ilgili verilerin ortaya çıktığı ifade edilmiştir.²⁵

²⁰ McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

²¹ McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

²² McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

²³ McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

²⁴ McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

²⁵ McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

Twitter, 21 Şubat 2022 tarihinden bu yana, önemli kamu güvenliği bilgilerinin öne çıkarılmasını engellemek ve reklamların *Twitter*'daki sohbeti yönlendirmesini engellemek amacıyla Ukrayna ve Rusya'da tüm reklamları askıya aldığı bilgisini paylaşmıştır.²⁶ Ayrıca 28 Şubat 2022 tarihinden 5 Nisan 2022 tarihine kadar olan süreçte, Rusya Federasyonu'na bağlı hükümet tarafından kontrol edilen internet sitelerinin bağlantılarını paylaşan 260.000'den fazla *tweet*in belirlendiği ve takibe alındığı bilinmektedir.²⁷ Bu paylaşımlar, ana sayfada üçüncü kişilerin erişimine sunulmamıştır. Bu sayede hedef kitle sinin %30 oranında azaldığı tespit edilmiştir.²⁸

Twitter, Ukrayna'da çekildiği düşünülen eski çatışma videoları dâhil olmak üzere, yanıltıcı veya yanlış bir bağlamda paylaşılan içeriklerin sayısal oranının önemli bir şekilde arttığını tespit ettiğini açıklamıştır.²⁹ 28 Şubat 2022 tarihinden 5 Nisan 2022 tarihine kadar olan süreçte, bu şekilde paylaşımlar belirlenmiş, 50.000 içerik işaretlenmiştir.³⁰

Uluslararası hukuk açısından ilgili yaptırımlar değerlendirildiğinde *Twitter*, hükümetlerin hesaplarının içeriğini öncelikle 1949 tarihli Harb Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Cenevre Sözleşmesi düzenlemelerine uygunluk açısından denetlemektedir. Yine bu müdahalelerin uluslararası hukuk kurallarına uygunluğunu sağlamak açısından ölçülü olmasına özen gösterildiği anlaşılmaktadır. İlgili yaptırımların sadece ilgili hükümetlere karşı uygulanan yaptırımlar olmadığı; ayrıca devletlerin ulusal güvenliklerinin korunmasının da amaçlandığı değerlendirilebilir görünmektedir. Diğer yandan, uluslararası hukuk kişisi olan devletlerin uymakla yükümlü oldukları insancıl hukuk kurallarına tam anlamıyla uymadıkları ve buna karşılık bir uluslararası hukuk kişisi olmayan özel hukuk tüzel kişisinin, uluslararası hukuk kurallarına atıfta bulunmak suretiyle devletlerin veya hükümetlerin hesaplarına yaptırım uygulaması dikkat çekici bir durumdur. Bu durum, gerçekten de uluslararası hukuk var mıdır, sorusunu akla getirmektedir.³¹

SONUÇ YERİNE

Twitter her ne kadar açıklamasında savaş esiri vurgusunu temel almış olsa da kaldırılan veya kısıtlama uygulanan içeriklerde yer alan ve insan haklarına aykırı muameleye maruz kalan kişilerin savaş esiri olup olmadığı sadece ilgili içeriklerden tespit edilemez görünmektedir. Buna rağmen *Twitter* ilgili içeriklere, özellikle Cenevre Sözleşmesi madde 13 düzenlemesi uyarınca

²⁶ McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

²⁷ McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

²⁸ McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

²⁹ McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

³⁰ McSweeney, "Our ongoing approach to the war in Ukraine."

³¹ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 5. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 42 vd..

ivedi bir şekilde yaptırım uygulamaktadır. Bu uygulamasını orantılı bir şekilde gerçekleştirdiğini ifade etmiş olsa da yaptırım uyguladığı içeriklerde yer alan kişilerin uluslararası hukuk açısından savaş esiri olarak nitelendirilebilir olup olmadıklarının değerlendirilmediği gözlemlenmektedir.

Günümüz teknolojisinin gelişmesi ve sosyal medya platformlarının propaganda faaliyetleri doğrultusunda çok hızlı birer araç olarak kullanılması nedeniyle *Twitter*, aslında isteyerek veya istemeyerek uluslararası hukukun içerisinde yeni bir karine ortaya çıkartmış olabilir. Savaş halinde ve yine savaş bölgesinden gerçekleştirilen paylaşımlara konu olan içeriklerde veya görsellerde yer alan kişilerin aksi ispat edilene kadar savaş esiri olarak ele alınması ve Cenevre Sözleşmesi madde 13 düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmesi çağrısı; günümüz teknolojisinin hızına uluslararası hukuku adapte etme çabası olarak değerlendirilebilir. Ancak bu yaklaşımın makul olup olmadığı; farklı uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasının da çözümü sağlayıp sağlamayacağı üzerine ileride bazı tartışmalar da yürütülebilir.

1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi madde 13 düzenlemesinin son fıkrası uyarınca yasak faaliyet olarak nitelendirilmekteyse de 'misilleme' şeklinde her iki tarafın da benzer şekilde savaş esirlerinin görüntülerini *Twitter* üzerinden paylaştıkları gözlemlenmiştir. Devletler bu kurala uymaz iken özel hukuk tüzel kişisi olan *Twitter*, devletlerin ve hükümetlerin hesaplarını bu kural uyarınca yaptırımlarla karşı karşıya getirmiştir. Bir özel hukuk tüzel kişisinin; uluslararası hukuk kuralına doğrudan atıfta bulunarak platform üzerinden; hükümetlere, devletlere, özel kişilere ve kime ait olduğu bilinmeyen hesaplara yaptırım uygulaması aslında klasik öğretilde uluslararası hukukun var olmadığını savunanlara karşı bir argüman olarak değerlendirilebilir. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve insancıl hukukun bir bütün olarak günümüz şartlarında farklı sorularla karşı karşıya kaldığını, 1949 tarihli kuralların günümüz koşullarına göre yorumlanmaya çalışıldığını ve son olarak insancıl hukukun günümüzde de gelişim içerisinde olduğunu söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

- Ahmet Hamdi Topal. "Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askeri Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Statüsü." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 60. Sayı 4 (2011): **963-1021**.
- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*. 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- askerihukuk.net. "18 Ekim 1907 tarihinde La Haye'de İmzalanmış, IV Sayılı, Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkında Sözleşme." Erişim Tarihi: Ağustos 19, 2022. http://askerihukuk.net/FileUpload/ds158941/File/kara_harbinin_kanunlari_ve_adetleri_hakkinda_sozlesme.pdf.
- BBC. "Mins Anlaşması nedir, neleri kapsıyor ve tarafları kimler?." 23.02.2022. Erişim Tarihi: 20 Ağustos, 2022. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-60488784>.
- CORRECTIV Recherchen für die Gesellschaft. "Aktuelle Sanktionen gegen Russland." Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022. <https://correctiv.org/aktuelles/2022/02/28/sanktionstracker-aktuelle-sanktionen-gegen-russland%E2%80%8B/>.
- European Council. "Ukraine: Council adopts EU-Ukraine association agreement." 11.07.2017. Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/ukraine-association-agreement/>.
- Glauber, Joseph ve David Laborde. "The Russia-Ukraine grain agreement: What is at stake?." International Food Policy Research Institute (blog). 27.07.2022. Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022. <https://www.ifpri.org/blog/russia-ukraine-grain-agreement-what-stake>.
- International Court of Justice. "Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide" (Ukraine v. Russian Federation). Order of 16.03.2022. <https://www.icj-cij.org/en/case/182>.
- İnan, Yüksel. "Harp Esirleri.", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3, (01.03.1972): **257-281**. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000001110.
- Karakullukçu, Deniz (çev.). "Çeviri/Putin'in Ulusa Sesleniş Konuşması: Geleneksel değerlerimizi yok etmeye çalıştılar." 27.02.2022. Erişim Tarihi: Ağustos 3, 2022. <https://serbestiyet.com/haberler/ceviri-putinin-ulusa-seslenis-konusmasi-geleneksel-degerlerimizi-yok-etmeye-calistilar-85581/>.
- Legal Tribune Online. "Nach Austritt aus dem Europarat: Die EMRK gilt in Russland bald nicht mehr." 23.03.2022. Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022. https://www.lto.de/persistent/a_id/47927/.

- McSweeney, Sinéad. "Our ongoing approach to the war in Ukraine." Erişim Tarihi: Ağustos 21, 2022. https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2022/our-ongoing-approach-to-the-war-in-ukraine.
- Pazarbaşı, Betül ve Ebru Turanlı. "Dijital Medyada Yayınlanan Arakan Savaş/Çatışma Fotoğraflarının Göstergibilimsel Analizi." *Intermedia International e-Journal*, Cilt 5, Sayı 8, (Spring-June - 2018): **88-109**. <https://doi.org/10.21645/intermedia.2018.46>.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Polityuk, Pavel. "Zelenskiy to Biden: give us clear 'yes' or 'no' on Ukraine NATO path." Reuters. 24.06.2021. Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022. <https://www.reuters.com/world/zelenskiy-asks-us-clarity-nato-membership-plan-ukraine-2021-06-14/>.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı. "Ukrayna'da Son Durum ve İkili İlişkiler." Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022. https://www.mfa.gov.tr/ukrayna_da-son-durum-ve-ikili-iliskiler.tr.mfa.
- Taşdemir, Fatma ve Adem Özer. "Uluslararası Hukuk Açısından Kırım Sorunu: Kosova'nın Rövanş mı?" *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 10. Sayı 1. (2015): **43-61**.
- Taşdemir, Hakan, Ruhsar Müderrisoğlu ve Hicran Tülüce. "12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin 1 No'lu Protokol (I. Ek Protokol)." *Kamu İş.* Cilt 7. Sayı 2 (2003): 2-35.
- United Nations. "Ukraine: Overwiev." Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022. <https://news.un.org/en/focus/ukraine>.
- Valta, Matthias. "Wirtschaftssanktionen gegen Russland und ihre rechtlichen Grenzen." *Verfassung (blog)*. 28.02.2022. Erişim Tarihi: Ağustos 3, 2022. <https://verfassungsblog.de/wirtschaftssanktionen-gegen-russland-und-ihre-rechtlichen-grenzen/>.
- Zimmermann, Felix W.. "Können Russland und Putin verurteilt werden?." 02.03.2022. Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/igh-istgh-zustaendigkeit-ukraine-krieg-putin-russland-verurteilung/>.

KOVUŞTURMA EVRESİNDE MAĞDUR ÇOCUĞUN DİNLENİLMESİ

*Kadri İNCE**
*Faruk TURHAN***

I. GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku sisteminde suçların soruşturulması ve kovuşturulma devlet adına savcılar ve mahkemeler eliyle yürütölmektedir. Bu sistemin ilk aşamalarında, mağdurların ceza muhakemesine katkıları bildiklerini anlatmakla sınırlı kalmıştır.¹ Ancak 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren günümüze değin mağdurun, ceza muhakemesinde ihmal edilen veya üçüncü bir taraf olarak kabul edilen rolü yeniden ele alınmıştır. Bunun sonucunda ‘mağdur hakları’ kavramı gündeme gelmeye başlamış, devletin önlemede başarısız olduğu suç nedeniyle hukuki menfaatleri zedelenen kişiye, yani mağdura, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında onuruna ve saygınlığına uygun olarak davranılmasını isteme hakkı tanınmıştır.²

Son yıllarda mevzuatımızda yapılan iyileŐtirmelere karşın suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk ve mağdurların tam olarak korunduğunu ve ikincil mağduriyetlerinin önlendiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle Adalet Bakanlığı tarafından Yargı Reformu Strateji Belgesi’nde adalet sisteminin, onarıcı adalet yaklaşımıyla yeniden yapılandırılacağı ve mağdur odaklı bir yaklaşım benimseneceği ifade edilmiŐ³, ardından 17.10.2019 tarihli 7188 Sayılı Kanun ile CMK’nın 236. maddesine eklemeler yapılmıştır. Anılan düzenlemelerle bazı hallerde Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından çocuk veya mağdurların ifade ve beyanlarının özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınması kabul edilmiştir. Ayrıca mağdur çocuğun maruz kaldığı suç TCK’nın 103/2. maddesi kapsamında ise kovuşturma aşamasında dinlenmesi ancak zorunluluk hallerinde mümkün olacaktır. Çalışmamızda CMK m.

* Avukat, Süleyman Demirel Üniversitesi Kamu Hukuku ABD Yüksek Lisans Öğrencisi, kadrince@gmail.com.

** Prof. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, farukturhan@sdu.edu.tr.

1 Olgun Değirmenci, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.77 (2008), 47.

2 Değirmenci, 48-51.

3 Yargı Reformu Stratejisi, Adalet Bakanlığı, Mayıs 2019, 79. Erişim Tarihi: AĞustos 29, 2021. https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf

236'da yer alan şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunan çocuk ve mağdurların kovuşturma evresinde dinlenilmesi konusu ele alınacaktır.

II. MAĞDUR VE KIRILGAN GRUP

Sözlük anlamı haksızlığa uğramış kimse olan mağdur⁴, hukuken suçun konusunun ait olduğu kişidir.⁵ Diğer bir deyimle mağdur, suçtan zarar gören varlığın ya da menfaatin sahibidir.⁶ Örneğin hırsızlık suçunda suçun konusu çalınan eşya, suçun mağduru eşyası çalınan kişidir. Mağdur, suça konu fiilin gerçekleştiği tarihte yaşayan bir insan olması gerekir.⁷ Tüzel kişiler, aile, devlet gibi kurumlar bir suçun işlenmesi dolayısıyla mağdur sıfatı taşıması mümkün değildir, onlar ancak suçtan zarar gören olarak sayılabilirler.⁸ Suçun konusu ile mağdur birbirinden farklı kavramlar olmasına rağmen bazı suç tiplerinde bu iki kavramın aynı kişide birleştiği görülebilir. Diğer bir deyimle, suçun maddi konusunun bir kişi olması halinde mağdur ile suçun konusu birleşmektedir.⁹ TCK m. 80'de düzenlenen insan ticareti suçu bu duruma örnek olarak gösterilebilir.¹⁰

Mağdur kavramı ile beraber anılan 'suçtan zarar gören' kavramı ise birbiriyle iç içe olan ancak eş anlamlı olmayan kavramlar olduğundan birbiriyle karıştırılmamalıdır. Suçtan zarar gören kavramı mağdura göre daha geniştir. Yani her mağdur aynı zamanda suçtan zarar görendir; fakat suçtan zarar gören her kişi mağdur olarak sayılmaz.¹¹ Mağduru suçtan doğrudan zarar gören hukuk süjesi olarak ifade etmek mümkündür.¹² Uygulamada genellikle suçtan zarar gören ve mağdur sıfatı aynı kişide birleşiyorsa da, mağdurdan başka kişilerin de suçtan zarar görmesi mümkündür. Örneğin insan öldürme suçunun mağduru, öldürülen kişi iken, yakınları suçtan zarar gören olarak kabul edilir.¹³

⁴ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük. Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2021. www.sozluk.gov.tr

⁵ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin, 2021), 223; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin, 2021), s. 116; Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2022), 150,

⁶ Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 61, S: 2, (2012), 662.; Mustafa Serdar Özbek; Orhan Cüni ve Merve Özcan, editörler, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, (Ankara: Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, 2018), 35.

⁷ Özgenç, s. 223.

⁸ Koca ve Üzülmmez, s.116.

⁹ Yener Ünver, *Ceza Hukuku ile Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, (Ankara: Seçkin, 2003), 140.

¹⁰ Göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun kim olduğu konusunda doktrinde bazı tartışmalar mevcuttur. Detaylar için bkz. Zeynel T. Kangal, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel S., (2019), s.234 vd.; A. Caner Yenidünya, editör, *Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçları El Kitabı*, (Ankara: Adalet Bakanlığı, 2009), 95

¹¹ Şahin ve Göktürk, 150.

¹² Şahin ve Göktürk, 150; Özgenç, 223-224

¹³ Şahin ve Göktürk, 150; Katoğlu, 662.

Mağdur kavramına TCK ve CMK'da sıkça yer verilmesine karşın bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Ancak güncel bir düzenleme olan 63 Sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde, 'mağdur' ve 'kırılğan grup' tanımlaması yapılmış, bu kişilere yönelik sunulacak hizmetler sayılmıştır. Buna göre mağdur "suç nedeniyle fiziksel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişi" olarak tanımlanmıştır. Kırılğan grup ise "adli destek görevlileri tarafından yapılan bireysel değerlendirme sonucunda suçtan daha fazla etkilendiği ve korunması gerektiği tespit edilen mağdurlar ile adli sisteme dâhil olan çocuklar" şeklinde tanımlanmıştır. Mağduru kırılğan kılan hususlar; -cinsel suçlarda olduğu gibi mağdurun muhatabı olduğu iddia edilen suç nedeniyle özel hayatına saygı gösterilmesi gereği veya yaşam hakkının ya da beden ve ruh sağlığının risk altında olmasıdır.¹⁴

Zorlu adli süreçler, çocukları ve kırılğan grupları örselemekte ve bu süreçlerde mağdurların yeni travmalara maruz kaldıkları görülmektedir. Suç oluşturan eylemin doğrudan neticesi olarak karşımıza çıkmayan ancak bu fiilin soruşturulma ve kovuşturulma süreçlerinde mağdurlara yönelik işlemler neticesinde oluşan bu mağduriyete ikincil mağduriyet adı verilmektedir.¹⁵

Suç mağdurlarının adli uygulamalar esnasında karşılaştığı problemlerin başında, ikincil mağduriyetlerin oluşması ve mağdurların korunma ihtiyaçlarına gereği kadar önem verilmemesinin yer aldığı ifade edilmektedir.¹⁶ Ceza muhakemesi aktörleri çoğu zaman mağdurların korunma ihtiyacını göz ardı ederek, muhakeme sürecini salt şüpheli ve sanık odaklı yürütebilmektedir. Ancak şüpheli ve sanık hakkında yasaların gereğini yapmakla beraber mağduru koruyacak gerekli tedbirlerin alınması da ceza muhakemesinin ana amaçlarından olmalıdır.

Mağdur ceza ve ceza muhakemesi hukukunun asıl sùjelerinden birisi olup, haksızlık oluşturan fiil sebebiyle uğradığı mağduriyetin giderilmeye çalışması gerekir.¹⁷ Kanun koyucu mağdurun ceza muhakemesine aktif katılımını, muhakeme sürecinden haberdar edilmesini sağlamak, ayrıca ikincil

¹⁴ Fahri Gökçen Taner, "Kırılğan Mağdurun Beyanının CMK'nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:153 (2021), 8.

¹⁵ Taner, 5 vd.; Suç Mağduru ve Tanığı Çocuklar İçin Adalet İlkeleri Model Yasa ve İlgili Açıklamalar, Unicef, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022, 5. <http://www.cocukhaklariizleme.org/storage/app/uploads/public/5f6/ca7/567/5f6ca7567423c347106180.pdf>; Yakup Yıldız, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve İkincil Mağduriyet Sorunu*, (İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012), 50.

¹⁶ Celal Babayiğit; Can Çalıcı, Neylan Ziyalar ve Faruk Aşıcıoğlu, "Suç Mağduru Çocuğun Dinlenmesi: Yargılamanın Değişik Safhalarında Görevli Kamu Personelinin Görüşlerinin İncelenmesi", *Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi*, C:16, S:2 (2019), 136.

¹⁷ Ferhat Uslu, "Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur", *Ankara Barosu Dergisi*, S:2013/4 (2013), 246-247.

mağduriyetini önlemek adına CMK m. 234'te mağdura yönelik bazı haklar tanınmıştır. Benzer şekilde CMK m. 236'da mağdur ve şikâyetçinin dinlenmesine ilişkin usulleri ayrıca düzenlemiştir.

III. MAĞDURUN DİNLENMESİ

CMK m 236/1'de, "Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır." hükmüne yer verilmiş olmakla birlikte, suç mağdurunun Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından dinlenmesi halinde beyanının tanık beyanı olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, dinlenmesi sırasında tanıklığa ilişkin hükümler uygulanıyorsa da mağdur, yargılamanın bir tarafıdır ve tanık olarak kabul edilmemelidir.¹⁸ Bir başka görüş ise uyuşmazlığın tarafı olması nedeniyle mağdurun beyanlarını tanık beyanı niteliğinde saymayıp, sanıktan başka taraf beyanı olarak tanımlamaktadır.¹⁹

CMK'nın birçok maddesinde mağdurların tanık olarak dinlenmesinden bahsedilmektedir. Suç mağduru kişinin dinlenmesini düzenleyen CMK m. 236/1 hükmü yanında, bu maddenin 2. ve 3. fıkralarında mağdurun tanık olarak dinlenmesinden bahsetmektedir. Yine tanıkların dinlenme usulüne yer verilen CMK m. 52/3'te "Tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya sesler kayda alınabilir. Ancak; a) Mağdur çocukların... tanıklığında bu kayıt zorunludur" ifadesiyle suç mağduru çocukların dinlenmesi tanıklık olarak nitelendirilmiştir. Kanundaki bu açık hükümler suç mağdurlarının soruşturma ve kovuşturma evrelerinde tanık olarak dinleneceğini belirttiğinden, mağdurun dinlenmesinin tanıklık olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak soruşturma ve kovuşturma konusu suçtan zarar gördükleri için suç mağdurlarının, özellikle de cinsel suç ve şiddet mağdurlarının, tanık olarak dinlenmesine ve korunmasına ilişkin özel düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu düzenlemelerin diğer tanıklar için uygulanması söz konusu olmadığı için suç mağduru tanıkların özel bir tanıklık statüsüne sahip olduğunu ifade etmek gerekir. Alman ceza muhakemesinde de suç mağdurlarının dinlenmesi tanıklık olarak kabul edilmektedir.²⁰

Kural olarak tanık yemin ettirilerek dinlenir. Ancak mağdurun, suçtan etkilenmiş olması nedeniyle taraflı şekilde beyan verme ihtimali göz önüne alınarak CMK'da beyanının yeminsiz şekilde alınacağı düzenlenmiştir. Be-

¹⁸ Şahin ve Göktürk, 416. Benzer yöndeki bir görüşe göre: "Mağdur ya da suçtan zarar görenin, kanun tarafından tanık olarak kabul edildiğini göstermez. Anılan kural, tanık dışındaki delil kaynaklarına yemin verdirilmeyeceğine ilişkin kanuni prensibin sonucudur." Fatih Birtek, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat* (Ankara: Adalet, 2016), 172. Benzer yönde görüşü bulunan Taner ise, "muhakemeye zaten süje olarak kabul edilmiş olan ve kendisine başta dosya inceleme olmak üzere çeşitli haklar tanınan katılanın, bünyesinde tanık sıfatı taşımasının uygun olmadığı" düşüncesindedir. Taner, 10.

¹⁹ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2019), 205.

²⁰ Turhan, Tanıklara Yemin Verilmesi, 373-374.

lirtmek gerekir ki, mağdurun yeminsiz dinlenmesi hususu hem soruşturma hem kovuşturma evresi açısından geçerlidir.²¹

Değinilmesi gereken bir husus da, mağdurun TCK m. 45 kapsamında tanıklıktan çekinebilecek kişilerden birisi olması durumudur. Böyle bir durumda mağdurun tanıklıktan çekinip çekinemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre mağdurun tanıklıktan çekinmesi kanunun konuluş amacıyla bağdaşmamaktadır.²² Ancak CMK m. 236/1'den atıfla mağdurun şüpheli veya sanığın yakını olması halinde tanıklıktan çekinmesi mümkündür. Ayrıca şüpheli ve sanığın kanunda belirtilen yakınlarının tanıklıktan çekinme hakkı varken mağdurun yakınlarına böyle bir hak tanınmamıştır.²³

Tanık Koruma Kanunu m. 2'de tanık sıfatıyla dinlenecek suç mağdurlarının, bu kanun kapsamında da tanık sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Diğer bir deyimle mağdur, gerekli koşulları taşıdığı hallerde gizli tanık olarak da dinlenebilir. Bu düzenleme tanık sıfatıyla dinlenen suç mağdurlarını koruma altına almayı amaçlamakta olup, tüm suç mağdurlarının korunabileceği şekilde yorumlanmamalıdır.²⁴

IV. SUÇ MAĞDURU ÇOCUĞUN DİNLENMESİ

A. SUÇ MAĞDURU ÇOCUĞUN BİR DEFA DİNLENMESİ

Mağdur çocuğun dinlenmesine yer verilen başlıca düzenleme CMK m. 236'dır. CMK m. 236/2 uyarınca işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak ancak bir defa dinlenebilir. Bu hüküm farklı yorumlara açık olması nedeniyle eleştirilmiştir.²⁵ Kanaatimizce bu hükümde yer alan 'veya' bağlacı ile işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulan ancak CMK kapsamında mağdur sıfatını taşımayan çocuk kast edilmiştir. Yani, suçun mağduru olmayıp tanığı olan çocukların da madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, bir şiddet suçuna tanık olan (aile içi şiddetten kaynaklı öldürme, yaralama suçlarında olduğu gibi) çocuğun psikolojisi bozulmuş olabilir ve tanık olarak dinlenmesi gerekebilecektir. Bu kapsamda yapılacak bir değerlendir-

²¹ Turhan, Tanıklara Yemin Verilmesi, 375.

²² Fatih Selami Mahmutoglu, "Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45. Maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C:19, S:2 (Özel Sayı) (2013), 206.

²³ Faruk Turhan, "Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı - Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:28, S:3 (2020), 1395.

²⁴ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, (Ankara: Seçkin, 2009), 190.

²⁵ Eylem Ümit Atılgan; Sedat Yağcıoğlu ve Yaşar Çavdar, *Çocuklarla Adli Görüşme Odaları İhtiyaçlar, İyi Uygulama Örnekleri ve Çocuklarla Adli Görüşme Standartları Özet Rapor* (Ankara: Unicef Türkiye, 2014), 9.

menin, hükmün mağdur çocuk dışında bir grubu da bu korumadan yararlandırmayı amaçladığını belirtmemiz gerekir.²⁶ Nitekim 7188 Sayılı Kanun'la eklenen m. 236/4. ve devamında bu karışıklık bir nebze giderilmiştir. Örneğin, 236. maddenin 4 fıkrasında, “şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk” denilmekteyken, 5. fıkrasında “Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suçlardan mağdur olan çocuklar” ifadesi kullanılmıştır.

Belirtilmesi gereken bir diğer nokta ise, kanun koyucunun mağdur çocuğun dinlenmesinin ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden hallerde birden fazla dinlenmesini mümkün kılmasıdır. Bu istisnai hal için hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır ve uygulamada bu istisnai hale sıkça başvurulduğu ifade edilmektedir.²⁷ Kanaatimizce, kanun koyucunun amacı suç mağduru ikincil mağduriyetinin önlenmesi olduğu için maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve sanığın iddia tanıklarına soru sorma hakkının sağlanması açısından gerekli olması halinde tekrar dinleme yoluna başvurulmalı ve bu husus mahkeme kararında açıklanmalıdır.

B. SUÇ MAĞDURU ÇOCUĞUN ÖZEL ORTAMDA DİNLENMESİ

Mağdur çocuğun faille karşılaşmasının önlenmesi, onun üstün yararı ilkesinin bir gereğidir. Çocuk mağdurların dinleneceği ortam çocukların kendilerini rahat hissedebileceği “çocuk dostu” bir yer olmalıdır. Duruşma salonları yapısı itibariye böyle ortamlar değillerdir. Çocuklar ile yapılacak adli amaçlı görüşmeler, yetişkinlerle yapılan görüşmelerden farklı olmalıdır. Ancak, çocukla farklı iletişim demek ses tonunu farklılaştırmak, çocuklara şirinlik yapmak olarak algılanmamalıdır. Burada kast edilen, kullanılan kavramların çocuk tarafından anlaşılmasına dikkat edilerek, bütün dikkatin çocuğa yöneltilmesidir.²⁸

Ceza muhakemesinde adil yargılanma hakkıyla benimsenen aleniyet ilkesinin bir tezahürü olarak, duruşmalar herkese açık olarak yapılır (AY m. 141/1, CMK m. 182/1). CMK'da bu ilkenin istisnası genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı haller olarak sayılmıştır (m. 182/2). Ayrıca CMK m. 185 gereğince, on sekiz yaşını bitirmemiş sanıkların duruşmasının kapalı yapılması ve hükmün de kapalı duruşmada açıklanması zorunludur. Kanaatimizce bu hüküm yerinde ancak eksik bir düzenlemedir. Her ne kadar ‘çocuğun üstün yararı’ ilkesi göz önünde bulundurularak, suça sürüklenen çocuğun gelişimi ve geleceği adına doğru bir düzenleme olsa da mağdur çocuğun kapsam dışında bırakılması yerinde olmamıştır. Zira du-

²⁶ Atılğan, Yağcıoğlu ve Çavdar, s.9.

²⁷ Dilek Kumcu ve Özen Kaya, *Ceza Yargılamasına Dahil Olan Çocuklara Hakları Çerçevesinden Bakış (Araştırma Raporu)*, (Ankara: Uluslararası Çocuk Merkezi, 2012), 118.

²⁸ Mağdura Yaklaşım Kılavuzu (2016) Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, s.31-32. Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/magdura_yaklasim_kilavuzu.pdf

ruşma aleniyetinin düzenlendiği AİHS m. 6/1'de de bu husus "küçüklerin yararının korunması amacıyla duruşmaların kısmen veya tamamen kapalı yapılmasına karar verilebilir" şeklinde ifade edilmiştir. Yani Sözleşmede, kapalılık kararı verilirken çocuğun sanık veya mağdur olması gibi bir ayrıma gidilmemiştir. İç hukukumuza baktığımızda ise Anayasa m. 141'de "küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur" hükmü mevcuttur. Burada da çocuğun sanık veya mağdur olması gibi bir ayırım yapılmadığı söylenebilir. CMK m 185'te ise, "Sanık, on sekiz yaşını doldurmamış ise duruşma kapalı yapılır; hüküm de kapalı duruşmada açıklanır" denilerek suça sürüklenen çocuk dikkate alınarak düzenleme yapılmıştır.

Çocukların genellikle mağdur olduğu suç tipleri (cinsel istismar gibi) göz önünde bulundurulduğunda, çocuğun olayı tekrar duruşmada anlatması bile kendisine ciddi psikolojik zararlar verebilecekken, bu durumun aleni bir şekilde yapılması yaşanacak ikincil mağduriyetin boyutunu daha da arttıracaktır.²⁹ Her ne kadar uygulamada cinsel istismar mağduru çocukların duruşmaları kapalı oturum şeklinde yapılıyorsa da, bu konuda mahkemelerce CMK m. 182/2'ye göre genel ahlaka aykırılık haline dayanılmaktadır.³⁰ Ancak bu uygulama mağdur çocuğa yeterli bir koruma sağlamamaktadır. Çünkü genel ahlak tabiri içi doldurulmaya muhtaç, soyut bir ifadedir. Buna dayanılarak kapalılık kararı verilmesi mahkemenin yetkisinde olup gereken her olayda, mağdur çocuk lehine uygulanması mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla mevcut kanuni düzenlemeler, cinsel suç mağduru çocuğun korunması açısından yeterli değildir. Bu noktada, cinsel suçlar gibi çocuğun ikincil mağduriyetine neden olma ihtimali bulunan suçlarda yargılama baştan sona kapalı yürütülmesi kabul edilmelidir.³¹

Kamuoyunda yargı reform paketi adıyla bilinen 7188 Sayılı Kanun'la getirilen düzenleme ile CMK'nın 236. maddesine 4.-5.-6.-7. ve 8. fıkralar eklenmiştir. CMK m. 236/4'e göre, Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların ifade ve beyanları özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınır. Bu hükümde çocuğun ifade ve beyanının özel ortamda alınmasının gerekip gerekmediğinin ya da şüpheli veya sanıkla yüz yüze gelmesinde bir sakınca bulunup bulunmadığının ifadeyi alacak olan Cumhuriyet savcısı veya hakimin takdirine bırakıldığı görülmektedir. Ancak savcı veya hakimin bu konudaki değerlendirmeyi hangi kıstaslara dayanarak yapacağı; değerlendirmeyi yapmak için çocukla bir ön görüşme yapıp yapmayacağı yahut uzman görüşü alıp almayaacağı, çocukla görüşecekse hangi ortamda ne şekilde görüşeceği, görüşme

²⁹ Füsun Sokullu, *Viktimoloji*, (İstanbul: Beta, 2008). 280.

³⁰ Gökçe Tunç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleniyet İlkesi*, (Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018), 64.

³¹ Tunç, 69-70.

yapmayacaksa dosya üzerinden hangi kıstaslara göre karar vereceği noktası açıklanmamış, hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Kanaatimizce hakimın mağdur çocuğu dinlemesi elzemse dinlemeli, ayrıca mağdur çocukların ifadesinin ayırım gözetilmeksizin özel ortamlarda alınmalı ve sanıkla fiziksel olarak karşılaşmaması sağlanmalıdır.

CMK m. 236'ya eklenen 5. fıkra uyarınca, TCK m. 103/2 de düzenlenen suçlardan mağdur olan çocukların soruşturma evresindeki beyanları, bunlara yönelik hizmet veren merkezlerde Cumhuriyet savcısının nezaretinde uzmanlar aracılığıyla alınacaktır. Beyanın alınması sırasında ses ve görüntü kaydı yapılması zorunludur. Kovuşturma evresinde ise ancak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından mağdur çocuğun beyanının alınması veya başkaca bir işlem yapılmasında zorunluluk bulunması hâlinde bu işlem, mahkeme veya görevlendireceği naip hâkim tarafından bu merkezlerde uzmanlar aracılığıyla yerine getirilecektir. Mağdur çocuk yargı çevresi ve mülkî sınırlara bakılmaksızın en yakın merkeze götürülmek suretiyle bu fıkrada belirtilen işlemler yerine getirilecektir.

Kanun metninde sözü geçen özel ortam, adli görüşme odalarıdır (AGO). Adli görüşme odalarının kurulması, bu odalarda görev alacak adli ve idari personelin görevleri ve görevlendirilme usulü, bu odalara ilişkin standartlar ile odaların işleyiş usulleri Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan ancak Resmi Gazetede yayınlanmamış bir yönetmelikle düzenlenmişti.³² 30 Nisan 2021 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe konan **Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği** (Çalışmada Yönetmelik olarak ifade edilecektir) adli süreçte suç mağdurlarına sunulacak hizmetler ile bu konudaki teşkilatlanmayı detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Çalışma konumuz açısından önem taşıyan adli görüşme odalarının kurulması ve standartları, adli görüşme odasındaki iş ve işlemlerin koordinasyonu, adli görüşmeci olan uzmanın görevleri, adli görüşmenin yürütülmesine ilişkin esaslar, soruşturma ve kovuşturma aşamasında adli görüşmenin yürütülmesine ilişkin işlemler, adli görüşmenin nasıl yapılacağı Yönetmeliğin Beşinci Bölümünde m. 47-57 arasında detaylı olarak düzenlenmiştir.

Yönetmelik m. 51/2'ye göre, "Adli görüşme odaları mağdur ve tanıklar ile adli sürece dâhil olan çocukların yanı sıra özellikle cinsel suç mağdurları ile kırılğan gruba dâhil diğer suç mağdurlarının ifade ve beyanlarının alınmasında da kullanılır." Yine Yönetmelik m. 56'ya göre, adli görüşme, görüşme yapılan mağdur ve görüşmeyi yapan adli görüşmeci 'görüşme odası' olarak adlandırılan bir yerde yaptıkları görüşmeyi, Cumhuriyet savcısı, hakim ve hazır bulunabilecek diğer kişilerin 'gözlem odası' olarak adlandırılan ayrı bir yerden takip etmeleri şeklinde gerçekleşir. Görüşme odasında mağdur ve

³² Bkz. 30 Nisan 2021 tarihli Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210430-1.htm>

adli görüşmeci dışında sadece ihtiyaç halinde tercüman bulundurulabilir. Ancak mağdurun kendisini daha rahat ifade edebilmesi için görüşme yapılan mağdurun talebi veya adli görüşmecinin önerisi üzerine ilgili hâkim ya da Cumhuriyet savcısının da onayıyla dinleme sırasında, seçtiği bir kişinin kendisine eşlik etmesi mümkündür. Görüşme öncesinde adli görüşmeci, mağdura görüşmenin niteliğini, yapılacak işlemleri, görüşmenin sesli ve görüntülü olarak aktarıldığını, görüşmenin kayda alındığını ve ilgililer tarafından takip edildiğini anlaşılır bir dilde anlatması gerekir. Görüşmeyi takip eden ilgililer elektronik yollarla mağdura soru sorabilirler. Görüşme sesli ve görüntülü olarak dijital ortamda kaydedilir. Adli görüşmenin, görüşme yapılacak kişinin yaşına, gelişim özelliklerine ve durumuna uygun şekilde yapılması gerekir. Adli görüşmenin süresi ve kapsamı görüşme yapılacak kişinin yararı gözetilerek vakanın niteliğine göre belirlenmesi gerekir. İfade veya beyanın adli görüşme odasında alınacağı durumlarda, adli görüşmeci gerekli işlemleri derhal başlatır ve görüşme yapılacak kişiyi ifade veya beyan alma işlemine hazırlar. Niteliğine göre ifade ve beyan alma işlemini hâkim, bizzat gözlem odasına gelerek yapabileceği gibi Bakanlık tarafından kurulan aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla kişilerin dinlenilmelerine imkân sağlayan sistem aracılığıyla da (SEGBİS) gerçekleştirebilir. (Yönetmelik m. 54/3)

Diğer taraftan “çocuk istismarının önlenmesi ve istismara uğrayan çocuklara bilinçli ve etkin bir şekilde müdahale edilmesi amacıyla, öncelikli olarak cinsel istismara uğramış çocukların ikincil örselenmesini asgariye indirmek, adli ve tıbbi işlemlerin bu alanda eğitilmiş kişilerden oluşan bir merkezde ve tek seferde gerçekleştirilmesini temin etmek” amacıyla **Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM)** 2012 yılında hayata geçirilmiştir.³³ Sağlık Bakanlığı'na bağlı bir hastane içinde, dışarıdan bakıldığında diğer hastane birimlerinden ayırt edilemeyecek fiziksel özelliklerde bulunan ve özel bir merkez olduğu anlaşılmamasına dikkat edilen, çocuğun tekrar örselenmesini engelleyecek biçimde bütün adli, sosyal ve tıbbi işlemlerin tek merkezde yapılmasını sağlayan fiziki donanımlara sahip ÇİM'lerde, cinsel istismar mağduru çocukların soruşturma aşamasındaki beyanları alınmaktadır.³⁴

CMK m. 236/6'ya göre, TCK m. 102/2'de düzenlenen suçlardan mağdur olanların soruşturma evresindeki beyanları bakımından m. 236/5 hükmü uygulanacaktır. (CMK m. 236/8). Anılan düzenlemeye göre zaten soruşturma evresinde beyan vermiş ve bu beyanları kaydedilmiş mağdur çocuğun ancak zaruret halinde tekrar dinlenmesi ikincil mağduriyete yol açmamak açısından yerindedir.

³³ Çocuk İzlem Merkezleri 12 Ekim 2012 tarihli Resmi Gazetede (RG: 28431) yayınlanan 2012/20 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile kurulmuştur.

³⁴ Canan Topdemir, “İstismar Mağduru Çocuğun Korunmasında Bir Uygulama: Çocuk İzlem Merkezi(ÇİM)”, *Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi*, S:43 (2016), 5.

Suç mağduru çocukların beyanlarının bunlara yönelik hizmet veren özel ortamlarda ve uzmanlar aracılığı ile alınması usulün yalnızca TCK m. 103/2 çerçevesinde işlenen suçlarda uygulanması, mağduru açısından yıkımı oldukça fazla olabilecek başkaca suçlar bakımından uygulanmaması önemli bir eksikliklerdir. Bu düzenlemenin TCK'nın 103/1, 104, 227, 226. maddelerinde düzenlenen suçlar bakımından da uygulanması kanaatimizce uygun olacaktır. Mevcut düzenleme, kanunda düzenlenmiş olan ve çocuğun mağduru olduğu bazı suç tiplerinin çocuğun ruh sağlığını ve gelişimini olumsuz etkileyecek nitelikte olmadığı şeklinde anlamaya neden olmaktadır.

C. DİNLEME SIRASINDA UZMAN BULUNDURULMASI

CMK m. 236/3 uyarınca mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği bu kişileri "adli görüşmeci" olarak adlandırmakta ve Adli Destek ve Mağdur Hizmetler Dairesi Başkanlığı ile adli destek ve mağdur hizmetler müdürlükleri bünyesinde psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı olarak çalışan kişiler arasından görevlendirileceğini belirtmektedir (Yönetmelik m. 4, 50). Adli görüşmecinin görevleri m 50'de gösterilmiştir. Cinsel suç mağdurlarının beyanlarının alınması sırasında adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğünün iş ve personel durumu dikkate alınarak mağdurun talep ettiği cinsiyete sahip adli görüşmeci görevlendirilebilir. Mağdurun beyanına yeniden başvurulması hâlinde, imkanı varsa aynı adli görüşmecinin görevlendirilmesi sağlanır (m. 50/6).

Mağdur çocuğun CMK'nın 234/2. ve 239/2. maddeleri uyarınca istemi aranmaksızın kendisine avukat görevlendirilmesi zorunludur. Mağdur çocuğa avukat tayininin amaçlarından biri, mağdur çocuğun beyanı sırasında avukatın hazır bulunması ve mağdur çocuğu hakları konusunda bilgilendirilmesidir.

D. DİNLEME ESNASINDA GÖRÜNTÜ VE SES KAYDI YAPILMASI

Suç mağduru çocukların korunması amacıyla onların savcı ve hakim tarafından beyanlarının alınması sırasında ses ve görüntü kaydı yapılmasına ilişkin kanunda düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin birisi CMK m. 52/3'te yer almaktadır. CMK m. 52/3-a'ya göre, mağdur çocukların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya seslerin kayda alınması zorunludur ve bu hükmün uygulanması suretiyle elde edilen ses ve görüntü kayıtları, sadece ceza muhakemesinde kullanılır. Aksi durum Yargıtay tarafından da kanuna açık aykırılık kabul edilerek bozma nedeni sayılmıştır.³⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında

³⁵ Y 3. CD, 18.06.2013, E. 2012/22099, K. 2013/25250 kararında "2003 doğumlu mağdur çocuk, duruşmada dinlenilirken, psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi

bu hükmün amacı şöyle açıklanmıştır: *“Bu düzenlemenin amacı suçun mağduru konumundaki psikolojisi bozulmuş çocuk ve kişileri korumaktır. Kural olarak ifadesine başvurulmuş kişilerin gerek soruşturma aşamasında gerekse yargılama aşamasında birden çok dinlenmeleri konusunda sınırlama bulunmamakta ise de, bu genel uygulama psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdurun muhatap olduğu olayı defalarca anlatması sonucunu doğurmaktadır ki her defasında kişiye olayı tekrar yaşatan bu ifade alma işlemlerinin kişide önemli bir stres ve acı kaynağı oluşturduğu tartışmasızdır. Bu nedenle işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdurun maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller hariç olmak üzere soruşturma veya kovuşturma aşamasında ancak bir defa dinlenmesi gerekmektedir.*

Yasa koyucunun işlenen suç nedeniyle psikolojisi bozulmuş çocuk ve mağduru koruma amacının adli yönden gerçekleştirilebilmesi için, bu kişilerin yapılacak soruşturma sonucunda suçun nitelendirmesini de yapacak olan C.savcısı tarafından dinlenmesi gerekmektedir. C.savcısı, CYY'nın 236. maddesine uygun şekilde uzman kişinin katılımı ile mağdurları dinlemeli, ifade alma işleminin ses ve görüntü olarak kaydının yapılmasını sağlamalıdır. Bu uygulama ile işlenen suç nedeniyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdurun soruşturma veya kovuşturma aşamasında birden fazla dinlenmesinin ve adli süreçten olumsuz etkilenmesinin önüne geçilebilecektir.

Bununla birlikte, soruşturma aşamasında alınan mağdure anlatımlarına ilişkin tutanakların mahkemece duruşmada okunmamasının yargılama yasası kuralları açısından da ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir.”³⁶

CMK m. 52/3'teki düzenlemeyi yeterli görmeyen kanun koyucu 2019 tarihli değişiklikle m. 236'ya eklediği yeni hükümlerle dinleme sırasında ses ve görüntü kaydını yapılmasına ve bu kayıtların gizliliğinin sağlanmasına ilişkin detaylı düzenlemeler getirmiştir.

CMK m. 236/8'e göre mağdurdan alınan beyan ve görüntü kayıtları, yazılı tutanağa dönüştürülür. Bu tutanağın, talepte bulunan şüpheli, sanık, müdafii, mağdur, vekil veya kanuni temsilciye verileceği düzenlenmiş, kayıtların kimseye verilmeyeceği ancak soruşturma ve kovuşturma makamlarının gözetiminde gizliliği korunmak suretiyle ilgililere izletilebileceği düzenlenmiştir.

Özel usullerle dinlenen mağdur çocuktan elde edilen beyanların ortaya konulması, kaydın duruşmada izlenmesi yani keşif yapılması suretiyle gerçekleşir. Öyleyse bahse konu kayıtlar, tarafların da hazır bulunduğu duruşmada, baştan sona izlenmelidir. Ancak uygulamada, bu şekilde baştan sona izlendiğinden bahsetmek pek de mümkün değildir. Bu da bizi delilin gereğine göre ortaya konulup tartışılmadığı sonucuna götürmektedir.

bulundurulması gerektiği gözetilmeyerek CMK'nin 236/3 üncü maddesine aykırı davranılması” bozma nedeni saymıştır.

³⁶ Y CGK, 14.02.2012, E.2011/5-341, K. 2012/33.

Mağdurun tekrar dinlenmesi veya mağdura soru sorulması maddi gerçeğe açısından büyük önem arz ettiği takdirde, mahkeme mağduru yeniden çağırmak zorundadır.³⁷ Böyle bir halde mağdurun tekrar duruşmaya çıkması kendisine ikincil mağduriyetler oluşturacaksa, hakimin adli görüşme odasından mağdur çocuğu dinlemesi gerekir.

SONUÇ

Maddi gerçeğin ortaya çıkması ceza muhakemesi hukukunun temel amacı olduğundan genelde yargılamalar sanık ve delil odaklı yürütülmektedir. Bu işleyiş mağdur çocukların durumunu göz ardı edebilmekte, ikincil mağduriyetlere yol açabilmektedir. Tekrar dinlenmesinde yarar bulunmayan çocuğun mahkeme ortamına getirilerek, bazen sanıkla yüzleştirilmesi, büyük salonlarda ve aleni ortamlarda bulundurulması gibi hususlar bunun açık örnekleridir.

Çocuğun yapısı itibariyle korunmaya ihtiyacı vardır. Adalet sistemi çocuk dostu bir anlayışla, saygılı, özenli, makul sürelerde ve ürkütücü ortamlardan uzak bir şekilde yürütülmelidir. Bu bağlamda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda mağdur çocuğu korumayı amaçlayan çeşitli düzenlemeler yer aldığını belirtmek gerekir. 2019 yılında CMK m. 236'ya eklenen 4.-5.-6.-7. fıkralarla bu amaçla birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Gerekli hallerde mağdur çocuğun ifadesinin özel ortamda alınması, TCK m. 103/2'de düzenlenen suçlardan mağdur olan çocuklar yönünden soruşturmada elde edilen ifadeyle yetinilebilmesi gibi düzenlemeler olumludur.

Anılan düzenlemeler çocuğun yararına olmakla beraber ciddi eksiklikleri bulunmaktadır. Mağdur çocuğun ifadesini kapalı oturumda vermesinin zorunlu olmaması, çocuğun ifadesinin özel ortamda alınmasının ve ikinci kez dinlenme hususunun hakimin takdirine bırakılması ve bu takdir alanının kıstaslarla daraltılmamış olması gibi konular bunlara örnek olarak sayılabilir. Özellikle 103/1, 104, 227, 226. maddelerinde düzenlenen suçlar kapsamında mağdur çocuğun ifadesi soruşturma aşamasında bir kez alınmalı, kovuşturma aşamasında tekrar dinlenmesi ciddi şartlara tabi tutulmalı (tek delilin mağdurun beyanının olması gibi) ve bu konuda hakimin takdir alanı geniş tutulmamalıdır. Eğer mağdur çocuğun kovuşturmada dinlenmesi zorunluysa, bu dinleme çocukların kendilerini rahat hissedebileceği 'çocuk dostu' bir yerde olmalıdır. Ayrıca bu dinleme kapalı ve özel bir ortamda, profesyoneller eşliğinde ve sanıkla yüz yüze gelmeyecek şekilde olmalıdır. Diğer yandan iddia makamının ve savunmanın bu dinleme esnasında soru sorma hakkı da çiğnenmemelidir.

³⁷ Taner, s.22.

KAYNAKÇA

- Atılğan, Eylem Ümit; Yağcıoğlu, Sedat ve Çavdar, Yaşar, *Çocuklarla Adli Görüşme Odaları İhtiyaçlar, İyi Uygulama Örnekleri ve Çocuklarla Adli Görüşme Standartları Özet Rapor* (Ankara: Unicef Türkiye, 2014).
- Babayiğit, Celal; Çalıcı, Can, Ziyalar, Neylân ve Faruk Aşıcıoğlu, "Suç Mağduru Çocuğun Dinlenmesi: Yargılamanın Değişik Safhalarında Görevli Kamu Personelinin Görüşlerinin İncelenmesi", *Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi*, C:16, S:2 (2019), 135-144.
- Birtek, Fatih, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, (Ankara: Adalet, 2016).
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2019).
- Değirmenci, Olgun, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.77 (2008), 33-86.
- Güngör, Devrim, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, (Ankara: Yetkin, 2014).
- Kangal, Zeynel T, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel S., (2019), 221-277.
- Katoğlu, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 61, S: 2, (2012), 657-693.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin, 2021)
- Kumcu, Dilek ve Kaya, Özen, *Ceza Yargılamasına Dahil Olan Çocuklara Hakları Çerçevesinden Bakış (Araştırma Raporu)*, (Ankara: Uluslararası Çocuk Merkezi, 2012).
- Mağdura Yaklaşım Kılavuzu (2016) Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, s.31-32. Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/magdura_yaklasim_kilavuzu.pdf
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, "Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45. Maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C:19, S:2 (Özel Sayı) (2013), 191-209.
- Özbek, Mustafa Serdar; Cüni, Orhan ve Özcan, Merve, editörler, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, (Ankara: Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, 2018)
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2017)
- Taner, Fahri Gökçen "Kırılğan Mağdurun Beyanının CMK'nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:153 (2021), 1-38.
- Sokullu, Fusun, *Viktimoloji*, (İstanbul: Beta, 2008)

- Suç Mağduru ve Tanığı Çocuklar İçin Adalet İlkeleri Model Yasa ve İlgili Açıklamalar, Unicef, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. <http://www.cocukhaklariizleme.org/storage/app/uploads/public/5f6/ca7/567/5f6ca7567423c347106180.pdf>
- Şahin, Cumhur ve Göktürk, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2022).
- Topdemir, Canan, “İstismar Mağduru Çocuğun Korunmasında Bir Uygulama: Çocuk İzlem Merkezi(ÇİM)”, *Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi*, S:43 (2016), 1-25.
- Tunç, Gökçe, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleniyet İlkesi*, (Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018).
- Turhan, Faruk, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, (Ankara: Seçkin, 2009).
- Turhan, Faruk, “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:24, S:4 (2020), 359-410.
- Turhan, Faruk, “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı - Kapsamı, Koşulları Ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:28, S:3 (2020), 1383 - 1427.
- Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük. Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2021. www.sozluk.gov.tr
- Uslu, Ferhat, “Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur”, *Ankara Barosu Dergisi*, S:2013/4 (2013), 241-260.
- Ünver, Yener, *Ceza Hukuku ile Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, (Ankara: Seçkin, 2003).
- Ünver, Yener ve Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt:1*, (Ankara: Adalet, 2019)
- Yargı Reformu Stratejisi, Adalet Bakanlığı, Mayıs 2019. Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2021. https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf
- Yenidünya, A. Caner, editör, *Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçları El Kitabı*, (Ankara: Adalet Bakanlığı, 2009).
- Yenisey, Feridun ve Nuhuğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2021).
- Yıldız, Yakup, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve İkincil Mağduriyet Sorunu*, (İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012).

ROMA HUKUKU'NDA ONİKİ LEVHA KANUNU VE KANUNLAŞTIRMANIN ORTAYA ÇIKIŞI

Rahman İRİ*

Roma Hukuku'nun en eski belgesi ve ilk gerçek kanunu (mevzuatı), M.Ö. 5. yüzyılın ortalarından kalma Oniki Levha Kanunu'ydü¹. Bu kanun, *patricius*'lar ile *pleb*'ler arasındaki mücadele sonucu ortaya çıkmıştır. Belirsizliklerle nam salmış olan Roma tarihi geleneği, kanunlaşmaya yol açan olayları şu şekilde kaydetmiştir: M.Ö. 462'de bir *pleb tribun*'ü olan Terentius Harsa, yargı erkini kontrol eden *patricius* (aristokrat) yargıçlar (*magistra*) tarafından keyfi uygulamayı sona erdirmek için örf ve adet hukuku kurallarının kayıtlı ve kamuya açık hale getirilmesini istemiştir. Sekiz yıllık çekişmenin ardından, *patricius*'lar bu talebi kabul etmek zorunda kalmışlardır. Böylece senato, ünlü Atinalı kanun koyucu Solon'un ve diğer Yunan şehir devletlerinin kanunlarını incelemek üzere Yunanistan'a üç üyeli bir komisyon göndermiştir. Komisyonun dönüşü üzerine, senato anayasayı askıya almaya ve hükümeti her yıl atanan on *magistra*'dan (tümü *patricius*'lerden oluşan) oluşan bir yönetim kuruluna emanet etmeye karar vermiştir. Hükümet işlevlerine ek olarak, bu *magistra*'lara yazılı bir kanun metni (*decemviri legibus scribundis*) hazırlamak gibi özel bir görev verilmiştir. Yeni *centuriate* meclisi, M.Ö. 451'de komisyonu atamış ve üyelerine üstün bir siyasi güç (*imperium*) verilmiştir. M.Ö. 450'de *decemvir* (on'lar birliği) on tablet (*tabula*) üzerine yazılı bir dizi kanun çıkarmıştır. Sonradan bu kanunların yetersiz olduğu düşünülmüştür. Bu da işi tamamlamak için on kişilik (şimdi bazı *pleb*'leri birleştiren) ikinci bir komisyonun seçilmesine yol açmıştır. M.Ö. 449'da ortaya çıkan farklı iki kanun tableti mevcut on tanesini tamamlamıştır. Meclis tarafından onaylandıktan sonra, eser "*lex duodecim tabularum*"² adı altında yayımlanmıştır. Roma geleneğine göre, ikinci *decemviral* kurul, yasama çalışmalarını tamamladıktan sonra istifa etmeyi reddetmiş ve tiran olarak hüküm sürerek makamlarını korumaya çalışmışlardır. Ancak sonunda, bir halk ayaklanmasının ardından görevden alınmışlar ve Cumhuriyetin anayasal düzeni bu şekilde onarılmıştır. Yeni kanunlar için arzu edilen tanıtım, Forum'da panolara veya tabletlere (muhtemelen ahşap tabletler) yazılmış olarak sergilenerek güvence altına alınmıştır. Orijinal tabletlerin M.Ö.

* Araştırma Görevlisi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Ana Bilim Dalı, E-posta: rahmaniri@hotmail.com.

¹ Karadeniz Çelebican, Özcan: Roma Hukuku (Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması), Ankara 2014, s. 61; Söğütü, Özlem: Roma Özel Hukuku, Ankara 2021, s. 72.

² Karadeniz Çelebican, s. 61, özellikle dipnot 52.

390'daki Galyalı istilası sırasında yok olduğuna inanılmaktadır. Ancak bu tabletlerin içerikleri halkın belleğinden yeniden oluşturulmuş ve yeni tabletler ortaya çıkarılmıştır. Oniki Levha Kanunu'nun yürürlüğe girmesine yol açan olayların geleneksel kayıtları, mitler ve efsanelerle süslenmiştir. Bu sebeple çeşitli tutarsızlıklar ve anakronizmler (tarih hatası) içermektedir.

Modern zamanlarda, *decemviral* mevzuatın kökeni ve doğası hakkındaki sorular birçok tartışma yaratmıştır. Bununla birlikte, mevzuatla ilgili geleneğin ana hatları, çoğu tarihçi tarafından hala oldukça (büyük ölçüde) güvenilir ve gerçek olarak kabul edilmektedir. Bazı yazarlar, ikinci *decemvirate*'in tarihsel gerçekliğine meydan okumuşlardır ve ilk (esas) komisyonun çalışmasının muhtemelen bir sonraki yılın *consul*'leri tarafından tamamlandığını savunmuşlardır. Üstelik tarihçiler, Yunanistan'a bir komisyon gönderilmesinin pek olası olmadığını ve böyle bir görev olsa bile, yalnızca Güney İtalya'daki Yunan şehirlerini ziyaret etmiş olabileceğini iddia etmektedirler. Atina hukukunun etkisine, kanunlaştırma sırasında Romalıların İtalya dışındaki devletlerle doğrudan temasları olmadığı gerekçesiyle itiraz edilmektedir. Ayrıca, Atina ve Siraküza gibi dönemin önde gelen ticaret merkezlerindeki hukuki yaşamın, Roma'daki ilkel tarım toplumununun hukuki koşullarından uzak olduğu belirtilmektedir. Oniki Levha Kanunu'nun korunmuş bölümleri, diğer ilkel dönem toplumların kanunlarıyla belirli paralellikler gözlemlenebilse de, doğrudan bir Yunan etkisine kadar izlenebilecek yetersiz bir malzeme ortaya koymaktadır.

Oniki Levha Kanunu'nun orijinal metni kaybolmuştur. Metnin içeriğinin korunan parçaları, daha sonraki hukukçuların, tarihçilerin ve gramercilerin eserlerinde yer alan alıntılar ve referanslardan oluşmaktadır. Bu yazarlar, Oniki Levha Kanunu'nun bazı bölümlerine atıfta bulunarak veya bunları çoğaltarak, onları dilde modernize etmişler ve bilinçli veya bilinçsiz olarak kendi zamanlarının koşullarına uyarlamışlardır (pandekt hukuku). Oniki Levha Kanunu'nun orijinal hükümlerinin düzenlenmesi gibi, eksik metnin de kesin boyutu ve sayısı bilinmemektedir. Bu nedenle, çeşitli hukuki ve edebi kaynaklardan yararlanan modern yazarlar tarafından yapılan yeniden yapılandırmalar büyük ölçüde farazidir³.

Oniki Levha Kanunu, son derece kazuistik, vaka odaklı (genellemenin aksine, ilke odaklı) bir mevzuattır. Oldukça ilkel bir tarım topluluğunun yaşamını yansıtmaktadır ve o sırada var olan geleneksel, yazılı olmayan hukuk sistemiyle iyi bir şekilde bütünleşmektedir. Bazı açılardan oldukça ayrıntılı olmasına rağmen, her şeyi kapsayan bir kodifikasyon değildir, tamamlanmış olmaktan uzaktır. Aksine, özellikle tekrarlanan, önemli veya tartışmalı hukuk sorunlarına geleneksel çözümleri yazılı olarak yeniden ifade etmekte ve bu sorunları açıklığa kavuşturmaktadır⁴. Hukukçuların ve yazarların eserlerinden, bu kanunun 120 kadar hükmü derlenebilmiştir. Korunan hükümlerin çoğu, yargılama (usul) hukuku (I-III. Levhalar), aile ilişkileri, miras ve vasiyet (IV-V. Levha-

³ Schwarz, Andreas B. (Çev. Rado, Türkan): Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1965, s. 85 vd.

⁴ Üçer, Mehmet: Roma Hukuku, İstanbul 2018, s. 59.

lar), mülkiyet, sözleşmeler (VI-VII. Levhalar) ve haksız fiiller gibi özel hukuk konularını ele almaktadır⁵. Bu alanda bir uyuşmazlığın vasıfsız olan tarafları (genellikle *pleb*'ler), kanunu bilenler tarafından yanlış yönlendirilebileceğinden, mahkeme işlemleri ve bu işlemlerin icrasında usul konularına özel önem verilmekteydi. Bazı hükümler ceza hukuku (VIII-IX. Levhalar) ve kutsal (dini) (X. Levha) hukuktaki konuları ele alırken, sadece iki hüküm anayasa hukuku ile ilgilidir⁶. Oniki Levha'nın hükümleri, veciz emirler ve yasaklar biçiminde ifade edilmiş olup, hafızada tutmayı kolaylaştıran ritmik bir ahenk sergilemektedir⁷. Ancak levhalardaki ifade tarzı genellikle anlaşılabilir bir yapıdadır ve dilbilgisi açısından bazı belirsizlikler içermektedir. Çeşitli hükümlerin altında yatan gerçek hukuki ilkeler, muhtemelen varsayıldığı gibi detaylandırılmamıştır. Romalıların arkaik (eski) toplumunun yazılı olmayan gelenekleri göz önüne alındığında, bu pek de şaşırtıcı bir durum değildir.

Biçim ve düşünce bakımından arkaik olmasına rağmen, Oniki Levha Kanunu, orijinal, ilkel aşamasını önemli ölçüde aşmış bir hukuk sisteminin göstergesi olan unsurları içermektedir. Örneğin, bazı durumlarda, özel intikam usulü, kısas ilkesiyle sınırlandırılırken, diğer durumlarda ise, kamusal cezalandırma ile değiştirilmiştir. Hukukun sonraki gelişimi için özellikle önemli olan, adalet yönetiminde aşırılıkları önlemek için organlar arası kontrollerin esaslarıydı. Böylece, *magistra*'lar tarafından verilen ölüm cezalarına karşı halk meclisine başvurma hakkı (*provocatio ad populum*) tanınmış ve yalnızca belirli bir kişiye ceza veren veya engel getiren bir kanun teklif edilmesi anayasaya aykırı hale getirilmiştir. Siyasi açıdan değerlendirildiğinde, Oniki Levha Kanunu'nun en kayda değer başarısı, devlet makamlarının tüm yargı idaresi işlemleri üzerindeki tekeli korumasıydı. Günlük yaşam için gerekli olan hukuki meselelerle ilgili olarak, *decemviral* mevzuat, *patricius* veya *pleb* statüsüne bakılmaksızın tüm vatandaşlar için ortak bir hukuk yapısı üretmiştir. Bu durum, Livius'a ait olan aşağıdaki latince metinde de açıkça tespit edilmiştir:

Tabularum XII; Livius 7.12.12

"in XII Tabulis legem esse, ut, quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset."

"Oniki Levha'da, halkın (*populus*) emrettiklerinin muteber ve geçerli (*ratum*) hukuk olacağına dair bir hüküm vardır."

Sonuç olarak, ağırlıklı olarak aristokrat içerikli kurumlar hem erişilebilir hem de tüm toplum için uygulanabilir hale getirilmiştir. Hem vatandaşlar hem de yargıçlar kanun egemenliğine tabiydiler ve *pleb* sınıfının üyeleri artık aristokrat (*patricius*) yargıçlar tarafından uygulanan geleneksel kuralların aşırılıklarına maruz kalmıyorlardı. Aynı zamanda, hukukun sekülerleşmesine (laikleşme) yönelik süreç de bu bağlamda hızlandırılmıştır. Örneğin, daha önce dini törenlerde ortaya çıkan davranış kalıpları, maddi hukuk ve usul hukukunun

⁵ Söğütü, s. 72.

⁶ Karadeniz Çelebican, s. 63; Üçer, s. 59.

⁷ Söğütü, s. 72.

genel kuralları tarafından yazılı bir biçimde rasyonelleştirilmiş ve böylece tüm insanlar tarafından anlaşılabilir hale getirilmiştir. Kanun artık kamuoyuna açık hale getirildiğinde, dini bir gizemin değişmez niteliğini kaybetmeye; geleneksel, insani ve dolayısıyla değişime açık hale gelmeye başlamıştır.

Bin yıl boyunca, Oniki Levha Kanunu, Romalıların hukuklarını kapsamlı bir şekilde kaydetmeye yönelik tek girişim olarak kalmıştır. Bu ilk girişim, Roma hukuk tarihinde bugün gözle görülür bir öncülükte bulunmuş ve sosyal, ekonomik ve siyasi koşullardaki değişikliklere rağmen bin yıl boyunca tüm hukuk sistemlerinin temelini oluşturmuştur. Oniki Levha Kanunu'nun güncelliğini ve geçerliliğini sürdürmesi, eğitilmiş hukukçular tarafından mevzuat ve yorum yoluyla sürekli olarak değiştirilen ve genişletilen normları bünyesinde barındırdığı için mümkün olabilmıştır. Böylece kanun, daha sonraki dönemlerde değişen koşullara uyum sağlayabilmiştir.

Oniki Levha Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, halk meclisi tarafından oluşturulan mevzuat, genel olarak kabul edilen bir hukuk kaynağına evrilmiştir. Ancak, o dönem için Yunan şehir devletlerindeki yasamanın rolünün aksine, Roma kanunları az gelişmiş durumdaydı. Eski *Ius Civile*'i değiştirmenin hukuki olarak uygun görüldüğü konusunda tartışmalar hâlâ devam etmekteydi. Romalıların hukuka karşı muhafazakar tutumlarından kaynaklanan, mevzuatı uygulamadaki isteksizliği ve kadim adetlerinin esasına ilişkin köklü anlayış, Oniki Levha Kanunu ile bağdaştırılan özel konuyla güçlendirilmiştir. Tabii ki o dönem için, kanunları, özellikle özel hukuk alanında, bu yerleşik normların ihlal edilmesini önleyecek şekilde yapılandırmak kolay bir iş değildi. Bu nedenle, gerekli reformlar dolaylı yoldan yorum yoluyla biçimlendirilmiştir. Buna göre, kanunların uygulanması nispeten nadir kalmış ve bu kanunlar yalnızca belirli özel meseleleri ele almıştır. Anayasal krizlerde, yasama faaliyeti, çatışan taraflar tarafından konumlarını güçlendirmek veya siyasi uzlaşmayı etkilemek için bir araç olarak kullanılmıştır. Örneğin, *pleb* hareketinin elde ettiği kazanımları anayasaya dahil etmek ve yeni *magistra*'lar yaratmak için kanunlar çıkarılmıştır. Sosyal kaygılarla ilgili konularda, mevzuata zaman zaman reformları başlatmak veya yalnızca halkı yatıştırmak için başvurulmuştur. Bazı kanunlar, siyasi bir temel sergileyen melez bir karaktere sahip olduğu gibi, vatandaşların özel ilişkilerini de etkileyen unsurlara da sahipti. Bu mevzuat, medeni usul, evlilik, borçlar ve vasiyetle ilgili özel kanunları kapsamaktaydı⁸.

KAYNAKÇA

Karadeniz Çelebican, Özcan: Roma Hukuku (Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması), Ankara 2014.

Schwarz, Andreas B. (Çev. Rado, Türkan): Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1965.

Söğütü, Özlem: Roma Özel Hukuku, Ankara 2021.

Üçer, Mehmet: Roma Hukuku, İstanbul 2018.

⁸ Karadeniz Çelebican, s. 62-63.

SUÇ TEORİSİNDE BİR KAVRAM BELİRSİZLİĞİ: SUÇUN ÖN KOŞULU*

*Recep KAHRAMAN***

GİRİŞ

Suç teorisinde bazı suçlarda fail, mağdur, suçun konusu gibi vb. birtakım unsurlar farklı özellikler ihtiva edebilmektedir. Örneğin zimmet suçunda failin kamu görevlisi olması ya da belgede sahtecilik suçunda yazılı ve içeriği bütünlük oluşturan bir evrakın olması, ilgili suçların oluşması için normda açıkça gerekli görülmektedir. Anılan özellikler doktrinde yer alan bir görüşe göre suçun ön koşulu olarak ifade edilmektedir. Çalışmanın amacı, ön koşulun suçun unsurlarına dahil olup olmadığını belirlemek ve suçun unsurlarına dair yapılacak çalışmalara katkı sağlamaktır. Çalışmanın konusu olan suçun ön koşulu kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ve kavramın suç teorisindeki yerinin belirlenmesi adına doktrinde yer alan farklı görüşlere çalışmada yer verilmiştir.

I. SUÇUN ÖN KOŞULU KAVRAMI

Suç, yalın bir tanımla, karşılığında ceza hukuku müeyyidesi öngörülen hukuka aykırılık hali olarak ifade edilebilmektedir.¹ Suçun oluşması için suç teorisinde vazgeçilmez olan fiilin varlığıdır. Suça neden olan fiil, emir ve yasakları içeren davranış kurallarının kabul ettiği yükümlülüklerle aykırı olan ve sonuçta haksızlığa neden olan insan davranışlarıdır.² Davranışın, fiil olup olmadığı belirlenmeden, suçun yapısı ve haksızlığın tespiti konusunda bir neticeye ulaşabilmek mümkün olmamaktadır. Ceza hukukunu ilgilendiren fiilin mevcut olduğu belirlendikten sonra, söz konusu fiilin ceza kanununda yer alan hangi suç tipinin tanımına uyduğu araştırılmaktadır. Bu durum tipe uygunluğun tespit edilmesi olarak ifade edilmektedir.³ Suç teorisinin konusu olan tipiklik, suç olarak gösterilen haksızlığın kendisinin ceza normunda düzenlenmesi halidir.⁴ Fiilin tipe uygun olup olmadığının belirlenmesi için tipikliğin objektif

* Bu tebliğ, Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi'nde (04-06 Temmuz 2022), çevrimiçi sunulan özet tebliğin, genişletilerek ve gözden geçirilerek tam metin bildiriye dönüştürülmüş halidir.

** Doktor Öğretim Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Maliye Bölümü. E-posta: recepkhrmn@gmail.com.

¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 174.

² Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 179.

³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 104.

⁴ Mehmet Emin Artuk; Ahmet Gökçen; Mehmet Emin Aşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 286.

(maddi) ve subjektif (manevi) unsurlarının bulunup bulunmadığı tespit edilmektedir. Suçun düzenlendiği ceza normunda yer alan maddi ve manevi unsurların mevcut olması halinde fiilin suç tanımına (tipe) uygunluğundan bahsedilebilir. Suçun unsurları, tipikliğin maddi ve manevi unsurlarıdır. Tipikliğin objektif (maddi) unsurları, fiilin dışarıya yansıyan görünüş biçimini vasıflandırmaktadırlar. Suçun yasal tanımında yer alan maddi unsurlar; fail, suçun konusu, mağdur, hareket ve netice olarak belirlenebilmektedir. Tipikliğin subjektif (manevi) unsuru ise failin, fiil arasındaki subjektif bağ olup kast ya da taksir olarak anlaşılmaktadır.⁵ Tipikliğin unsurlarının mevcut olduğu anlaşıldıktan sonra ise fiilin hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirmesi yapılır ve hukuka aykırı olduğu kabul edildiğinde suç oluşmaktadır.

Yukarıda yer alan anlatımda da görüldüğü üzere fiilin suç teşkil etmesi için bir takım unsurların mevcut olması aranmaktadır. Bazı suç tiplerinde ise suçun unsurlarının, diğer suçlardan farklı olarak kendisine özgü niteliklerinin olması aranmaktadır. Örneğin, sahte parayı tedavüle sürme suçunun oluşması için failin sahte para üretimine dahil olmaması; çocuk düşürme veya düşürtme suçunda hamile olma hali; birden çok evlilik suçunda failin hali hazırda evli olması gibi vb. hususlar suçun unsurlarının özellikleridir. Söz konusu hususlar doktrinde bir görüş tarafından suçun ön koşulu olarak ifade edilmektedir. Anılan hususlar için ön koşul ifadesinin kullanılması bunların, suçun unsuru olarak mı yoksa unsurların dışında mı incelemesi gerektiği konusundaki tartışmayı beraberinde getirmektedir.

Suç teorisinde fiil ile aynı anda gerçekleşen hususlara, suçun unsuru denilmesine karşın; fiilden önce mevcut olan hususlara ön koşul denilmesi halinde suçun unsurları birbirinden ayrılmış olmaktadır.⁶ Ancak zimmet suçunda failin kamu görevlisi olması, çocuk düşürme suçunda failin gebe olması veya terk suçunda mağdurun kendini idare edemeyecek olması gibi hususlar –ister ön koşul olarak isterse de unsur olarak değerlendirilsin- ilgili suçların varlığı için gerekli görülmektedir.

II. ÖN KOŞULUN SUÇ TEORİSİNDEKİ YERİ

1. Genel Açıklamalar

Ön koşul suç teorisi içerisinde incelenmesine karşın kavramın yeri konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, ön koşulların bağımsız niteliklerinin bulunduğunu ileri sürerler⁷; kimileri ise ön koşul denilen hu-

⁵ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 108.

⁶ Nur Centel; Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 219.

⁷ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, (İstanbul: Der Yayınları, 2019), 14; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul: Beta Yayınları, 2016), 232; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016), 207.

susların suçun unsurundan farklı bir şey olmadığını, böylece, ön koşulları unsurdan ayırmanın isabetli olmadığını kabul ederler.⁸

2. Ön Koşulun Suçun Unsuru Olmadığını İleri Süren Görüş

Bazı suç tiplerinde suçun varlığı için, suçun unsurlarından önce, müspet ya da menfi bir koşulun gerçekleşmesi gerekli görülmektedir. Gerçekten bazı yazarlar, ön koşulların bağımsız niteliklerinin bulunduğunu kabul ederler. Görüşü ileri sürenlere göre bu tip koşullar failin iradesi dışında mevcut olmakla birlikte, suç tipinin oluşabilmesi adına bulunması gereken hukuki ve mantıki olgulardır.⁹

Ön koşulun suçun unsurundan bağımsız olduğunu ileri süren görüşe göre ön koşul, suç olarak kabul edilen fiilden önce zaten mevcut olduğundan suçun unsurlarıyla bağlantısı bulunmamaktadır. Ancak bu koşullar bulunmadan suç oluşmayacağı için, suç teorisinde bunlara da bir anlam ve yer kazandırılmalıdır.¹⁰ Unsurlara benzeyen ancak unsurlar dışında kalan bu koşullar, suçun unsurlarından bağımsız olduklarından, unsurların incelenmesinden önce ayrıca incelenmelidir.¹¹

Dönmezer- Erman'a göre suçun unsurlarının tümü, fiil ile aynı anda meydana gelmesine karşın ön koşullar mantıken fiilden önce gelirler. Bu nedenle biçimsel ve uygulama yönünden ön koşulları unsurlardan ayırmakta yarar bulunmaktadır.¹² Suçun genel unsurlarından ayrı bir de ön koşulların bulunduğu görüşünü ileri süren Dönmezer-Erman'a göre ön koşul; fiilin gerçekleşmesinden önce var olup, bunların bulunup bulunmaması belirli bir suç şeklinin meydana gelmesine neden olur. Örneğin çocuk düşürtme suçunun gerçekleşmesi için her şeyden önce kadının gebe olması zorunludur. Bu ön koşul gerçekleşmediği takdirde çocuk düşürtme suçu değil yaralama suçu meydana gelmektedir.¹³

Ön koşulu suçun unsurlarından bağımsız olarak kabul eden görüş sahipleri, en önemli gerekçeleri olarak, koşulların unsur olarak değerlendirilmesi halinin kasıtlı sorumlulukta açıklanamamasını göstermektedirler. Şöyle ki kasıtlı sorumlulukta iradilik fiile ilişkindir. Ön koşulun unsur olarak kabul edilmesi halinde, ön koşulun bilinmesiyle birlikte istenmesi de gerekir. Oysa somut olayda failin iradesi dışında mevcut olan koşulun istenmesi gerekli

⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 219; Mustafa Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 555; Zeki Hafzoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: USA Yayıncılık, 2016), 191; Veli Özer Özbek; Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 438; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 293.

⁹ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 14.

¹⁰ İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 232.

¹¹ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 207.

¹² Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 15.

¹³ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 15.

olmayıp bilinmesi yeterli kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle ön koşullar hakkında aynı yoğunlukta bir iradiliğe ihtiyaç olmayabilir; failin ön koşulların varlığını bilmesi yeterli olup bunların gerçekleşmesini de istemesi gerekemeyebilir. Örneğin çocuk düşürme suçunda, çocuğunu düşürmek isteyen kadın gebe olmalıdır. Bu durum çocuğu düşürmeden mantıken önce geldiğinden bir koşuldur. Ancak bu suçun meydana gelmesi için kendi üzerinde çocuk düşürücü hareketlerde bulunan kadının gebe olduğunu bilmesi gerekirse de gebe olmayı istemiş olması aranmaz, hatta hiç gebe olmayı arzu etmemiş olsa da durum böyledir. Bu örnek göstermektedir ki unsurun söz konusu olması durumunda, failin bu unsurun varlığını bilmesi ve onun gerçekleşmesini istemesi gerektiği halde ön koşulu failin bilmiş olması yeterlidir.¹⁴

3. Ön Koşulun Suçun Unsuru Olduğunu İleri Süren Görüş

Suçun unsurları dışında bir takım ön koşulların varlığını ileri süren görüş, bizim de iştirak ettiğimiz üzere doktrinde genel olarak benimsenmemekte ve eleştirilerek denilmektedir ki; ön koşulun suçun unsurlarından ayrı, bağımsız bir varlığı bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında ön koşul olarak ifade edilen hususlar, suçun unsurlarından başka bir şey olarak değerlendirilmemektedir.¹⁵

Ön koşul denilen hususlar olmadıkça suçun oluşmasına ve tamamlanmasına imkân bulunmadığından, bunların bağımsız varlıkları yoktur ve “suçun kurucu unsurlarıdır.”¹⁶ Gerçekten unsurlardan biri eksik ise suç meydana gelemeyeceğine, ön koşulun yokluğu halinde de suç işlenemeyeceğine göre onu da unsur saymak lâzımdır. Ceza hukukunda suçun varlığı için bir takım koşulların gerçekleşmesi ceza normunda gerekli görülmüş olabilir, doğrudur. Ancak bu koşullar suçun unsurlarından bağımsız olarak düşünülemez.¹⁷ Bazılarınca ön koşul olarak ifade edilen hususların mevcut olmaması halinde ceza normunun ihlal edildiği, haksızlığın olduğu söylenemeyeceği için ön koşul olarak ifade edilebilen hususlar ilgili oldukları suçların yapısına dahil olup, dolayısıyla ferî olmayıp birincil unsurlardır.

Ön koşulun unsur olarak kabul edilmesi halinde, ön koşulun bilinmesiyle birlikte istenmesi de gerekir; oysa somut olayda failin iradesi dışında mevcut olan koşulun istenmesi gerekli olmayıp bilinmesi yeterli kabul edilmektedir şeklinde ön koşul bakımından getirilen kıstas yapaydır. Böyle bir kıstas gerekçe gösterilerek, ön koşulu suçun unsurlarının dışına taşımak ceza hukuku dogmatığı açısından önem taşımadığı gibi yararlı da değildir.¹⁸ Ön koşul diye ifade edilen hususlar her ne kadar suçun unsurları içerisinde konum-

¹⁴ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 15.

¹⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 219.

¹⁶ Hafızoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 191.

¹⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 438.

¹⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 438.

landırılmış olsa da bu koşullar failin iradesi dışında mevcut olduğundan failin bunları istemesi gerekli olmayıp bilmesi yeterli kabul edilmektedir.

Suçun yapısal unsurlarının değerlendirilmesinde, suçun ön koşulu ifadesi çelişkili olmaktadır. Şöyle ki failin kamu görevlisi olması zimmet suçunun ön koşuludur diye düşünüldüğünde, zimmet suçundan önce sanki suçun varlığı için bir koşul gerekiymiş gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Oysa fail kamu görevlisi olmadan kanunda yer alan zimmet suçunun zaten kendisi oluşmamaktadır.

Suç teorisi içinde örneğin suçun konusunun, mağdurunun veya failinin, kendilerine özgü yerleri bulunmakta ve böylece konunun, mağdurun veya failin birer ön koşul olarak sayılmalarına imkân bulunmamaktadır. İnsan, suçu gerçekleştiren olup suçun ön koşulu değildir. Bu nedenle insanı, mantıki ve kronolojik bir şekilde fiilden önce gelen bir varlık olarak değerlendiremeyeceğimiz için fail veya mağduru da birer ön koşul olarak kabul etmek yerinde olmamaktadır.

Ceza kanununda yer alan bazı suç tiplerinde suçun oluşması için gerekli görülen farklı koşullar, suçun unsurlarına ait birtakım özellikler olduğundan, koşulları da tipe uygunluğu sağlayan vasıflar olarak nitelendirerek unsurlar içinde kabul görmek yerinde olmaktadır.

Suç teorisinde ceza sorumluluğunun tayininde belli bir sıra takip edilmektedir. Öncelikle haksızlığı oluşturabilecek bir fiilin mevcut olduğu tespit edilir; fiil insana ait nitelikler bakımından değerlendirilir. Daha sonra söz konusu fiilin tipik olup olmadığı belirlenir yani fiil ceza hukuku açısından değerlendirilir. Son olarak da fiilin hukuka aykırılığı tespit edilir ve fail açısından kusur değerlendirmesi yapılır.¹⁹ Suç teorisinde tipe uygunluk tespiti, yalnızca fiil açısından değil, fiilin suç olarak kabul edilmesi için gereken tüm koşullar bakımından yapılır. Tipe uygunluk, ceza hukukunu ilgilendiren fiilin maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) özellikleri dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmesini gerektirir. Birinci bölümde anlatıldığı üzere tipikliğin objektif (maddi) unsurları fail, suçun konusu, mağdur, hareket ve netice; tipikliğin sübjektif (manevi) unsuru ise kast veya taksir olarak ifade edilebilmektedir.²⁰ Tipiklik, suçun var olması için varlığı zorunlu olan maddi ve manevi unsurlar ile özelliklerin tümünü içermektedir. Bu haliyle tipiklik, normda belirtilen hukuki sonuçların kendisine bağlandığı koşulların tümünü ifade ederek geniş anlamı ile değerlendirilmektedir.²¹ Geniş anlamı tipikliğin dikkate alınmasının sonucu olarak fail, mağdur veya suçun konusu tipikliğin maddi unsuru olup bazı suçlarda failin, mağdurun veya suçun konusunun belli bir özelliğe sahip olduğunun aranması da tipikliğin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 402.

²⁰ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 108.

²¹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 289.

Ön koşullar, suçun unsurlarının birtakım özellikler olup, failin eyleminin tipe uygunluğu için sözü geçen koşulların bulunması gerekir. Ön koşul olarak ifade edilen kavramlar esasen fiilin tipe uygunluğu için gereken belli sıfat ve niteliklerdir.²² Ön koşulların, suçun yapısında yer alan ve fiilin haksızlık içeriği ile ilgili olan diğer unsurlardan bir farkı bulunmamaktadır. Çocuk düşürme suçunda kadının hamile ya da zimmet suçunda failin kamu görevlisi olması tipikliğin objektif unsuruna dâhil olan bir husus olup, bu yöndeki bir inceleme esasen eylemin tipik olup olmadığını incelemekten başka bir şey değildir.²³

Doktrinde bazıları tarafından ön koşul olarak ifade edilen esasen suçun unsuru olan hususlar gerçekleşmemiş ise fiil tipe uygun sayılmayacağından netice ve nedenselliğin incelenmesi ve yine hukuka uygunluk sebebinin varlığı ya da kusurluluğu incelemeye gerek bulunmamaktadır.

SONUÇ

Suç teorisinde ön koşul, suçun unsurları dışında bağımsız bir özelliğe sahip değildir. Şöyle ki ön koşul denilen hususlar, unsurdan farklı bir şey olmayıp; ön koşulları unsurdan ayırmak isabetli olmamaktadır. Somut olayda unsurlarından birisinin eksik olması halinde suç oluşmaz. Ön koşulun bulunmaması halinde de benzer şekilde suç oluşmayacağına göre ön koşulu da suçun unsuru olarak kabul etmek gerekir.

Suç teorisinde ön koşul kavramı, suçun unsurlarının dışında kabul edildiğinde koşulların nelerden ibaret olduğu konusunda birlik sağlamamayacaktır. Ön koşulu, suçun unsurlarından bağımsız olarak değerlendirmek, suç teorisini açısından faydası olmayan bazı metodolojik gruplar oluşturmaktan başka bir şey değildir. Günümüz ceza hukuku anlayışında ise aksine kavramlarda sadeleşme çabası bulunmaktadır. Suçun unsurlarının öncesinde koşulların kabul edilmesi, unsurların anlaşılabilmesine katkı sağlamamaktadır.

²² Hafızoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 191.

²³ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 438.

KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin ve Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, İstanbul: Der Yayınları, 2019.
- Hafızoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: USA Yayıncılık, 2016.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2016.
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.

İTİRAZ KANUN YOLUNDA ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI

*Mahmut KAPLAN**

Aleyhe değiştirme yasağı, ceza muhakemesinde sanık tarafından veya sadece sanık lehine kanun yararına başvurulduğu hallerde denetim muhakemesi sonucu verilecek kararın önceki hükümden daha ağır olmamasını ifade eder. Bu yönüyle sanık bakımından lehe başvuru bir güvence oluşturmaktadır. Zira denetim sonucu ortaya çıkacak kararın sanık aleyhine olması halinde sanığın kanun yoluna başvurması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durum ise kanun yoluna başvuru hakkını sınırlayacaktır. Kanun yoluna başvuru hakkının sınırlandırılmaması için aleyhe değiştirme yasağının uygulanması gereklidir. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun çeşitli maddelerinde aleyhe değiştirme yasağına ilişkin hükümler mevcuttur.

İtiraz kanun yolu olağan kanun yolları arasında olmasına rağmen aleyhe değiştirme yasağı kuralının itiraz kanun yolu bakımından geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Zira CMK'da istinaf kanun yoluna ilişkin olarak m. 283'te, temyiz kanun yoluna ilişkin olarak m. 307/4'te, kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolu için de m. 309/4'te aleyhe değiştirme yasağına ilişkin hükümler yer almasına rağmen itiraz kanun yoluna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanun yollarına ilişkin genel kuralların düzenlendiği kısımda cumhuriyet savcısı bakımından getirilen m. 265 hükmü, konuyu tartışmalı hale getirmektedir. Düzenleme, Cumhuriyet savcısı tarafından kanun yoluna başvurunun sanık lehine yapılması halinde aleyhe değiştirme yasağının geçerli olduğunu hüküm altına almıştır. Kanun yollarına ilişkin genel bir düzenleme olan m. 265'in tüm kanun yolları bakımından geçerli olup olmadığının ortaya konması gerekir. Yargı kararlarında ise yeknesak bir uygulama olmadığı görülmektedir. Özellikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararlarına karşı sanık tarafından yapılan başvurularda sanığın aleyhine kararlar verilebilmektedir. HAGB kararlarının verildiği yargılamaların adil yargılanma hakkı bağlamında tartışıldığı bir ortamda bu kararlara karşı kanun yoluna başvuru dolaylı yoldan kapatılırsa birçok olayda hukuka aykırı ve fakat denetlenemeyecek kararlar verilebilir. Nitekim adil yargılanma hakkı bakımından sunumu gerçekleştirdiğimiz 7 Temmuz 2022 tarihinden sonra Anayasa Mahkemesi HAGB kararlarına itira-

* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, kaplan.mahmut@gmail.com.

zı düzenleyen CMK m. 232/12 hakkında iptal kararı vererek kanunun uygulanmamasını bizzat kanunun anayasaya aykırılığının gerekçesi saymıştır. Ancak kararda itiraz mercinin etkili bir kanun yolu olmadığı yönündeki gerekçeler sunumumuzla da örtüşmektedir.

2019 yılında kabul edilen “Basit Yargılama” usulünde aleyhe değiştirme yasağı sanık aleyhine başvuru yapıldığında geçerli olacak şekilde düzenlenmiş olup bu düzenleme ile itiraz kanun yolu açısından reformatio in peius yasağı daha da tartışmalı hale gelmiştir. Bu sebeple çalışmamızda aleyhe değiştirme yasağı kuralı ve kuralın kapsamı hakkında bilgi verdikten sonra itiraz kanun yolu bakımından aleyhe değiştirme yasağının geçerliliği tartışılarak soruna ilişkin çözüm önerilerimizi ortaya koyacağız.

A. Aleyhe Değiştirme Yasağı Kavramı, Kapsamı ve İlkenin Gerekliliği

a. Aleyhe Değiştirme Yasağı Kavramı

Aleyhe değiştirme yasağı (reformatio in peius), doktrinde “aleyhe değiştirme yasağı¹”, “aleyhe bozma yasağı²”, “aleyhe düzeltme yasağı³”, “müktesep hak⁴/kazanılmış hak⁵”, “cezanın ağırlaştırılması yasağı⁶”, “sanığın cezasını

¹ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.Bs, Beta, İstanbul, 2016, s.805;Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 2, 12. Bası, Seçkin, Ankara, 2022, Cilt 2, s.250; Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Seçkin, Ankara, 2017, s.238; Cengiz Ünsal, Ceza Muhakemesinde İstinaf, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2016, s.327; Karakehya, “cezanın aleyhe değiştirilmesi yasağı” teriminin daha doğru olduğunu belirtmesine rağmen yaygın kullanım olan “aleyhe değiştirme yasağını” kullandığını belirtmektedir. Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş, Ankara, 2015, s.610; Ali Tanju Sarıgül, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu”, TBB Dergisi 2016 (125), s. 81; Ahmet Gökçen/Murat Balcı/ M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Adalet, Ankara, 2021, s.661; Bahri Öztürk vd, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s.687; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s.714; Seydi Kaymaz, “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı”, MÜHFAD, 19 (2), Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, ss.1397-1451, s.1400; Sesim Soyer Güleç, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius)” D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, ss.701-750, s.703; Hatice Derya Ormanoğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı, Oniki Levha, İstanbul, 2016. s.17 vd; Özdemir, Süleyman Emre, Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu, 1. Bası, Ankara 2018, s.164; Uğur Ersoy, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (reformatio in peius) Yasağı, Adalet, Ankara, 2018, s.111.

² Faruk Erem, “Aleyhe Bozma Yasağı”, Ankara Barosu Dergisi, C 24, S. 4, Y 1967, s.615; Ali Rıza Çınar, Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Adalet, Ankara, 2010, s.177; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Adalet, Ankara, 2018, s.760; Fatih Selami Mahmutoğlu, “Aleyhe Bozma Yasağı - Kesin Hükmün Engelleyici Etkisi - Lehe Yasa Kuralının Uygulanması - Somut Cezanın Saptanmasında Alt Sınırdan Uzaklaşılması”, GÜHFD, Köksal Bayraktar’a Armağan, ss.271-286, s. 275.

³ Nurullah Kunter, “Aleyhe Düzeltme Yasağı”, İUHFM, 18 (3-4), s.664-679, s.664 vd.

⁴ Ersan Şen/Beyza Başer, haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2362120-aleyhe-bozma-yasagi (ET: 27.6.2022)

⁵ YCGK, 17.04.2007, 2007/10-71, 2007/98

⁶ Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil, Ankara, 2006, s.403; Devrim Güngör, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Yetkin, Ankara, 2016, s.117.

ağırlaştırma yasağı⁷”, “aleyhe sonucu değiştirmeme⁸”, “aleyhe değiştirmeme mecburiyeti⁹” gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Kanun yolu başvurusunun sanık lehine yapıldığı durumlarda sanık lehine güvence sağlayan bu ilke, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun çeşitli maddelerinde düzenlenmek suretiyle normatif görünüm kazanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7 Nolu Ek Protokolü’nün 2. maddesinde verilen kararlara karşı kanun yoluna başvuru hakkı sağlanmıştır¹⁰. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 92/17 Sayılı Tavsiye Kararı ile denetim yoluna başvuru hakkını tavsiye etmiştir. Sanık, hakkında verilmiş olan hükümde var olduğunu düşündüğü hukuka aykırılıkların bir başka makam tarafından denetlenmesini, eğer varsa hukuka aykırılıkların giderilmesini talep etme hakkına sahiptir ve bu hakkını kullanırken herhangi bir çekince göstermemelidir. İşte bu sebeple sanığın kanun yoluna başvuru hakkını özgür bir şekilde kullanmasını sağlayan “reformatio in peius” yasağının CMK’da düzenlenmesi önemlidir¹¹.

Aleyhe değiştirme yasağı ile aleyhe bozma yasağı birbirini tamamlayan ve fakat birbirinden farklı iki ilkedir. Bozma yasağı denetim merciine yönelik iken değiştirme/ağırlaştırma yasağı denetim sonucu hükmü verecek mercie yöneliktir¹². Bu sebeple bozma yasağı sadece sanık lehine başvurularda hukuka aykırılık tespit edilmesine rağmen aleyhine kanun yoluna başvuru hükümün bozulmamasını, değiştirme yasağı ise sadece sanık lehine kanun yoluna başvurulduğunda hükmün bozulması sonucu verilecek olan yeni hükmün belirlenmesinde aleyhe değiştirmemeyi ifade eder. Bu sebeple aleyhe bozma yasağı reformatio in peius yasağı kapsamında olmakla birlikte CMK’da yer alan düzenlemeler kapsamında bulunmamaktadır. Bu husus il-

⁷ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 12. Bası, Beta, İstanbul, 2007, s.477; İlhan Akbulut, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Legal, İstanbul, 2018, s.39.

⁸ Yazar eserinde ilkedeki kazanılmış hak olarak da bahsetmektedir. Necati Meran, *Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.200.

⁹ Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s.82 vd.

¹⁰ Türkiye, Protokol’ü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamıştır. 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu, 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve Protokol, Türkiye bakımından 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokolün ikinci maddesi şu şekildedir:

1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.

Protokolün diğer hükümleri için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf

¹¹ Yargıtay ise aleyhe değiştirme yasağının ceza muhakemesinin mutlak ve vazgeçilmez değerleri arasında olan evrensel bir ilkesi olmadığı görüşündedir. YCGK, 20.6.2006, 124/165. Karar için bkz. Güngör, s.120.

¹² Ünver/Hakeri, s.762.

kenin uygulamasında dikkate alınmaktadır. Yargıtay ise aleyhe başvuru yoksa hükmü aleyhe bozmadığı¹³ gibi aleyhe bozma yasağını dikkate almadan hükmü bozmakta ve fakat aleyhe değiştirme yasağına işaret etmektedir¹⁴. Sonuç olarak aleyhe bozma yasağı bakımından Yargıtay'ın istikrarlı bir uygulaması bulunmamaktadır.

Reformaito in peius yasağı esasında ağırlaştırma/kötüleştirme yasağı anlamına gelmektedir. Bu sebeple ilkenin durumu kötüleştirme yasağı veya durumu kötüleştirmeme ilkesi olarak adlandırılması daha isabetli olacaktır. Ancak CMK'da yer alan düzenlemelere bakıldığı zaman ilke, ceza bakımından düzenlenmiştir. Bu sebeple düzenlemeyle birlikte kavramı uyumlu olarak kullanmak gerekir. Bu noktada ceza hem tür hem de miktar bakımından ağırlaştırılmayacağı için kavramın aleyhe değiştirme yasağı olarak kullanılmasını uygun buluyoruz. Zira verilen ceza hem tür bakımından hem de miktar bakımından aleyhe değiştirilemeyecektir.

5271 sayılı CMK'ya baktığımız zaman aleyhe değiştirme yasağının hem olağan hem de olağanüstü kanun yolları bakımından düzenlendiğini görmekteyiz. Bu kapsamda kanun yollarına ilişkin genel kuralların düzenlendiği kısımda m. 265'te Cumhuriyet Savcısı tarafından kanun yoluna sadece sanık lehine başvurulduğu hallerde aleyhe değiştirme yasağı getirilmiştir. Maddenin ikinci cümlesine göre "Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeni-

¹³ "Sanığın, umuma açık olduğu anlaşılan facebook hesapları üzerinden, silahlı terör örgütünün cebir, şiddet ve tehdit içeren yöntemlerini öven, meşru gösteren ya da teşvik eden içerikteki fotoğraf, yazı ve beyanatları farklı zamanlarda ve birden çok defa basın ve yayın yoluyla paylaştığının anlaşılması karşısında; cezasında TCK'nın 43/1-2. maddesi ve 3713 sayılı Kanununun 7/2-2. cümlesi gereğince artırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." Yargıtay 16. CD, E. 2017/2502, K. 2017/5687, T. 20.12.2017. (www.lexpera.com)

¹⁴ "Taksirle yaralama suçundan sanığın mahkumiyetine ilişkin hüküm, sanık müdafii tarafından temyiz edilmele, dosya incelenerek gereği düşünüldü: Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak; Olay tarihinde, gece saat 00:15 sıralarında, sanık idaresindeki kamyon ile yerleşim yeri dışında, bölünmüş, görüşün far ışıkları altında açık olduğu yolda seyir halinde iken orta refüjde bulunan boşluktan geçip karşı istikametten gelen araçların kullandığı bölünmüş yol platformuna girerek ters yönde seyrettiği sırada bu yönde seyreden katılan ... idaresindeki otomobil ile çarpışması neticesinde otomobil sürücüsü ve aracındaki 4 yolcu olmak üzere toplam 5 kişinin basit tıbbi müdahale ile ile giderilebilecek şekilde yaralandığı, kaza tespit tutanağı ve Adli Tıp İstanbul Trafik İhtisas Dairesi raporu ile sanığın tam kusurlu olarak kazaya sebebiyet verdiği olayda; bölünmüş yola ters yönden girerek kazaya sebebiyet veren sanığın eylemi bilinçli taksirle gerçekleştirdiği ve temel cezada TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca artırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı olup, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca, isteme aykırı olarak BOZULMASINA, aynı Kanununun 326/son maddesi uyarınca ceza miktarı yönünden sanığın kazanılmış hakkının saklı tutulmasına; 12.03.2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Yarg. 12. CD. 12.03.2020, 2019/6317, 2020/2747(legalbank)

den verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez.”. Düzenleme genel bir düzenleme olup istinaf veya temyiz kanun yoluna ilişkin değildir. Bu durum gözden kaçırılmamalıdır.

İstinaf kanun yoluna ilişkin olarak m. 283'te ve temyiz kanun yoluna ilişkin m. 307/5'te aleyhe değiştirme yasağı düzenlenmiştir. İstinaf başvurusunun sanık lehine yapıldığı hallerde ilişkin olarak 283. madde şu hükmü içermektedir: “İstinaf yoluna yalnız sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.¹⁵”. Temyiz sonrası davaya yeniden bakacak olan mahkemeye yönelik kuralların düzenlendiği 307. maddede de aleyhe değiştirme yasağı yerini bulmuştur. Düzenlemeye göre “Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kişilerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz”.

Benzer şekilde, olağanüstü kanun yollarından kanun yararına bozma bakımından m. 309/4-b'de ve yargılamanın yenilenmesine ilişkin olarak m. 323/2'te aleyhe değiştirme yasağı düzenlenerek sanık lehine olan bu güvence normatif bir durum kazanmıştır. Ancak olağan kanun yollarından olan itirazın düzenlendiği m. 267 ve devamında aleyhe değiştirme yasağı düzenlenmemiştir. Bu durum hem öğretide tartışma yaratmış hem de yargı uygulamalarında karışıklığa neden olmuştur.

b. Aleyhe Değiştirme Yasağının Kapsamı

Aleyhe değiştirme yasağına ilişkin düzenlemelere baktığımız zaman, yasağın sonuç cezanın ağırlaştırılmamasına yönelik olduğunu görmekteyiz. Nitekim m. 265'te “daha ağır bir cezayı içeremez”, m. 283'te “cezadan daha ağır olamaz”, m. 307/5'te “cezadan daha ağır olamaz”, m. 309/4-b'de “cezadan daha ağır olamaz” ve m. 323/2-b'de “daha ağır bir cezayı içeremez” demek suretiyle aleyhe değiştirme yasağının sınırı ceza ile sınırlı tutulmuştur.

Aleyhe değiştirme yasağı sonuç cezaya ilişkin olarak CMK'da düzenlendiğinden suçun vasfının değişebileceği kabul edilmektedir¹⁶. Ancak vasfı değişikliğinden sonra verilecek ceza ilk hükümde verilen cezadan tür ve miktar olarak daha ağır olamaz¹⁷.

¹⁵ 20/7/2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasına “yoluna” ibaresinden sonra gelmek üzere “yalnız” ibaresi eklenmiştir. Daha önce yalnız ifadesinin bulunmaması metnin yorumlanmasında tereddütlere yol açmaktaydı. Zira temyize ilişkin m. 307'de “sadece” ifadesi yer almasına rağmen istinafa ilişkin düzenlemede böyle bir ifade bulunmamaktaydı. Bu durum acaba sanık lehine istinafın olduğu hallerde aleyhe istinaf başvurusu da varsa aleyhe değiştirme yasağı yine de geçerli midir sorusunu akla getirmekteydi. Konuya ilişkin bkz. Çınar, 2010, s.177; Centel/Zafer, s.806.

¹⁶ Turhan, s. 403; Şahin/Göktürk, s.252, Yenisey, s.84; Güngör, s.117; Yurtcan, s.478; Karakehya, s.611; Ünver/Hakeri, s.761; Çınar, 2010, s.177; Centel/Zafer, s.807; Meran, s.197; Öztürk vd, s.688; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.721; Ersoy, s.236.

¹⁷ Şahin/Göktürk, s.252; Güngör, s.117; Ünsal, s.329; Karakehya, s.611; Öztürk vd, s.688. Aynı yönde karar için bkz. YCGK, 3.4.2012, 2011/353, 2012/129 <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2011-353-k-2012-129-t-03-04-2012/3094168/>

TCK'da cezalar hapis ve adli para cezası olarak düzenlendiğinden ceza dışında kalan güvenlik tedbirleri bakımından aleyhe değiştirme yasağı geçerli değildir¹⁸. Bu kabul, CMK'da ilkeye ilişkin yer alan düzenlemelerle uyumlu olsa da ilkeyle uyumlu değildir. Zira reformatio in peius durumunun sanık aleyhine kötüleşmesini engellemeye yönelik bir ilkedir. Bu sebeple sanığın kanun yoluna başvurmamasına neden olacak her türlü korkuyu önlemek gerekir. Dolayısıyla ilkenin sadece cezalar bakımından değil yaptırımlar bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek ve uygulamayı bu şekilde yapmak gerekir. Her ne kadar Yargıtay kapsamı cezalarla sınırlı tutsa da vermiş olduğu kararlarında tekerrür¹⁹ ve hapis cezasının ertelenmesi²⁰ hususunda aleyhe değiştirme yasağının geçerli olduğunu kabul etmektedir. Benzer şekilde hükümde yapılan hesap hataları da Yargıtay tarafından aleyhe değiştirme yasağı kapsamında ele alınmaktadır²¹.

Esasında ceza olmamasına rağmen bu tedbirler bakımından aleyhe değiştirme yasağının Yargıtay tarafından kabul görmesinin nedeni de lehe başvurunun aleyhe sonuç doğurmasının kabul edilememesinden kaynaklanmaktadır. Aksi durum, kanun yoluna başvuru hakkının kâğıt üzerinde kalmasını sonuçlar. Bu sebeple ilkenin uygulaması bakımından sanığın durumunu kötüleştirici her türlü husus dikkate alınmalıdır. Zira bozma sonrası güvenlik tedbirlerine başvurulabiliyor olması sanığın kanun yoluna başvuru hakkını kullanmasında tereddüde yol açar. Bu sebeple aleyhe değiştirme yasağını cezalar ve güvenlik tedbirlerini kapsar şekilde uygulamak gerekir.

Aleyhe değiştirme yasağı sadece sanık lehine yapılan başvurular bakımından geçerlidir. Kanun yoluna sanık, müdafii, sanığın kanuni temsilcisi veya cumhuriyet savcısı sadece sanık lehine başvurduğunda aleyhine kanun

¹⁸ Güngör, s.118; Ünver/Hakeri, s.761; Centel/Zafer, s.807. Güvenlik tedbirlerinin de aleyhe değiştirme yasağı kapsamında kalması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s.719.

¹⁹ "5237 sayılı Yasanın 58. maddesinde düzenlenmiş bulunan tekerrür, güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde yer almakta ise de, anılan düzenleme maddi ceza hukukuna ilişkindir. Hükümlülüğün yasal sonucu olmaması nedeniyle 5275 sayılı Yasanın 98 vd. maddeleri uyarınca infaz aşamasında bu konuda karar alınması mümkün değildir. Hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığı, tekerrür koşullarının bulunup bulunmadığı ve hükümlü hakkında kaçınıcı kez tekerrür hükümlerinin uygulandığı ve tekerrür nedeniyle hükümlünün ceza evinde kalacağı süreye eklenecek sürenin belirlenmesi için mahkûmiyet hükmünde açıkça hangi hüküm nedeniyle kişinin mükerrir sayıldığı ve hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığının belirtilmesi gerekmektedir.

Nitekim 5237 sayılı Yasanın 58. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında bu husus açıkça belirtilmiştir. Sanık A. Ç.... hakkında tekerrür koşulları oluşmuş ise de, mahkûmiyet hükmünde 5237 sayılı Yasanın 58. maddesinin 6 ve 7. fıkralarının uygulanmasına karar verilmemiş olması ve aleyhe yönelen temyiz bulunmaması karşısında CYUY'nın 326/son maddesinde belirtilen, lehe temyiz davası üzerine cezanın aleyhe değiştirilmemesi kuralı uyarınca Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir." YCGK, 17.4.2007, 2010/10 <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2007-10-71-k-2007-98-t-17-04-2007-sucta-tekerrur-ve-ozel-tehlikeli-suclular/357778/>

²⁰ YCGK 23.2.2010, 2009/6-230, 2010/32, Karar için bkz. Şahin/Göktürk, s.253.

²¹ YCGK, 15.12.2015, 2014/602, 2015/509. Karar metni için bkz. Güngör, s.118 vd, dn. 148. Yazar hesap hatalarının aleyhe değiştirme yasağı kapsamı dışında kalması gerektiğini belirtmektedir. Güngör, s.122.

yoluna başvurulmuş hüküm ağırlaştırılmayacaktır²². Bu sebeple sanık lehine başvuru yanında aleyhe başvuru da yapılmışsa veya sadece sanık aleyhine başvuru yapılmışsa aleyhe değiştirme yasağı geçerli değildir.

Otomatik temyiz olarak da adlandırılan re'sen temyiz incelemesinin söz konusu olduğu hallerde aleyhe başvuru yoksa aleyhe değiştirme yasağı uygulanmalıdır²³. Aynı husus Bölge Adliye Mahkemeleri'nin göreve başlaması ile uygulanan otomatik istinaf bakımından da geerlidir²⁴. Zira re'sen inceleme, verilen cezanın ağırlığı nedeniyle denetimden geçmeden kesinleşmesini önlemeye yöneliktir. Böylelikle, 15 yıl ve daha fazla bir cezaya mahkûmiyet halinde verilen hükmün denetimden geçirilerek olası hukuka aykırılıkların giderilmesi sağlanmaktadır. Doktrinde de belirtildiği üzere bu düzenleme sanığın menfaatine hizmet etmektedir²⁵. Bu sebeple keyfiyetin sanık aleyhine yorumlanmaması gerekir²⁶.

c. Aleyhe Değiştirme Yasağına İhtiyaç Var Mı?

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 Nolu Ek Protokolü 2. maddesinde kanun yoluna başvuru hakkı yer almaktadır. Protokolün 7 maddesinde de taraf devletlerin ilk altı maddeyi sözleşmenin uygulanmasında göz önünde bulundurma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun yoluna başvuru hakkı AİHS gereği i hukukumuzda sağlamamız gereken bir hukuki çaredir. Buradan hareketle, kanun yoluna başvuru hakkının kullanılmasını sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasının da sözleşmenin güvencesi kapsamında olduğunu söylenebilecektir.

Aleyhe değiştirme yasağı, Anayasa m. 36'da düzenlenen hak arama h riyeti ve m. 40'da düzenlenen temel hakların korunması ile de yakından ilişkilidir. Zira kendisi hakkında verilen bir karara karşı yargı yoluna başvurma, sadece yerel mahkeme önünde davacı olma hakkını kapsamaz, aynı zamanda kanun yoluna başvurmayı da kapsar²⁷. Bu sebeple aleyhe değiştirme yasağını Anayasa m. 36'dan ve m. 40'tan ayrı olarak düşünmek doğru değildir.

²² Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 301'de CMK m. 265'ten farklı olarak savcılığın başvurusu bakımından aleyhe değiştirme yasağı düzenlenmemiştir.

²³ Şahin/Göktürk, s. 251.

²⁴  nsal, s.329; Karakehya, s.620; Ersoy, s. 332-333.

²⁵ Ersoy, s.333.

²⁶ YCGK, 3.4.2012, 2011/2-253, 2012/129. "Ceza Genel Kurulunun 08.09.1992 gün ve 190-237, 29.09.1998 gün ve 196-277, 17.11.1998 gün ve 282-348, 09.07.2002 gün ve 158-289, 21.09.2004 gün ve 144-170 ile 07.10.2008 gün ve 198-211 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere, temyiz davasının yalnızca sanık veya varsa müdafii ya da sanığın yararına olarak Cumhuriyet savcısı ya da 1412 sayılı Yasanın 291. maddesinde belirtilen kişiler tarafından açılması veya hükmün kendiliğinden temyize tâbi olması halinde, Yargıtay'ca suç niteliğinde yanılığya d ş ld ği saptandığında aleyhe temyiz bulunmasa bile, cezanın tür ve miktarı yönünden kazanılmış hak saklı kalmak koşuluyla hükmün bozulmasına karar verilecektir." YCGK, 3.4.2012, 2011/353, 2012/129 <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2011-353-k-2012-129-t-03-04-2012/3094168/>; Aynı yönde bkz. YCGK, 03.04.2012, 2011/12-378, 2012/137; <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2011-12-378-k-2012-137-t-03-04-2012-tedbirdsizlik-ve-dikkatsizlik-sonucu-yaralamaya-sebebiyet/1410041/>

²⁷ Ali Rıza ınar, Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.20; Benzer şekilde bkz. Kaymaz, 2013, s. 1405.

Aleyhe değiştirme yasağının gerekliliği bakımından doktrinde gerekçeler farklı olsa da olumlu görüşler bulunmaktadır. Bu kapsamda bir görüşe göre; aleyhe değiştirme yasağının mantığı, talepte bulunan kişinin daha ağır bir ceza verilmesi endişesi taşımamasını saęlamaktır²⁸. Bir başka görüşe göre; ilke, sanık hakkında verilen hükmeye karşı tereddüt etmeden kanun yoluna başvurabilmesi için kabul edilmiřtir²⁹. Benzer şekilde sanık, aleyhine karar çıkmasından korkarak kanun yoluna başvurmayabilir. İlke, sanığın kanun yoluna başvurmaktan korkmamasını saęlamaktadır³⁰. İlkenin amacının kanun yoluna başvuracak kişinin, başvurusunun aleyhe sonuçlanacağı endişesi ile kanun yoluna başvurmamasının ortaya çıkaracağı mahsuru bertaraf etmek olduğu da yine doktrinde kabul edilmektedir³¹. Kanun yoluna başvuran sanığın cezasının artması ihtimali, başvuru yapma konusunda sanığın çekinmesine sebebiyet verebilir. İlke sayesinde daha fazla ceza alma korkusu yaşayan sanığın, haksız bir mahkûmiyet hükmünü kabul etmesi önlenmiş olmaktadır³². Böylelikle ilke, sanığın hak arama özgürlüğünü koruma altına almış olmaktadır³³. Sanık kanun yoluna başvurduğu durumda herhangi bir risk altında olmamalı, hüküm aleyhine deęiřtirilmemelidir³⁴.

Yargıtay da aleyhe değiştirme yasağının sanık bakımından bir güvence olduğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre; aleyhe değiştirme yasağı, sanık kanun yoluna başvurmamış olsaydı hangi durumda olacaktıysa bu durumun korunmasını saęlamaktadır³⁵.

Ancak doktrinde aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; mahkemenin hükmünü verirken serbestçe hareket edebilmesi sınırlandırılmamalıdır. Hukuki ve maddi yönden kararın incelenmesini talep eden kişinin aleyhe sonuca katlanması gerekir. Böylelikle gelişigüzel istinaf başvuruları da engellenmiş olacaktır³⁶.

²⁸ Serap Keskin, "Ceza Muhakemesinde Reformatio in Peius Kuralı", Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan, İzmir, 2001, ss.408-420, s.416; İlhan Akbulut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Legal, İstanbul, 2018; s.39; Meran, s.197. Yazar ayrıca ilke sayesinde sanığın daha özgür bir şekilde kanun yoluna başvuru hakkını kullanabileceğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. YCGK, 3.4.2012, 2011/353, 2012/129 <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2011-353-k-2012-129-t-03-04-2012/3094168/>

²⁹ Centel/Zafer., s.806; Yurtcan, s.477; Mahmutoğlu, s.275; Ersoy, s.194.

³⁰ Kühne, Hans Heiner, Starfprozessrecht, 8.Auflage, Heidelberg, 2010, s.617; Turhan, s. 403; şahin/Göktürk, s.250; Karakehya, s.611; Ünver/Hakeri, s.760; Öztürk vd, s.687; Kaymaz, 2013, s.1405. Yurtcan aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesini kanun koyucunun maddi gerçeğe ulaşma amacından ödün vererek sanık yararını üstün tuttuğundan bahisle eleştirmektedir. Yurtcan, s.477. Kanun yoluna başvurmaktan çekinen ve haksız bir hükümle mahkum edilen sanık bakımından ilkenin kabul edilmemesi de aynı şekilde maddi gerçeğe ulaşma amacından ödün vermek olacağından yazarın değerlendirmesine katılmamaktayız.

³¹ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s.661.

³² Erem, s.615; Kaymaz, 2017, s.238; Ünsal, s.328.

³³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.717; Benzer yönde bkz. Soyer-Güleç, s.705.

³⁴ Friedrich-Christian Schroeder/Torsten Verrel, Ceza Muhakemesi Hukuku, Çev. Salih Oktar, Yetkin, Ankara, 2019, s.227; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.717.

³⁵ "İlk hüküm sanık tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse, lehe temyiz bu durumu değiştirmemesi gerekir".YCGK, 07.10.2008,2008/1-198, 2008/211.

³⁶ Erem, s.616; İstinaf bakımından aynı yönde görüş için bkz. Yenisey, s.86-87.

B. İTİRAZ KANUN YOLU

a. Genel Olarak

İtiraz kanun yolu hâkim veya kanunda açıkça gösterildiği hallerde mahkeme kararlarına karşı başvurulmuş bir hukuki çaredir. Bu sebeple hâkim kararları bakımından kanunda açıkça yazmasa bile her zaman itiraz etmek mümkün iken mahkeme kararları bakımından itiraza tabi olduğunun açıkça kanunda düzenlenmesi gerekir. Önemle belirtelim ki basit yargılama usulünün uygulandığı hallerde verilen hükme karşı da itiraz edilebilir. İtiraz kanun yolunda kararı veren mercii, itirazı öncelikli olarak kendisi inceler ve itiraz konusunu haklı görmezse gerekli kararı vermesi için dosyayı itiraz merciiine gönderir. İtiraz mercii kararını kural olarak dosya üzerinden verir ve verdiği kararlar ilk defa mercii tarafından verilen tutuklama kararı dışında kesindir. Bu sebeple itiraz mercii tarafından verilen kararlara karşı olağan kanun yollarına başvurmak mümkün değildir.

İtiraz mercii itirazı haksız bulursa reddeder. Eğer itirazı haklı bulursa itiraz konusu hakkında kendisi karar verir. İtiraz mercii incelemesini hem maddi olay bakımından hem de hukuki yönden yapar³⁷. Kural olarak duruşma yapmaksızın karar veren itiraz mercii gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafii veya vekili dinleyebilir. Ayrıca mercii inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir.

b. İtiraz Kanun Yolu Bakımından Aleyhe Değişirme Yasağı Uygulanabilir mi?

İtiraz kanun yolu olağan kanun yolları arasında olmasına rağmen aleyhe değiştirme yasağı kuralının geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Zira CMK'da istinaf kanun yoluna ilişkin olarak m. 283'te, temyiz kanun yoluna ilişkin m. 307/4'te, kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolu için de m.309/4'te aleyhe değiştirme yasağına ilişkin hükümler düzenlenmesine rağmen itiraz kanun yoluna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanun yollarına ilişkin genel kuralların düzenlendiği kısımda cumhuriyet savcısı bakımından getirilen m. 265 hükmü konuyu tartışmalı hale getirmektedir. Düzenleme Cumhuriyet savcısı tarafından kanun yoluna başvurunun sanık lehine yapılması halinde aleyhe değiştirme yasağının geçerli olduğunu hüküm altına almıştır. Kanun yollarına ilişkin genel bir düzenleme olan m. 265'in tüm kanun yolları bakımından geçerli olup olmadığına ortaya konması gerekir. Yargı kararlarında ise yeknesak bir uygulama olmadığı görülmektedir. Özellikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararlarına karşı sanık tarafından yapılan başvurularda sanığın aleyhine kararlar verilebilmektedir.

³⁷ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s.668; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.732.

Doktrinde bir görüş, itiraz kanun yolu bakımından ve dolayısıyla da itiraza tabi olan HAGB kararları bakımından aleyhe değiştirme yasağının uygulanmayacağını kabul etmektedir³⁸. Benzer şekilde *Şahin/Göktürk* de aleyhe değiştirme yasağının istisnai bir düzenleme olduğunu ve bu sebeple de ancak kanunda düzenlenen hallerde uygulanabileceğini belirtmektedirler. Yazarlara göre istinaf ve temyizde açıkça düzenlenen aleyhe değiştirme yasağı, itiraz kanun yolunda düzenlenmediğinden uygulama alanı bulmayacaktır³⁹. *Sarıgül* ise hem aleyhe değiştirme yasağının itiraz kanun yolu bakımından açıkça düzenlenmemiş olması hem de yasağın sadece sonuç cezaya yönelik olması nedeniyle itiraz kanun yolu bakımından ilkenin uygulanamayacağını ileri sürmektedir⁴⁰. *Erem* ise aleyhe değiştirme yasağının istisnai bir hüküm olduğunu ve bu sebeple dar yorumlanması gerektiğini, sadece düzenlenen kanun yolları için geçerli olduğunu kabul etmiştir⁴¹. *Ünver/Hakeri* de benzer şekilde itiraz kanun yolu bakımından ilkenin geçerli olmadığını kabul etmektedirler. Yazarlara göre “aleyhe ağırlaştırma/bozma yasağı” kanun yollarında geçerli bir ilke olmakla birlikte hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu değildir. Bu sebeple sadece kanunda açıkça düzenlendiği istinaf, temyiz ve yargılamanın yenilenmesi yollarında geçerlidir⁴².

Yargıtay 2021 yılında vermiş olduğu bir kararında itiraz kanun yolu bakımından aleyhe değiştirme yasağının geçerli olmadığına hükmetmiştir:

“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 merciin yetkisini aşmış olmadığı hususunda; Ceza mahkemeleri tarafından verilen “hükmün açıklanmasının geri

³⁸ Centel/Zafer, s.805, dn.43. Yazarların itirazı kanun yolları arasında kabul etmemesi ve itirazın sui generis bir yapıda kabul etmeleri bu düşüncelerinin gerekçesini oluşturmaktadır. Cenlte/Zafer, s.809, dn.1. Her ne kadar doğrudan uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir değerlendirme yapmamış olsa da Ünsal, aleyhe değiştirme yasağının geçerli olduğu kanun yolları arasında “itiraz” kanun yolunu saymayarak dolaylı da olsa itiraz kanun yolu açısından ilkenin geçerli olmadığını kabul etmektedir. Ünsal, s.328. Aynı yönde bkz. Yurtcan, s.478; Karakehya, s.611; Öztürk vd, s.687; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.714-715; Soyer-Güleç, s.705; Akif Yıldırım, “Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, ss. 435-480, s.442; Veli Özer Özbek/İlker Tepe, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio In Peius) Yasağına İlişkin - Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla - Genel Bir Değerlendirme”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3759-3797 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, s.3759; Ormanoğlu, s.88; Ersoy, s.390.

³⁹ Şahin/Göktürk, s.251 dn. 417; Sarıgül, s.81; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s.662; Erem, s.617; Ormanoğlu, s.88.

⁴⁰ Sarıgül, s.81.

⁴¹ Erem, s.617.

⁴² Ünver/Hakeri, s.760. Yazarlar, bu değerlendirmede ilkenin AİHS 7 Nolu Ek Protokol m. 7 gereği adil yargılanma hakkının uzantısı olduğunu gözden kaçırmaktadırlar. Ayrıca kanun yararına bozma (CMK m.309/5) bakımından getirilen düzenleme de dikkatten kaçmıştır.

bırakılmasına" ilişkin kararın, 5271 sayılı CMK'nın 223/1. maddesinde öngörülen davayı esastan 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 çözümleyen 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'nin 15.01.2013 tarih 2012/10-534 Esas, 2013/15 Karar sayılı kararı gereği tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir"⁴³.

Yüksek mahkeme 2018 tarihli bir başka kararında ise CMUK m. 326/son ile CMK m. 307/5 düzenlemesinin yalnız temyize ilişkin olduğunu fakat maddi ceza hukukundan ayrı olarak ceza muhakemesinde kıyas ve genişletici yorum yapılabileceği, bu sebeple de itiraz kanun yolu bakımından da aleyhe değiştirme yasağının geçerli olduğuna hükmetmiştir⁴⁴.

İtiraz mercii yapmış olduğu denetimi sadece şekil bakımından yapmaktadır. Mercii önüne gelen başvuruyu hem maddi açıdan hem de hukuki yönden inceleme yetkisine sahiptir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 2013 yılında vermiş olduğu bir kararında, itiraz mercisinin hem maddi olay hem de hukuki yönünden inceleme yapacağına hükmederek HAGB kararla-

⁴³ Yarg. 1 CD, 6.9.2021, 2021/5595, 2021/11719, www.legalbank.net

⁴⁴ "5271 sayılı CMK 'nın 231/12. maddesine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının, 5271 sayılı CMK'nın 267 ile 271. maddeleri arasında düzenlenen ve olağan kanun yollarından olan itiraz kanun yoluna tabi olduğu, Ceza Muhakemesi Kanununda itiraza ilişkin düzenlemeler arasında ceza miktarı yönünden karar verme yasağına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmediği, aleyhe bozma yasağına ilişkin olarak düzenlemenin, olağan kanun yollarından olan temyize ilişkin hükümlerin yer aldığı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 326. maddesinin 4. fıkrasında ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 307/4. maddesinde belirtildiği, bununla birlikte ceza hukukunda kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak yasaklanan ve kanunda açıkça suç olarak gösterilmemiş olan bir fiilin, kanunda yer alan ve söz konusu fiile en çok benzeyen suçla ilişkin hükümler uygulanmak suretiyle cezalandırılması şeklinde tezahür edebilecek kıyas metodunun ceza hukukunun aksine ceza muhakemesi hukukunda kural olarak serbest olduğu ve ceza muhakemesi hukukunda genişletici yorum yapılabileceği gözetildiğinde aleyhe bozma yasağının düzenlediği 5320 sayılı Kanunun 8. Maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 326/son maddesinin, itiraz kanun yolunda uygulanması mümkün olduğundan, 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, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 24.12.2018 tarihinde üyeler ... ile ...'ın karşı oyları ve oy çokluğuyla karar verildi". Yarg. 14 CD, 24.12.2018, 2017/7422, 2018/7718, www.legalbank.net Aynı yönde başka bir karar için bkz. Y 3 CD, 21.6.2011, 2011/6962, 2011/8790. Karar için bkz. Kaymaz, 2013, s. 1418.

rında sadece suça ve sanığa ilişkin objektif şartlar bakımından n inceleme yapılabileceği yönündeki 03.02.2009 tarih ve 13-12 sayılı kararından dönmüştür⁴⁵. Bu kararlar ve uygulama dikkate alındığında itiraz merciinin CMK m. 270 ve m. 271 hükümleri gereği istinaf incelemesi gibi bir inceleme yaptığını söylemek mümkündür.

Doktrinde *Kaymaz*, CMK m. 265'in tüm kanun yolları bakımından geçerli olması ve aleyhe değiştirme yasağı kuralının kabul ediliş amacı dikkate alındığında itiraz kanun yolunda da aleyhe değiştirme yasağının geçerli olduğunu kabul etmektedir⁴⁶. HAGB kararlarına ilişkin olarak, yazar, itiraz merciinin hem maddi olay yönünden hem de hukuki yönden inceleme yapması ve gerektiğinde suç vasfına ilişkin belirleme yapabilmesi nedeniyle istinaf yetkisi kullandığını, bu sebeple de genel kural olan CMK m. 265'in uygulanamaması halinde CMK m. 283'ün kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁷. Benzer şekilde Özen⁴⁸ ve Özdemir⁴⁹ de CMK m. 265'in genel olarak düzenlendiğini ve bu sebeple itiraz kanun yolu bakımından geçerli olduğunu belirtmektedir.

Klasik ceza muhakemesinin alternatif uygulamalarından olan ve 17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun ile getirilen "Basit Yargılama" usulünde verilen hükme karşı itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Ancak itiraz bakımından aleyhe değiştirme yasağı ise ters çevrilmiştir. Yani CMK m. 252/3'te yer alan düzenleme ile aleyhe başvuru aleyhe sonuç doğurmayacaktır. CMK m. 251/3'te "Beyan ve savunma için verilen süre dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın, Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesi dikkate alınmak suretiyle, 223 üncü maddede belirtilen kararlardan birine hükmedilebilir. Mahkûmiyet kararı verildiği takdirde sonuç ceza dörtte bir oranında indirilir." hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme basit yargılama usulüne itiraz edildiği takdirde sanığa bir güvence vermektedir. Nitekim CMK m. 252/3'te "Mahkeme, ikinci fıkra uyarınca hüküm verirken, 251 inci madde kapsamında basit yargılama usulüne göre verdiği hükümle bağlı değildir. Ancak, itirazın sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı hâllerde 251 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yapılan indirim korunur." denilerek aleyhe başvuru halinde sanık lehine yapılan indirim koruma altına alınmıştır. Bu durum sanık tarafından lehe başvurulduğu takdirde ise geçersiz olacaktır. Keyfiyet kanun yoluna erişim hakkını kısıtlamakta ise de hükme karşı genel kanun yollarının açık olduğu m. 252/5'te düzenlenmiştir. Bu düzenleme kanun koyucu bakımından itirazın teknik anlamda bir kanun yolu olmadığı yönünde irade ortaya koyduğunu göstermektedir. Ancak böyle bir iradenin varlığı halinde itiraza ilişkin düzenlemelerin bu iradeye uygun olarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

⁴⁵ YCGK, 15.01.2013, 2012/10-534, 2013/15. www.legalbank.net

⁴⁶ Kaymaz, 2013, s.1416-1417.

⁴⁷ Kaymaz, 2013, s.1420.

⁴⁸ Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Adalet, Ankara, 2011, s.135.

⁴⁹ Özdemir, s.165-167.

Anayasa Mahkemesi 20.7.2022 tarih ve E. 2021/121, K. 2022/88 sayılı kararı ile HAGB kararlarına karşı itiraz edilebileceğini düzenleyen CMK m. 231/12'yi iptal etmiştir⁵⁰. Mahkeme iptal kararını verirken HAGB bakımından getirilen itiraz kanun yolunun etkili bir denetim sağlamadığı, mahkemenin ihlal kararı verdiği birçok dosyada tarafların itiraz mercii önünde ileri sürdüğü iddiaların dikkate alınmadığı gerekçelerine dayanmıştır. İptal kararının yerindeliği açısından kararın tartışılması başka bir çalışmanın konusu olacaktır. Zira kanunun mahkemeler tarafından uygulanmaması, ilgili düzenlemenin hukuka aykırılığı sonucunu doğurmaz. Böyle bir mantık, hatalı uygulanan her norm bakımından kurulabilir. Bu sebeple AYM'nin gerekçeleri isabetli olmakla birlikte kanunun, mahkemelerce uygulanmadığı gerekçesiyle anayasaya aykırı bulunması bizzat anayasaya aykırılık oluşturacaktır⁵¹. CMK m. 270-271 gereği maddi ve hukuki yönden itiraz konusunu inceleme yetkisi olan ve itiraz konusu hakkında karar verme yetkisi olan itiraz mercii bakımından aleyhe değiştirme yasağı kabul edilmez ise itiraza tabi kararlar bakımından sanığın kanun yoluna başvurusu engellenmiş olacaktır.

⁵⁰ "28. Türk yargısında oldukça geniş bir uygulama alanı bulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yoluna başvurma imkânının yer alması mevcut uygulama şekli itibarıyla tek başına yeterli olmayıp bu yolun aynı zamanda uygulamada da başarı şansı sunması gerekmektedir. Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu, müdahalenin dayanağı kuralın yargılama hukukunun usule ilişkin güvencelerini sağlayamaması anlamına geleceğinden temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açacaktır (Atilla Yazar ve diğerleri, § 154).//29. Bu çerçevede daha önce ihlal sonucuna ulaştığı birçok bireysel başvuru dosyasında (bkz. §§ 18-21) Anayasa Mahkemesi; itiraz makamlarının başvuru-uların iddialarını ve delillerini dikkate almadığına, çatışan menfaatleri dengelemeye yönelik bir çaba içinde olmadığına, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve müdahalenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmediğine yönelik kararlar vermiştir. Mevcut sistemde itiraz mercilerinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına itiraz üzerine verdikleri kararların dosya üzerinden yeknesak bir şekilde ve çoğu kez sadece şekli koşullar yönünden, ilk derece mahkemelerince verilen kararlarda hukuka aykırılık bulunmadığını ve bu sebeple de itirazın reddedildiğini bildiren bir cümleden ibaret gerekçelerden oluştuğu görülmüştür (Atilla Yazar ve diğerleri, § 155).//30. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen kural; bu kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmemektedir. Bu durum temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin giderilmesinde ve kamu gücünü kullananların keyfi davranışlarının önüne geçilmesinde bireye tanınmış olan yetkili makama başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir. Nitekim kuralın anılan hususları karşılayacak şekilde uygulanmadığı da görülmektedir. Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu etkili başvuru hakkıyla bağdaşmamaktadır." AYM, 20.7.2022 tarih ve E.2021/121, K.2022/88 sayılı kararı. Karar için bkz. (ET:10.10.2022) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/88>

⁵¹ Tartışmalar ve farklı bir gerekçe için bkz. Kemal Gözler, Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararının Kendi İçinde Değerlendirilmesi (ET:10.10.2022) <https://www.anayasa.gen.tr/hagb-2.htm>

SONUÇ

Aleyhe değiştirme yasağı, sanık lehine kanun yoluna başvuru sırasında sanığın aleyhe olarak hükümün değişmesinden korkmasını önlemeye yönelik kabul edilmiş bir güvencedir. Sanığa verilen bu güvence kanun yoluna başvuru hakkının bir sonucudur. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7 Nolu Ek Protokolü'nn 2. maddesinde düzenlenmiştir. Protokol AİHS'nin bir parçasıdır ve bu sebeple kanun yoluna başvuru hakkı da AİHS'nin kapsamındadır. Kanun yoluna başvuru hakkı AİHS madde 6'da düzenlenen adil yargılama hakkının bir parçasıdır. Bu sebeple etkili bir kanun yoluna başvuru hakkı tanınmaması adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelir.

Anayasa m. 36'da hak arama hürriyeti ve m. 40'da temel hakların korunması ile birlikte değerlendirdiğimiz takdirde, aleyhe değiştirme yasağı ceza muhakemesi açısından önemli bir ilkedir ve bu ilkeden sanığın yararlandırılması gerekir.

Bu kapsamda doktrinde çoğunlukla itiraz kanun yolu bakımından aleyhe değiştirme yasağının geçerli olmadığı ileri sürülmüş olsa da biz itiraz kanun yolunda da aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere bu ilke hem savunma hakkının bir parçası hem de adil yargılanma hakkının bir sonucudur. Kâğıt üzerinde şeklen tanınmış bir kanun yolu hakkı yerine etkili bir kanun yolu hakkının tanınması için itiraz kanun yolunda ilkenin geçerliliğini kabul etmek gerekir.

CMK m. 265/1'in 2. cümlesi kanun yollarına ilişkin genel bir düzenlemedir. Bu sebeple itiraz da bir kanun yolu olduğuna göre m. 265 de itiraz kanun yolu bakımından uygulama alanı bulacaktır. CMK m. 270-271 gereği maddi ve hukuki yönden itiraz konusunu inceleme yetkisi olan ve itiraz konusu hakkında karar verme yetkisi olan itiraz mercii bakımından aleyhe değiştirme yasağı kabul edilmez ise itiraza tabi kararlar -özellikle de HAGB- bakımından sanığın kanun yoluna başvurusu engellenmiş olacaktır. 265. madde Cumhuriyet savcısı bakımından düzenlenmiş olmasına rağmen bu ilkenin sanık bakımından evleviyetle geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Bu sebeple aleyhe değiştirme yasağı itiraz kanun yolu bakımından da geçerlidir. HAGB kararlarına karşı itiraz kanun yolunu düzenleyen CMK m. 231/12 hükümünün AYM tarafından iptal edilmesi üzerine her ne kadar iptal kararının yürürlüğü 9 ay ertelenmiş olsa da HAGB kararlarının denetimi bakımından bir sorun yaratmaktadır. AYM kararını verirken, itiraz merciinin yapmış olduğu incelemenin sanıklar açısından gerekli güvenceyi oluşturmaması sorununu ön plana çıkarmıştır. Buradan hareketle itiraz merciinin CMK m. 271 bağlamında vereceği kararlar bakımından sanık açısından bir güvence verilmesi gerektiğini belirtebiliriz.

KAYNAKÇA

- Ahmet Gökçen/Murat Balcı/ M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Bs, Adalet, Ankara, 2021.
- Akif Yıldırım, “**Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi**” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, s. 435-480.
- Ali Rıza Çınar, **Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Ali Rıza Çınar, **Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf**, Adalet, Ankara, 2010.
- Ali Tanju Sarıgül, “**Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu**”, TBB Dergisi 2016 (125), s. 59-84.
- Bahri Öztürk vd, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15.Bs, Seçkin, Ankara, 2021
- Cengiz Ünsal, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, 2. Bs, Seçkin, Ankara, 2016.
- Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt 2, 12 Bs, Seçkin, Ankara, 2022.
- Devrim Güngör, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Yetkin, Ankara, 2016.
- Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 12.Bs, Beta, İstanbul, 2007.
- Ersan Şen/Beyza Başer, haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2362120-aleyhe-bozma-yasagi (ET: 27.6.2022).
- Faruk Erem, “**Aleyhe Bozma Yasağı**”, Ankara Barosu Dergisi, C 24, S. 4, Y 1967, s. 615-619.
- Faruk Turhan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil, Ankara, 2006.
- Fatih Selami Mahmutoğlu, “**Aleyhe Bozma Yasağı - Kesin Hükmün Engelleme Etkisi - Lehe Yasa Kuralının Uygulanması - Somut Cezanın Saptanmasında Alt Sınırdan Uzaklaşılması**”, GÜHFD, Köksal Bayraktar’a Armağan, s.271-286.
- Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- Friedrich-Christian Schroeder/Torsten Verrel, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Çev. Salih Oktar, Yetkin, Ankara, 2019.
- Hakan Karakehya, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş, Ankara, 2015.
- Hans Heiner Kühne, **Starprozessrecht**, 8.Auflage, Heidelberg, 2010.
- Hatice Derya Ormanoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiş-tirme Yasağı**, Oniki Levha, İstanbul, 2016.
- İlhan Akbulut, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Legal, İstanbul, 2018.

- Kemal Gözler, **Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararının Kendi İçinde Değerlendirilmesi** (ET:10.10.2022) <https://www.anayasa.gen.tr/hagb-2.htm>.
- Mustafa Özen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu**, Adalet, Ankara, 2011.
- Necati Meran, **Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz**, Adalet, Ankara, 2016.
- Nur Centel/Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13.Bs, Beta, İstanbul, 2016.
- Nurullah Kunter, “**Aleyhe Düzeltme Yasağı**”, İUHFM, 18 (3-4), s. 664-679.
- Serap Keskin, “**Ceza Muhakemesinde Reformatio in Peius Kuralı**”, Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE’ye Armağan, İzmir 2001, s. 408-420.
- Sesim Soyer Güleç, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (Reformatio in Peius)**” D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 701-750.
- Seydi Kaymaz, “**Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değişirme Yasağı**”, MÜHFHAD, 19 (2), Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, s. 1397-1451.
- Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin, Ankara, 2017.
- Süleyman Emre Özdemir, **Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu**, 1. Baskı, Ankara 2018.
- Uğur Ersoy, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (reformatio in peius) Yasağı**, Adalet, Ankara, 2018.
- Veli Özer Özbek/İlker Tepe, “**Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (Reformatio In Peius) Yasağına İlişkin - Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla - Genel Bir Değerlendirme**”, DEUHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan s. 3759-3797.
- Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14.Bs, Seçkin, Ankara, 2021.
- Yener Ünver/Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14.Bs, Adalet, Ankara, 2018.

VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNA İLİŞKİN GÜNCEL DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Tuğçe KARAÇOBAN GÜNEŞ**

GİRİŞ

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun¹ Kaçakçılık Suçları ve Cezaları kenar başlıklı 359. maddesinde, 15.04.2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun² ile esaslı değişiklikler yapılmıştır. İnsan Hakları Eylem Planı'nın³ Adli süreçlerde Hukuki Öngörülebilirlik ve Şeffaflığın Güçlendirilmesi başlıklı 3.2 hedefinde de bahsi geçtiği ve temelde üç başlık altında toplandığı görülen, önemli ve son derece güncel olan değişikliklerin ortaya konulması ve değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Bunun için öncelikle, 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesinde hükme bağlanarak 359. maddeye son fıkradan önce gelmek üzere eklenen ve kanun koyucunun "etkin pişmanlık" olarak adlandırmak suretiyle yürürlüğe koyduğu müessesenin uygulanma koşulları, usulü, hukuki niteliği ve sonuçları tespit edilerek, müessesenin en benzerlerinden ayırt edilmesi sağlanacaktır. Daha sonra vergi kaçakçılığı suçunda zincirleme suç uygulamasına ilişkin olan ve 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesinin son fıkrasıyla 359. maddeye eklenen değişiklik irdelenecek ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar tespit edilecektir. Son olarak, 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrası ile 359. maddede hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen kaçakçılık fiillerinin cezalandırma üst sınırlarının artırılması değerlendirilecektir.

Konunun sınırlandırılması bakımından belirtmek istediğimiz husus, bu değerlendirmeler yapılırken vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin güncel değişikliklerde 7394 sayılı Kanun'un esas alınacağıdır. Böylelikle, bu suçun soruşturma ve kovuşturma usulüne etki eden bir diğer güncel değişiklik niteliğinde olan ve -Anayasa Mahkemesi'nin 04.11.2021 tarih, 2019/4 Esas, 2021/78

* Doktor Öğretim Üyesi; İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı; t.karacoban@iku.edu.tr.

¹ 213 sayılı Kanun kabul t. 04.01.1961, RG t.10.01.1961, S.10703.

² 7394 sayılı Kanun kabul t. 08.04.2022, RG t.15.04.2022, S.31810.

³ "İnsan Hakları Eylem Planı". Adalet Bakanlığı, Erişim Tarihi:01.07.2022.https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr

sayılı kararıyla⁴- Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmedilerek iptal edilen Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesinin 5. fıkrası bu çalışmanın konusu dışında bırakılmıştır.

I. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN SORUŞTURMA, KOVUŞTURMA VE İNFAZ AŞAMALARINDA ETKİN PİŞMANLIK

A. UYGULANMA KOŞULLARI VE USULÜ

7394 sayılı Kanunla vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak yapılan ilk değişiklik, "etkin pişmanlık hükümlerinin vergi suçları için de uygulanabilmesi sağlanacaktır" ifadesiyle İnsan Hakları Eylem Planı'nın Adli Süreçlerde Hukuki Öngörülebilirlik ve Şeffaflığın Güçlendirilmesi başlıklı 3.2/i hedefine konu olan, 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesinde (2-4. fıkralarında) hükme bağlanarak 359. maddeye -son fıkradan önce gelmek üzere- eklenen ve kanun koyucunun "etkin pişmanlık" olarak adlandırmak suretiyle yürürlüğe koyduğu müessesedir.

Vergi Usul Kanunu madde 371'deki "pişmanlık ve islahatın" farklı şekilde düzenlenen bu müessesenin uygulanma koşullarından,

- İlki 359. maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığıнын tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının ödenmesi,
- İkincisi ise, vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesidir. Bu şartın Anayasa'ya uygunluğu tartışılmaktadır. Zira Anayasa'nın 36., 40. ve 125. maddeleri gereğince vergi idaresinin tesis ettiği idari işlemler, tüm unsurları itibarıyla, yargı denetimine tabidir. Hukuk devletinde yasal vergi idaresinin 359. maddedeki fiiller gerekçe gösterilerek tesis ettiği tarh ve ceza kesme işleminin, sadece sebep unsuru bakımından değil, konu, amaç, yetki ve şekil unsurları bakımından da hukuka uygun olması zorunludur. Her ne kadar mükelleflerin kanun yoluna gitmesini zorlaştıracak doğrudan bir düzenleme yoksa da, dava açmama ya da feragat şartı, uzun süren yargılamaların etkisiyle kanun yollarına başvurulmaması ve ödenmek zorunda kalınabilecek meblağlardan daha azına razı olmanın tercih edilmesi suretiyle davadan vazgeçmeyi teşvik etmeye matuf niteliktedir. Bu durum da mükellefin rızasını dolaylı da olsa zorlayarak, hukuka aykırı olma olasılığı bulunan bir vergi ve buna bağlı cezanın hukuk aleminde var olmasına neden olmakta, bu da yasal idare ilkesi ve kamu yararıyla bağdaşmamakta, hukuk devleti ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmektedir⁵.

⁴ RG t.09.03.2022, S.31773.

⁵ Turgut Candan, "Kaçakçılık Suçunda Ceza İndirimi/Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Etkin Pişmanlık", 29.03.2022, Erişim Tarihi:01.04.2022, <https://turgutcandan.com/2022/03/29/>

Bahsi geçen bu iki şartın gerçekleşmesi sonucunda; soruşturma ve infaz aşamasında olanlar ile tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezası bulunmayanlar bakımından hürriyeti bağlayıcı ceza yarı oranında, kovuşturma aşamasında olanlar bakımından hürriyeti bağlayıcı ceza üçte bir oranında indirilecektir. Bu noktada, şüpheliye uygulanan indirim oranı ile mahkumiyeti kesinleşip cezası infaz aşamasında olan faile uygulanan indirim oranının aynı olması ve hatta mahkumiyeti kesinleşip cezası infaz aşamasında olan faile uygulanan indirim oranının, kovuşturma aşamasında olup da mahkumiyeti olmayan ve kesinleşmeyen failden fazla olması, eşitlik ve ölçülülük ilkelerine uygunluk bakımından tartışmalı hale gelmektedir⁶.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Kanun koyucu bahsi geçen madde içerisinde yalnızca “indirim” kavramını kullansa da madde gerekçesinde⁷ yer alan “maddede yapılan düzenlemelerle, bu maddede yer alan suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma aşamasında da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesine imkân sağlanmaktadır” ifadesi ve yine aynı Kanun’un 6. maddesiyle Vergi Usul Kanunu’na eklenen geçici 34. maddede⁸ yer alan “bu maddeyi ihdas eden Kanun-

kacakçılık-sucunda-ceza-indirimi-sorusturma-ve-kovusturma-evrelerinde-etkin-pismanlik/; Bumin Doğrusöz, “Vergi Suçlarında Etkin Pişmanlık ve Hukuk”, Dünya Gazetesi, 29.03.2022, Erişim Tarihi:01.04.2022, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-suclarinda-etkin-pismanlik-ve-hukuk/653238>; Bumin Doğrusöz, “Vergi Suçlarında Etkin Pişmanlığın Geriye Dönük Uygulaması”, Dünya Gazetesi, 31.03.2022, Erişim Tarihi: 01.07.2022, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-suclarinda-etkin-pismanligin-geriye-donuk-uygulamasi/653489>; Ersan Şen ve Cem Serdar, “7394 sayılı Kanunla Yapılan Vergi Usul Kanunu Değişiklikleri”, 18.04.2022, Erişim Tarihi: 01.07.2022, <https://sen.av.tr/tr/makale/7394-sayili-kanunla-yapilan-vergi-usul-kanunu-degisiklikleri>.

⁶ Burak Arslanpınar, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Etkin Pişmanlık: bedelli ve şartlı ceza indirimi”, Dünya Gazetesi, 14.04.2022, Erişim Tarihi: 14.04.2022, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-kacakligi-suclarinda-etkin-pismanlik-bedelli-ve-sartli-ceza-indirimi/654996>.

⁷ “Madde 4-213 sayılı Kanunun 371. maddesinde etkin pişmanlık müessesesine yer verilmiş olup, 359.maddede, 371. maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, etkin pişmanlığın, suç soruşturmasına başlanmadan önceki dönem için kabul edilmesi nedeniyle soruşturma ve kovuşturma evresinde fail tarafından bu yola başvurulamamaktadır. Maddede yapılan düzenlemelerle, bu maddede yer alan suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma aşamasında da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesine imkân sağlanmaktadır...”. “Madde gerekçesi”, TBMM, Erişim Tarihi: 01.07.2022, <https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4336.pdf>.

⁸ Madde 6- 213 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir. “GEÇİCİ MADDE 34- Haklarında hüküm verilmiş olup da dosyası infaz aşamasında olanlar, 359. maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammını, bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Hazineye ödedikleri takdirde 359. maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla soruşturma evresi için yapılan etkin pişmanlık düzenlemesinden faydalanabilir. Bu fıkrada belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır....”.

nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Hazineye ödedikleri takdirde 359. maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla soruşturma evresi için yapılan etkin pişmanlık düzenlemesinden faydalanabilir” hükmünden hareketle, 359. maddeye eklenen bu müessesenin “soruşturma ve kovuşturma aşamasında etkin pişmanlık” olarak nitelendiği tespit edilmektedir.

Vergi ziyayı kabahatinde verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi, verginin eksik tahakkuk ettirilmesi veya haksız yere verginin iade alınması şeklinde aranan neticeden farklı olarak Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği üzere “Kanun’da aksine hüküm bulunmadıkça kaçakçılık suçunun işlenebilmesi için vergi ziyayı biçiminde bir neticenin (zararın) gerçekleşmesi gerekli değildir. Bu itibarla kaçakçılık suçu kural olarak hareket (tehlike) suçu olarak nitelendirilmekte olup suçu oluşturan fiilin hareket unsurunun gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmaktadır”⁹. Vergi kaçakçılığı suçu - çift defter tutma fiili hariç olmak üzere- sırf hareket suçu olup, bu suçun konusu da “zarar” değil “tehlikedir”. Zira zarar suçu nitelemesi ancak netice aranan suçlar bakımından söz konusu olmaktadır¹⁰. Bu suçun koruduğu hukuki yarar kamu düzeni¹¹ olduğuna göre, suç sayılmada, suçun konusu üzerinde meydana gelen zarar yani verginin ziyaa uğrayıp uğramaması değil kamu düzenine kaçakçılık fiilleriyle yönelen az ya da yoğun bir zarar tehlikesi esas alınmaktadır. Kanun koyucu kamu düzenine atfettiği hukuki değer in yüksekliği nedeni ve bu değeri etkin biçimde koruma amacıyla zararın gerçekleşmesine gerek görmemiştir¹².

Türk Ceza Kanunu¹³ madde 36’da gönüllü vazgeçme ile birlikte düzenlenen etkin pişmanlık, failin suç yolunu tamamlayarak suçu gerçekleştirmesi ancak kendi çabalarıyla neticenin gerçekleşmesini aktif bir çaba ile önlemesi, hareketinin neticelerini ortadan kaldırma faaliyetine girişmesi¹⁴ nedeniyle cezalandırılmaması ya da cezasında belli bir indirim yapılmasıdır.

⁹ “AYM kararı E.2019/4, K.2021/78, t.04.11.2021, § 16”, Anayasa Mahkemesi, Erişim Tarihi: 01.04.2022, [¹⁰ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, \(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021\), 221.](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/78?EsasNo=2019%2F4;YunusEmreYilmazoğlu,“AnayasaMahkemesi’nin213SayılıVergiUyuşmazlığındanDoğanİdariDavalaraEtkileri”,AnkaraBarosuDergisi80,N.3(Temmuz2022):266.”</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹¹ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, (İstanbul: Der Yayınları, 2019), 52; Adnan Çavuş, Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 19; Candan, “Kaçakçılık Suçunda Ceza İndirimi/Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Etkin Pişmanlık”.

¹² Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 221; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 214-215; Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 153.

¹³ 5237 sayılı Kanun kabul t. 26.09.2004, RG t.12.10.2004, S. 25611.

¹⁴ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 464-465; Ali Rıza Töngür ve Ekrem Çetintürk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 306-307.

Vergi kaçakçılığı suçuna konu hareketlerin meydana geldiği anda oluşan suç, verginin ziyaa, hazinenin zarara uğramasından bağımsız olarak kamu düzenini ihlâl eder. Failin artık suçu işlemesini takiben duyduğu pişmanlıkla neticenin meydana gelmesini engellemesi mümkün değildir. Vergi kaçakçılığı suçundan bağımsız olarak düzenlenen vergi ziyai kabahatine konu zararı, yani ziyaa uğrattığı vergi borcu ve ferilerini ödemesi, kamu düzenini ihlâl edecek suretle meydana gelen tehlikeyi giderecek nitelikte değildir¹⁵. Bahsi geçen nedenlerle, söz konusu müessesenin hukuki nitelemesinin etkin pişmanlık olmadığı kanaatindeyiz¹⁶.

Etkin pişmanlık kapsamında olmadığını tespit ettiğimiz bu müessesenin hukuki nitelemesini yapmak amacıyla en benzerindeki ön ödeme, af ve uzlaşma ile karşılaştırmasını yapmak ve bunlardan birisi ile nitelenip nitelenemeyeceğini irdelemek gerekmektedir.

Türk Ceza Kanunu madde 75'te düzenlenen ön ödeme, sadece adli para cezası gerektiren ya da hapis cezası üst sınırının 6 ayı aşmayacak şekilde belirlendiği, belli bir ağırlık derecesine ulaşmamış, maddede tahdidi olarak sayılan suçlara ilişkindir. 359. maddede ön ödemeye ilişkin bir düzenleme yer almaması, kaçakçılık fiillerine verilecek cezaların en düşük alt sınırının 18 ay, en düşük üst sınırının ise 5 yıl olması, ön ödemeye ilişkin ön ödeme tebligatı, 10 gün içinde ödeme ön ödemeye mahsus bir sisteme kayda ilişkin bir usulün söz konusu olmadığı dikkate alındığında, bu yeni müessesenin ön ödeme niteliğinde de olmadığını değerlendirmekteyiz.

Bu değişikliğin, hürriyeti bağlayıcı cezaların azaltılmasına ilişkin sonuçları ile affın eşitlik ilkesine aykırı olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında haklı neden olarak gösterilen "kamu yararı", "vergi uyumsuzluklarının azaltılması"¹⁷ şeklinde ifade edilen amaçlarındaki benzerlik, bu müessesenin af niteliğinde kabul edilip edilemeyeceğini tartışmaya değer kılmaktadır. Genel ve/veya özel af ilânına karar vermek Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılmakta ve üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı aranmaktadır. 7394 sayılı Kanun'un oylandığı 07.04.2022 tarihli, 27. Dönem 5. Yasama Yılı 77. Birleşim tutanaklarına konu

¹⁵ Candan, "Kaçakçılık Suçunda Ceza İndirimi/Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Etkin Pişmanlık".

¹⁶ Benzer görüş Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, (Bursa: Ekin Yayınları, 2020), 515. Etkin pişmanlık olduğuna ilişkin aksi görüş için bakınız Onur Ciddi, "İnsan Hakları Eylem Planında Vergi Suçları İçin Öngörülen Etkin Pişmanlık Kurumunun Vergi Kaçakçılığı Suçundaki Gerekliliği", Legal Mali Hukuk Dergisi 17, S.196 (2021): 997-999; etkin pişmanlık benzeri bir müessese olduğuna ilişkin görüş için bakınız Şen ve Serdar, "7394 sayılı Kanunla Yapılan Vergi Usul Kanunu Değişiklikleri"; Vergi Usul Kanunu madde 371'deki müessesenin pişmanlık ve ön ödeme karışımı olduğuna ilişkin görüş için bakınız Çavuş, Suç Genel Teorisini Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları, 602.

¹⁷ Nihal Saban, "Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak", Anayasa Yargısı 17, S.1 (2001): 461.

açık oylama sonuçlarına göre, kullanılan oy sayısı 314, kabul oy sayısı 300, ret oy sayısı 12, çekimser oy sayısı ise 2'dir¹⁸. Teklif üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile kanunlaşmadığından, hukuki nitelemesini af olarak yapmak mümkün görünmemektedir.

7394 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde "tarh edilen vergiler ile kesilen cezalara ilişkin ihtilafların dava konusu yapılmadan idari aşamada çözümlenmesine imkân veren farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi ... uzlaşma müessesesidir. Uzlaşma gerçekleşmesi halinde mükellefler uzlaşılan vergi ve cezalar için artık dava açma yoluna gidememektedir. Benzer düzenleme etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından da getirilmektedir..."¹⁹ denilmek suretiyle, vergi kaçakçılığı suçları için kapalı olan uzlaşma benzeri bir yöntem amaçlandığı ortaya konulmuştur. Vergi Usul Kanunu'nun ek 1 ve ek 11. maddeleri gereğince, vergi kaçakçılığı suçu bakımından uzlaşma mümkün olmadığından, 7394 sayılı Kanun bu sınırlamaya ilişkin bir değişiklik öngörmediğinden, hukuki nitelik, şartlar ve en çok da usul bakımından tamamen farklı nitelik arz eden bu müessesenin uzlaşma niteliğinde de olamayacağını tespit etmekteyiz²⁰.

Buraya kadar yapılan karşılaştırmalar sonucunda, bu müessesenin kendine özgü koşulları olan bir cezada indirim müessesesi²¹ olarak nitelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

C. SONUÇLARI

Bahsi geçen ceza indirimine bağlı ilk sonuç, yapılan indirimler sonucunda Türk Ceza Kanunu madde 51'de²² hükme bağlanan ve iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezasının ertelenmesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu²³ madde 231/5'te hükme bağlanan ve iki yıl veya daha

¹⁸ "07.04.2022 tarihli, 27. Dönem 5. Yasama Yılı, 77. Birlesim Tutanağı", TBMM, Erişim Tarihi: 10.07.2022,

<https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?BirlesimSiraNo=23720&BaslangicSayfa=99&BitisSayfa=99&Tur=H>.

¹⁹ "Madde gerekçesi", TBMM, Erişim Tarihi: 01.07.2022, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4336.pdf>.

²⁰ Aksi görüş için bakınız Candan, "Kaçakçılık Suçunda Ceza İndirimi/Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Etkin Pişmanlık".

²¹ Benzer görüş için bakınız Arslanpınar, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Etkin Pişmanlık: bedelli ve şartlı ceza indirimi".

²² Madde 51: (1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir ... Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin; a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması, b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, Gerekir. (2) Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. ... (3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.

²³ 5271 sayılı Kanun kabul t.04.12.2004, RG t.17.12.2004, S.25673.

az süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının ve buna bağlı olarak da sanık hakkında 5 yıl denetimli serbestlik hükümlerinin söz konusu olmasının vergi kaçakçılığı suçu bakımından yaygın şekilde uygulama alanı bulacağıdır²⁴.

Kendine özgü koşulları olan bu cezada indirim müessesinin uygulanma koşullarından olan tarh edilen vergi ve cezaları ile gecikme faiz ve gecikme zamlarının aynen ödenmesi hükmü ile aynı madde kapsamında yürürlüğe giren “tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilir” hükmünün karşımıza çıkaracağı bir diğer sonuç, yürürlüğe girmiş olan vergi barışı veya yapılanırma kanunlarından faydalanmak suretiyle veya Vergi Usul Kanunu’nun cezada indirim başlıklı 376. maddesi kapsamında ödeme yapmış olanlardan, bu kanunlarla yapılmış indirimlerin geri alınıp alınamayacağı, kendine özgü koşulları olan bu cezada indirim müessesinden ne şekilde faydalanabilecekleri tartışmasının ortaya çıktığıdır²⁵.

II. ZİNCİRLEME SUÇ

7394 sayılı Kanunla vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak yapılan ikinci esaslı ve önemli değişiklik, “Vergi suçunun her yıl için ayrı ayrı oluşması yerine tek suç kabul edilerek zincirleme suç hükümlerinin uygulanması sağlanacaktır” ifadesiyle İnsan Hakları Eylem Planı’nın²⁶ Adli Süreçlerde Hukuki Öngörülebilirlik ve Şeffaflığın Güçlendirilmesi başlıklı 3.2/h hedefine konu olan vergi kaçakçılığı suçunda zincirleme suç uygulamasına ilişkindir. 7394 sayılı Kanun’un 4. maddesinin son fıkrasıyla 359. maddeye “Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde Türk Ceza Kanunu’nun 43. maddesi uygulanır” hükmü eklenmiştir. Değişikliği gerektiren süreç Yargıtay’ın müstakar hale gelen kararları sonucunda failin, aynı takvim yılı içerisinde vergi kaçakçılığı suçunu birden çok kez işlediğinde cezasından zincirleme suç hükümlerine göre artırım yapılmaktayken, aynı suçu farklı takvim yıllarında işlemesi halinde ise, diğer “takvim yılının” kesinti kabul edilerek zincirleme suç hükümleri uygulanmamasından kaynaklanmıştır. En çok kanunilik ve ölçülülük ilkeleri bakımından tartışılmalı, “aynı suç işleme kararının icrası” ve “değişik zamanlar” unsurunun takvim yılı üzerinden değerlendirilerek, failin her takvim yılı için ayrı suç işlediği ve her

²⁴ Cezasızlığa tekabül edecek örnekler için bakınız Bumin Doğrusöz, “Sahte Belge Düzenleyicileri-Kullanıcılarına Cezasızlık Olanığı”, Dünya Gazetesi, 19.04.2022, Erişim Tarihi: 01.07.2022, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sahte-belge-duzenleyicileri-kullanicilarina-cezasizlik-olanagi/655428>.

²⁵ Doğrusöz, “Vergi Suçlarında Etkin Pişmanlığın Geriye Dönük Uygulaması”; Şen ve Serdar, “7394 sayılı Kanunla Yapılan Vergi Usul Kanunu Değişiklikleri”.

²⁶ “İnsan Hakları Eylem Planı”, TBMM, Erişim Tarihi:01.07.2022, <https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr>.

takvim yılı için ayrı ayrı cezalandırılması uygulaması bu değişikliklikle son bulmuştur²⁷.

Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinde öngörülen zincirleme suçun unsurları üzerinden vergi kaçakçılığı suçu bakımından değişiklik sonrası uygulamayı ve ortaya çıkabilecek tereddütlü hususları²⁸ kısaca ortaya koymak gerekmektedir.

Suç işleme kararında birlik diğer bir anlatımla suçları birbirine bağlayan subjektif bağlantı²⁹ noktası, ilk unsurumuzdur. Fail tarafından baştan itibaren verilen genel bir karar ve başlangıç planı olarak tanımlanabilecek bu unsur gereğince, birden fazla suçu birbiri içinde eritecek bu bağlantı noktası, hakim tarafından somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilecektir³⁰. Bu noktada bazı önemli tartışmalar akla gelmekte ve farklı görüşler ileri sürülmektedir. Failin aynı takvim yılı içinde birden çok şirketin kanuni temsilcisi sıfatına haiz olarak, her bir şirkette vergi kaçakçılığı suçu işlemesi halinde ya da birden çok takvim yılında ayrı şirketlerin kanuni temsilcisi sıfatına haiz olarak, her bir yıl farklı şirket üzerinden vergi kaçakçılığı suçunu işlemesi halinde, "aynı suç işleme kararı" unsurunun mevcudiyeti tartışmalı hale gelmektedir.

Bir görüşe göre, aynı takvim yılı veya vergi dönemi içinde veya farklı takvim yılı veya vergi dönemi içinde tüzel kişiliğin aynı olduğu durumda Türk Ceza Kanunu madde 43/1 kapsamında bir suç kabul edilip cezada artırıma gidilebileceği, fakat şirket tüzel kişiliğinin değişmesi halinde "aynı işleme kararı altında" ölçütü gerçekleşmeyeceğinden her bir suç yönünden ayrı ayrı ceza uygulanması gerektiği zira vergi kaçakçılığı suçunun vergi mükellefinden hareketle hükme bağlandığı, mükellefin değişip de yetkilinin aynı olduğu durumlarda vergi mükellefi yönünden aynı suç işleme kararının devam etmeyeceği, her bir mükellef yönünden ayrı ceza sorumluluğunun doğacağı ileri sürülmektedir³¹.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise Türk Ceza Kanunu'nun 20/2. maddesi gereğince, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Tüzel

²⁷ Ersan Şen ve Beyza Başer Berkün, "Vergi Suçlarında Çifte Cezalandırma ve Zincirleme Suç Sorunu", 14.06.2022, Erişim Tarihi: 01.07.2022, <https://www.sen.av.tr/tr/makale/vergi-suclarinda-cifte-cezalendirma-ve-zincirleme-suc-sorunu>.

²⁸ Bumin Doğrusöz, "Vergi Suçlarında Zincirleme Suç ve Olası Sorunları", Dünya Gazetesi, 05.04.2022, Erişim Tarihi:01.07.2022, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-suclarinda-zincirleme-suc-ve-olasi-sorunlari/653944>.

²⁹ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 528-529.

³⁰ Mustafa Kağan Öztürk, "Ceza Hukukunda Zincirleme Suç", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Isparta: 2021):16, 68-70.

³¹ Şen ve Serdar, "7394 sayılı Kanunla Yapılan Vergi Usul Kanunu Değişiklikleri". Yazarlar her iki görüşü de ortaya koymuş, gerekçelendirmiş ve bu kapsamda ileri sürülebileceğini dile getirmişlerdir.

kişinin işlediği suçtan dolayı yetkilisi olan gerçek kişi cezalandırılmaktadır. Failin aynı takvim yılı içinde birden çok şirketin kanuni temsilcisi sıfatına haiz olarak, her bir şirkette vergi kaçakçılığı suçu işlemesi halinde ya da birden çok takvim yılında ayrı şirketlerin kanuni temsilcisi sıfatına haiz olarak, her bir yıl farklı şirket üzerinden vergi kaçakçılığı suçunu işlemesi halinde, “aynı suç işleme kararı” unsurunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Zira vergi kaçakçılığı suçunun faili ancak gerçek kişiler olabileceğinden, tüzel kişilikler farklı olsa bile “aynı suç işleme kararı” ölçütü gerçek kişi yönünden değerlendirilebilecektir. Aynı veya farklı takvim yıllarında tüzel kişilikler değişse dahi temsilcisi aynı olan gerçek kişiler yönünden, aynı suç işleme kararının icrası tespit edilmişse, mağdur da aynı olduğundan, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği düşünülmektedir. Aynı kişiye karşı unsurunda mağdurun tekliği önem arz etmektedir. Vergi kaçakçılığı suçunda mağdur hep aynıdır, Devlet’tir³².

Değişik zamanlarda unsuruna göre suçlar arasında teselsülün kesilmesine engel olmayacak değişik zamanlarda suçların işlenmesi gerekmektedir. Bu zamanın kısa olması ya da uzun olmaması şeklinde bir sınır koymak mümkün değildir. Maddenin yeni hali de, birden fazla takvim yılı veya vergilendirme döneminin zincirleme suçun oluşmasına engel olmayacağını hükme bağlayarak, birden fazla takvim yılının değişik zamanlarda unsuruna aykırılık teşkil etmeyeceğini düzenlemiştir.

Aynı kişiye karşı unsurunda mağdurun tekliği esas alınmaktadır. Vergi kaçakçılığı suçunda mağdur tektir, Devlet’tir.

Aynı suçun birden çok kez işlenmesi unsuru da bazı tartışmaları gündeme getirmektedir. Zira fail tarafından işlenen her bir suç birbirinden farklı nitelikteyse zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Aynı suç tipine haiz, ihlal şekilleri ve hukuki değerleri aynı olan suçlar aynı suç kabul edilmektedir. Bunun tespiti için, suçların işleniş biçimindeki benzerlik, suçlar arasındaki zaman aralığı, birinci suç ile ikinci suç arasında genel hatları itibarıyla korunan hukuki değer, maddi ve manevi unsurlar bakımından aynılığın mevcudiyeti gibi hususlar dikkate alınmaktadır³³. Vergi kaçakçılığı suçu, aynı madde içinde, hem seçimlik hareketli suçları hem de farklı suçları birlikte düzenlemektedir. Örneğin, 359. maddenin a fıkrasının 1. bendinde 3, 2. bendinde 4 seçimlik hareketli suç tipi düzenlenmiş ve aynı yaptırıma tabi tutulmuştur. 59. maddenin b fıkrasında 4 seçimlik hareket hükme bağlanmış ve bu 4 hareket için de aynı yaptırım öngörülmüştür.

³² Şen ve Serdar, “7394 sayılı Kanunla Yapılan Vergi Usul Kanunu Değişiklikleri”. Yazarlar her iki görüşü de ortaya koymuş, gerekçelendirmiş ve bu kapsamda ileri sürülebileceğini dile getirmişlerdir.

³³ Öztürk ve Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 392-393; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 492-493.

Doktrinde farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte, kanaatimizce her bir fıkra birbirinden farklı suç oluşturmakta, ancak her bir fıkra içinde tipe uygun seçimlik hareket olarak düzenlenen fiiller aynı suç kapsamına girmektedir. Bu kabulden hareketle, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda a fıkrasındaki farklı seçimlik hareketlerle vergi kaçakçılığı suçunun işlenmesi, aynı suçun birden fazla işlenmesi kapsamında zincirleme suç oluşturacaktır. Aksine, değişik zamanlarda aynı failin a ve b fıkralarında fiillerle vergi kaçakçılığı suçunu işlemesi halinde suç farklılaşacaktır. Bu nedenle “aynı suç” unsuru gerçekleşmeyeceğinden zincirleme suç hükümlerine başvurulamayacaktır³⁴.

III. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN CEZALANDIRMA ÜST SINIRLARININ ARTTIRILMASI

Vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin son değişiklik, 7394 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrası ile 359. maddede, 18 aydan 3 yıla kadar, 2 yıldan 5 yıla kadar ve 3 yıldan 5 yıla kadar olmak üzere, cezalandırma sınırları bakımından 3 ayrı kademeye ayrılmak suretiyle hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen kaçakçılık fiillerinin cezalandırma üst sınırlarının arttırılmasına ilişkindir. 359. maddede, 4 ayrı kademede hükme bağlanan fiillerden,

- Birinci kademede yer alan defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açmak veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmek, defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek veya gizlemek veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak fiillerinin 18 aydan 3 yıla kadar olan hapis cezası üst sınırının 5 yıla,
- İkinci kademede yer alan vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok etmek veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak fiillerin 3 yıldan 5 yıla kadar olan hapis cezası üst sınırının 8 yıla,

³⁴ Çavuş, Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları, 217-221; Ertuğrul Ünal, “Vergi Usul Kanununun 359’uncu Maddesinin b Fıkrasında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu”, MÜHF-HAD 27, S.2 (Aralık 2021): 1282; Merve Babayiğit Aksu, “Yargı Kararları Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçu”, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Gaziantep: Ocak 2019): 115; Ferhat Yıldız, “Belgede Sahtecilik ve Vergi Kaçakçılığı Suçlarının Yargı Kararları Işığında Karşılaştırılması”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Kırıkkale: 2021): 137-138.

- Üçüncü kademedeki yer alan bu Kanun hükümlerine göre ancak Hazine ve Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basmak veya bilerek kullanmak fiillerin 2 yıldan 5 yıla kadar olan hapis cezası üst sınırının ise 8 yıla
- Ve son olarak dördüncü kademe yer alan Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yetkilendirilmediği halde ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldıran, donanım veya yazılımını değiştiren veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale etmek...fiillerin 3 yıldan 5 yıla kadar olan hapis cezası üst sınırının 8 yıla çıkarıldığı görülmektedir.

Böylelikle, 2, 3 ve 4. kademedeki suçlar için dava zaman aşımı 8 yıldan 15 yıla çıkmıştır. Zaman aşımını durduran ya da kesen nedenlerin söz konusu olması halinde ise zaman aşımı süresinin 22,5 yıla kadar uzaması mümkün hale gelmiş vaziyettedir³⁵.

Madde gerekçesinde bu değişikliğin amacı "...vergi kaçakçılığı suçları ile yapılan mücadelenin daha da etkinleştirilmesi amacıyla maddede yer alan hapis cezalarının üst sınırı artırılmaktadır" şeklinde ifade edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun "Cezanın Belirlenmesi" kenar başlıklı 61. maddesi gereğince hakim maddede yer alan ölçütleri dikkate alarak işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecekse de, cezalarda alt sınırdan uzaklaşma yaygın değildir. Böyle bir durumda, üst sınırın arttırılmasının, kanun koyucunun vergi kaçakçılığı suçları ile yapılan mücadelenin daha da etkinleştirilmesi yönündeki amacını gerçekleştirmek bakımından uygun bir araç olduğu hususu tartışmalı hale gelmektedir.

Diğer yandan, ekonomik suça ekonomik ceza yaklaşımıyla, ceza hukukunun amaçlandığından farklı olarak, mali disiplinin bozulmasına neden olan fiillere konu zararın ortadan kaldırılmasına diğer bir anlatımla meydana gelen zararının tazminine odaklanarak vergi kaçakçılığı suçunun suç olmaktan çıkarılması ve dekriminalizasyonla paradigma değişikliğine gidilmesinin avantaj ve dezavantajları³⁶ uzun süredir birçok ülkede, özellikle de mehz kanunun ülkesi olan Almanya'da, tartışılabilirken cezalandırma üst sınırlarının arttırılması şartı olmuştur.

³⁵ Doğrusöz, "Vergi Suçlarında Etkin Pişmanlık ve Hukuk".

³⁶ Funda Başaran Yavaşlar, "Vergi Yaptırım Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Dekriminalizasyon", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15, S.1-2 (Ocak - Şubat 2016): 317-324.

DEĞERLENDİRME

Vergi yaptırım hukuku, etkinliği, ne bis in idem ilkesi karşısındaki durumu, karmaşık yapısı, temelde kayıt içini cezalandırmaktan öte gidememesi başta olmak üzere birçok sorunu barındırmaktadır. Bu sorunların tespiti ve çözüm yolları İnsan Hakları Eylem Planı ve Ekonomi Reformu Paketi başta olmak üzere Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın stratejik planlarına da konu edilmektedir. Vergi yaptırım sisteminde reform yapılma gerekliliği ve hareket noktasının da vergi kaçakçılığı suçu olduğu açıktır. Bu elzem ihtiyaç ve bu ihtiyaca binaen yapıldığı anlaşılmaya rağmen, etkin pişmanlık hükümlerinin vergi suçları için de uygulanmasının sağlanması amacıyla yapılan ilk değişiklik olan cezada indirim müessesinin gerekliliği, hak arama hürriyeti ve eşitlik ilkesi karşısındaki konumuna ek olarak uygulamada meydana gelecek sorunların etraflıca düşünülmesi gerekmektedir. Vergi suçunun her yıl için ayrı ayrı oluşması yerine tek suç kabul edilerek zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının sağlanması amacıyla yapılan diğer değişikliğin uygulamada bazı sorunlar ve tereddütler ortaya çıkaracağı öngörülmüşse de kronik hale gelmiş bir sorunu çözmeye matuf olduğu düşünülebilir. Vergi kaçakçılığı suçları ile yapılan mücadelenin daha da etkinleştirilmesi amacıyla madde de yer alan hapis cezalarının üst sınırı artırılmasına ilişkin son değişikliğin bu amacı gerçekleştirme pek mümkün görünmediği gibi, cezada indirim, zincirleme suç değişiklikleriyle uyumlu olmadığı düşünülmektedir.

Sert ve sıkı bir ceza hukuku politikasının sonucu olarak, yaptırım sisteminin ağırlaştırılması yoluyla ceza hukukunun genişlemesinin tercih edilmesi ve kendi içerisinde uyumlu araçlarla somutlaştırılması mümkündür. Ya da esnek bir ceza hukuku politikasının sonucu olarak, ceza hukukunun alanı genişletilmez, kendi içerisinde uyumlu araçlarla daraltılabilir. Birçok özel suç tipi olduğu düşünüldüğünde bu iki yaklaşımın birbirini etkilemesi mümkündür. Ancak ceza hukuku politikasını zorlayacak minvalde temelde birbirinden tamamen ayrı olan ceza hukukunun genişlemesi ile ceza hukukunun esnekleşmesinin birlikte benimsenmemesi gerekmektedir³⁷. Üç değişikliğin yapısı ve amacı incelendiğinde, bir yanda hiçbir etkinlik sağlamayacak şekilde cezaların üst sınırlarının ağırlaştırılmasıyla meydana getirilen ceza hukukunun genişlemesi ile diğer yanda zincirleme suç, cezada indirim gibi yollarla somutlaşan ceza hukukunun esnekleşmesinin, bu 3 değişiklik sonucunda aynı anda ve birlikte gerçekleşerek kesişmesinin, kanun koyucunun maksadı bakımından bazı tereddütler doğurduğu düşünülmektedir.

³⁷ Uğur Ersoy, "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", TAAD, S.41 (Ocak 2020): 29.

KAYNAKÇA

- Arslanpınar, Burak. "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Etkin Pişmanlık: bedelli ve şartlı ceza indirimi", *Dünya Gazetesi*, 14.04.2022, Erişim Tarihi: 14.04.2022. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-kacakciligi-suclarinda-etkin-pismanlik-bedelli-ve-sartli-ceza-indirimi/654996>.
- Babayiğit Aksu, Merve. "Yargı Kararları Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçu", Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Gaziantep: Ocak 2019).
- Başaran Yavaşlar, Funda. "Vergi Yaptırım Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Dekriminilizasyon", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, S.1-2 (Ocak - Şubat 2016): 317-324.
- Candan, Turgut. "Kaçakçılık Suçunda Ceza İndirimi/Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Etkin Pişmanlık", 29.03.2022, Erişim Tarihi:01.04.2022. <https://turgutcandan.com/2022/03/29/kacakcilik-sucunda-ceza-indirimi-sorusturma-ve-kovusturma-evrelerinde-etkin-pismanlik/>.
- Ciddi, Onur. "İnsan Hakları Eylem Planında Vergi Suçları İçin Öngörülen Etkin Pişmanlık Kurumunun Vergi Kaçakçılığı Suçundaki Gerekliliği", *Legal Mali Hukuk Dergisi* 17, S.196 (2021): 987 – 1002.
- Çavuş, Adnan. *Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Doğrusöz, Bumin. "Sahte Belge Düzenleyicileri-Kullanıcılarına Cezasızlık Olanacağı", *Dünya Gazetesi*, 19.04.2022, Erişim Tarihi: 01.07.2022. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sahte-belge-duzenleyicileri-kullanici-larına-cezasizlik-olanagi/655428>.
- Doğrusöz, Bumin. "Vergi Suçlarında Etkin Pişmanlığın Geriye Dönük Uygulaması", *Dünya Gazetesi*, 31.03.2022, Erişim Tarihi: 01.07.2022. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-suclarında-etkin-pismanligin-geriye-donuk-uygulamasi/653489>.
- Doğrusöz, Bumin. "Vergi Suçlarında Etkin Pişmanlık ve Hukuk", *Dünya Gazetesi*, 29.03.2022, Erişim Tarihi:01.04.2022. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-suclarında-etkin-pismanlik-ve-hukuk/653238>.
- Doğrusöz, Bumin. "Vergi Suçlarında Zincirleme Suç ve Olası Sorunları", *Dünya Gazetesi*, 05.04.2022, Erişim Tarihi:01.07.2022. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-suclarında-zincirleme-suc-ve-olasi-sorunlari/653944>.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*. İstanbul: Der Yayınları, 2019.
- Ersoy, Uğur. "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", *TAAD*, S.41 (Ocak 2020): 27-64.
- Koca, Mahmut; Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Öztürk, Mustafa Kağan. “Ceza Hukukunda Zincirleme Suç”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Isparta: 2021).
- Saban, Nihal. “Vergi Suçlarında Affi Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, *Anayasa Yargısı* 17, S.1 (2001): 451-475.
- Şen, Ersan; Başer Berkün, Beyza. “Vergi Suçlarında Çifte Cezalandırma ve Zincirleme Suç Sorunu”, 14.06.2022, Erişim Tarihi: 01.07.2022. <https://www.sen.av.tr/tr/makale/vergi-suclarinda-cifte-cezalendirma-ve-zincirleme-suc-sorunu>.
- Şen, Ersan; Serdar, Cem. “7394 sayılı Kanunla Yapılan Vergi Usul Kanunu Değişiklikleri”, 18.04.2022, Erişim Tarihi: 01.07.2022. <https://sen.av.tr/tr/makale/7394-sayili-kanunla-yapilan-vergi-usul-kanunu-degisiklikleri>.
- Şenyüz, Doğan. *Vergi Ceza Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları, 2020.
- Töngür, Ali Rıza; Çetintürk, Ekrem. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Ünal, Ertuğrul. “Vergi Usul Kanununun 359’uncu Maddesinin b Fıkrasında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu”, *MÜHF-HAD* 27, S.2 (Aralık 2021): 1260-1297.
- Yıldız, Ferhat. “Belgede Sahtecilik ve Vergi Kaçakçılığı Suçlarının Yargı Kararları Işığında Karşılaştırılması”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Kırıkkale: 2021).
- Yılmazoğlu, Yunus Emre. “Anayasa Mahkemesi’nin 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 367. Maddesinin Son Fıkrasının İptali Yönündeki Kararının Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalara Etkileri”, *Ankara Barosu Dergisi* 80, N.3 (Temmuz 2022): 255-328.
- Adalet Bakanlığı. “İnsan Hakları Eylem Planı”. Erişim Tarihi:01.07.2022. <https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr>
- TBMM. “07.04.2022 tarihli, 27. Dönem 5. Yasama Yılı, 77. Birlesim Tutanakları”. Erişim Tarihi: 10.07.2022. <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?BirlesimSiraNo=23720&BaslangicSayfa=99&BitisSayfa=99&Tur=H>.
- TBMM. “Madde gerekçesi”. Erişim tarihi: 01.07.2022. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4336.pdf>
- Anayasa Mahkemesi. “AYM kararı, E.2019/4, K.2021/78, t.04.11.2021”. Erişim Tarihi: 01.04.2022. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/78?EsasNo=2019%2F4>.

MAĞDURUN KORUNMASI AMACIYLA YAPILAN GİDERLERİN SUÇ MAĞDURUNA RÜCU EDİLMESİ

*Enver KAŞLI**

GİRİŞ

Ceza hukukunun amaçlarından birisi, işlenmiş suçun aydınlatılarak suç işleyenlerin cezalandırılıp ıslah edilerek topluma kazandırılması(özel caydırıcılık) ve suç işleyenlerin cezalandırılarak diğerlerinin suç işlemekten vazgeçirilmesi(genel caydırıcılık) yoluyla suçu kontrol etmektir. Ceza muhakemesinin ilk gelişim dönemlerinde suç, kişiler arası bir haksızlık olarak görülürken sonraki dönemlerde kamusal bir nitelik kazanmıştır. Kamu hukuku içinde yer alan ceza hukuku uygulamasında failin yargılanması ve cezalandırılması amaçlarının öne çıkması, bu sürecin işleyişinde bir tarafta şüpheli ve sanıklara verilen usuli güvenceleri artırırken diğer tarafta suç mağdurunun geri planda kalmasına neden olmuştur.¹ Bununla birlikte 1970'li yıllardan itibaren ceza muhakemesi hukukunda mağdurun korunması düşüncesi gelişmeye başlamıştır. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası kuruluşlar tarafından üye devletlere suç mağdurlarının korunmasına yönelik tedbirler alınması önerilmiştir.² Adli süreçte mağdurun rolü, kanuni düzenleme yokluğu nedeniyle suçu ihbar etme ve mahkemede tanıklıkla sınırlıyken son yıllarda mağdur odaklı kanuni düzenlemelerle Türkiye de dahil olmak üzere farklı ülkelerde mağduru koruyan uygulamalara başlanmıştır.

Türk hukukunda suç mağdurunu koruyan düzenlemelerin içeriğine baktığımızda bu düzenlemelerde; ceza muhakemesinin işleyişinde mağdurun iradesinin öne çıkarıldığı, mağdurun emniyetine öncelik verildiği ve ikinci mağduriyetlerin önlenmesinin hedeflendiği görülmektedir. Suç mağdurunun korunması amacıyla bazı uygulamaların mali yönü için gerekli giderler, devlet veya suç faili tarafından karşılanmaktadır. Bununla birlikte bir suç soruşturmasında mağdur sıfatı verilen kişinin mağduriyet iddiasının hukuken gerçekliği, ceza muhakemesinin ortaya koyacağı maddi gerçekle tam anlamıyla anlaşılacağı için başlangıçtaki mağduriyet iddiasının gerçeğe uygun olmaması mümkündür. Mağduriyet iddiasının gerçeğe aykırılığı veya mağdurun kasıtlı olarak kendilerini koruyan kurallara aykırı hareket etmesi halinde

* Dr., Ankara Emniyet Müdürlüğü, kaslienver@gmail.com

¹ Fatma Karakaş Doğan, "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19, S.2(2013): 1009.

² Ferhat Uslu, "Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur", Ankara Barosu Dergisi, S. 4(2013): 244.

mağduru koruma amaçlı yapılan giderlerin rücu edilmesi(mağdurdan tahsil edilmesi) gerekmektedir. Bu çalışmada öncelikle suç mağdurunun belirlenmesi incelenecek, ardından suç mağdurunun korunması amacıyla yapılan giderler ele alınarak, suç mağduruna rücu ele alınacaktır.

I. MAĞDURİYET İDDİASI VE SUÇ MAĞDURUNUN BELİRLENMESİ

Arapça kökenli bir kelime olan mağdur, en genel anlamda hakkı zarara uğrayan kişidir. Bir insan; suç mağduru olabileceği gibi doğal afet, kaza, yangın, deprem, hastalık, çatışma, savaş, ayrımcılık, nefret suçu gibi sosyal problem mağduru olabilmektedir.³ Ceza hukuku uygulamasında mağdur kavramı, “suç mağduru” anlamında kullanılmaktadır.⁴

Ceza hukukunun konusunu suç oluşturan fiiller oluşturmaktadır. Suç oluşturan fiiller, suç failleri tarafından suç mağdurlarının zararına işlenmektedir. Suçtan zarar gören kişiler, suç oluşturduğunu değerlendirdikleri yetkili makamlara bildirdiklerinde veya yetkili makamlar tarafından suç oluşturduğunu değerlendirilen bir olaya el konulduğunda ortaya suç şüphesi çıktığından dolayı soruşturma evresi başlamaktadır. Suçtan zarar gördüğünü öne süren veya yetkili makamlar tarafından suçtan zarar gördüğü değerlendirilen kişiler, kişinin iddiası ve/veya suçla ilgili olduğu değerlendirilen mevcut delillere göre mağdur sıfatını almaktadır. Soruşturma evresinde araştırılan suç şüphesi, mağdur sıfatını da yakından ilgilendirmektedir. Soruşturma ve kovuşturma evresinde mağduriyet hukuki olarak bir iddia oluşturmakta, mağduriyet iddiasının gerçekliği ve şüpheli-sanık ile ilişkisi de süreç içinde verilecek kararlara göre belirlenmektedir. Bir kişinin gerçekten mağdur olup olmadığı veya iddia edilen suçun gerçekten işlenip işlenmediğini gündelik hayat akışı içinde o anda tespit etmek kolay değildir. Dolayısıyla soruşturma evresinin başında mağdur, suçtan zarar gördüğüne inanılan kişi olarak tarif edilebilir.⁵ Nasıl ki suç soruşturmasını başlatmak için basit şüphe yeterliyse bir kişiye mağdur denilmesinde de basit bir değerlendirme yapılmaktadır. Soruşturmanın ilerleyen aşamalarında kolluk ya da savcılığa başvuran kişinin, kendinin mağdur olduğu iddiasının aksine hukuken o kişinin mağdur olmadığı anlaşılabilenekte veya tam aksine kolluğa veya savcılığa hiç başvurmamasına rağmen bir kişi, suç nedeniyle uğradığı zararı bilmese ya da önemsemese bile resmi kayıtlara girmeyen bir mağduriyet söz konusu olabilmektedir.

³ Andrew Karmen, Crime Victims An Introduction To Victimology(USA, Wadsworth Cengage Learning, 2010), 1.

⁴ Nitekim 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi(63 SCK(sayı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi) olarak kısaltılacaktır) m.1’de yer alan “Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin amacı; suç mağdurlarına sağlanan hizmet ve yardımlara ilişkin esasları ve bu hizmetlerin yerine getirilmesine dair görev, yetki ve sorumlulukları düzenlemektir” hükmünde “suç mağdurları” kavramını kullanırken mağdur kavramını m.2’de “Suç nedeniyle fiziksel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişiyi” ifade edecek şekilde kullanılmaktadır.

⁵ Mustafa Yayla ve Enver Kaşlı, “Suç Mağdurları ile İletişim”, A. Z. Özgür ve A. İşman(Ed.), İletişim Çalışmaları 2016(Sakarya, 2016), 40.

Maddi ceza hukukuna göre her suçun faili olduğu gibi mutlaka bir mağduru da bulunmaktadır.⁶ Ceza hukuku terimi olarak mağdur kavramı, aleyhine suç işlenen ve suçtan zarar gören kişiyi ifade etmektedir.⁷ Suç mağduru, suçun zarar verdiği değer sahibi, suçun maddi konusunun ait olduğu kişi olarak da tarif edilmektedir.⁸ Suç ise kanunların suç olarak kabul ettiği ve işlenmesi halinde adli yaptırımlar uyguladığı fiillerdir. Mesela hırsızlık suçunda taşınır malın zilyedi, hakaret suçunda hakaret edilen, kasten yaralama suçunda yaralanan kişi mağdurdur. Suçtan zarar gören kişiler, suçu yetkili makamlara ilettiklerinde mağdur sıfatını almaktadır.⁹ Suç mağdurunun belirlenmesi; şikayet hakkı, suçu ortadan kaldıran rıza gibi ceza hukukunun birçok düzenlemesinin uygulanmasında önem taşımaktadır.¹⁰

Mağduriyet iddiasının ve suçun gerçekten işlenip işlenmediği hususunun soruşturma ve kovuşturma evresinin ilerleyen aşamalarında kesin olarak anlaşılabilir olmasına rağmen soruşturma evresinin başlangıcından itibaren suçtan zarar gören kişilerin korunmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Mağdurlara tedavi, danışmanlık, barınma, hukuki yardım gibi birçok alanda destek sağlanabilmektedir.

II. SUÇ MAĞDURUNUN KORUNMASI AMACIYLA YAPILAN GİDERLER

Suç mağdurunun korunması amacıyla yapılan kanun düzenlemelerinin sayısı ve artma eğilimi dikkate alındığında ceza muhakemesi hukuku içinde yeni bir alan olarak mağdur hukukunun oluştuğunu söylemek mümkündür. Ceza muhakemesi içinde mağduru koruyan hükümlerin uygulanabilmesi için bu kişinin, “suç mağduru” olması gerekmektedir. Suç dışındaki haksız fiil, disiplin suçu, kabahat gibi diğer hukuka aykırı durumlar veya doğal olaylardan kaynaklanan mağduriyetler yaşayan kişiler, suç mağduru olmadığı için ceza muhakemesi içinde sağlanan korumadan faydalanması mümkün değildir.

Mağdurun korunması denildiğinde hukuk düzeninin suç işlenmeden önce herkese sağladığı korumadan farklı olarak suç işlendikten sonra “mağdur” odaklı uygulamaların anlaşılması gerekir. Mağdur hakları denildiğinde de şüpheli ve sanık hakları ile mağdur arasında denge kurmayı hedefleyen kurallar ifade edilmektedir.¹¹ Suç mağdurlarını koruyan uygulamalar, suç türlerine veya mağdurların kişisel özelliklerine göre değişebilmektedir. Mağduriyete sebep olan suç türlerine göre mağdurlar; aile içi şiddet, terör, insan tica-

⁶ Mehmet Emin Artuk: Ahmet Gökçen: Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 372.

⁷ Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, S. 2(2012), 662.

⁸ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler(Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 146.

⁹ Bu çalışmada kullanılan mağdur kelimesi, ceza muhakemesine müşteki ve katılan olarak adlandırılan kişileri de kapsayacak anlamda kullanılmaktadır.

¹⁰ Artuk ve diğerleri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 374.

¹¹ Veli Özbek: Koray Doğan: Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 234.

reti, nefret suçları, işkence, cinsel suç mağduru gibi gruplara ayrılabilir. Suç mağdurunu koruyan düzenlemelerin içeriğine bakıldığında bu düzenlemelerde; ceza muhakemesinin işleyişinde mağdurun iradesinin öne çıkarıldığı, mağdurun emniyetine öncelik verildiği ve ikincil mağduriyetlerin önlenmesinin hedeflendiği görülmektedir.

Suç mağdurunun korunması amacıyla giderleri devlet veya fail tarafından karşılanan uygulamalara örnek olarak geçici maddi yardım sağlanması (6284 SK¹² m.3), bakım tedbiri (5395 SK m. 5), danışmanlık tedbiri (5395 SK m. 5), sağlık tedbiri (5395 SK m. 5), sağlık tedbiri (5395 SK m. 5), kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi (5726 SK m. 5), kreş imkânı (6284 SK m. 3), mağdurlar, ekonomik ve sosyal desteklerden yararlandırılması (63 SCK m. 6) sayılabilir. Suç mağdurunun suç işlendikten sonraki güvenliğini sağlayan hakların mali yönü için gerekli giderler, devlet veya suç faili tarafından karşılanmaktadır. Bu konudaki bazı mevzuat hükümleri şöyledir:

- 5395 SK m.43 “Çocuğun giderleri (1) Çocuk hakkında verilen koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının giderleri Devletçe ödenir. Ödenecek miktar mahkemece verilecek bir karar ile tespit edilir. (2) Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre çocuğa bakmakla yükümlü olan kimsenin malî durumunun müsait olması hâlinde, Devletçe ödenen meblağın tahsili için ilgililere rücu edilir”.
- 5726 SK m.19 “Tanık koruma giderlerinin karşılanması ve tazminatlar (1) Bu Kanun uyarınca alınacak koruma tedbirlerinin yerine getirilmesine ilişkin giderler, İçişleri Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 24 üncü maddesinde belirtilen esaslar doğrultusunda karşılanır”.
- 6284 SK m.17 “Geçici maddi yardım yapılması (1) Bu Kanun hükümlerine göre geçici maddi yardım yapılmasına karar verilmesi hâlinde, onaltı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının otuzda birine kadar günlük ödeme yapılır. Korunan kişinin birden fazla olması hâlinde, ilave her bir kişi için bu tutarın yüzde yirmisi oranında ayrıca ödeme yapılır. Ancak, ödenecek tutar hiçbir şekilde belirlenen günlük ödeme tutarının bir buçuk katını geçemez. Korunan kişilere barınma yeri sağlanması hâlinde bu fıkrafta belirlenen tutarlar yüzde elli oranında azaltılarak uygulanır. (2) Bu ödemeler, Bakanlık bütçesine, geçici maddi yardımlar için konulan ödenekten karşılanır. Yapılan ödemeler, şiddet uygulayandan tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde tahsil edilir. Bu şekilde tahsil edilemeyenler 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre ilgili vergi dairesi tarafından takip ve tahsil edilir”.

¹² SK kısaltması “Sayılı Kanun” yerine kullanılmaktadır.

- 6284 SK m.18 “Nafaka (1) Bu Kanun hükümlerine göre nafakaya karar verilmesi hâlinde, kararın bir örneği, resen nafaka alacaklısının veya borçlusunun yerleşim yeri icra müdürlüğüne gönderilir. (2) Nafaka ödemekle yükümlü kılınan kişinin Sosyal Güvenlik Kurumu ile bağlantısı olması durumunda, korunan kişinin başvurusu aranmaksızın nafaka, ilgilinin aylık, maaş ya da ücretinden icra müdürlüğü tarafından tahsil edilir. İcra müdürlüklerinin nafakanın tahsili işlemlerine ilişkin posta giderleri Cumhuriyet başsavcılığının suçüstü ödeneğinden karşılanır”.
- 6284 SK m.19 “Sağlık giderleri (1) Bu Kanun hükümlerine göre hakkında koruyucu tedbir kararı verilen kişilerden genel sağlık sigortalısı olmayan ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına da girmeyen veya genel sağlık sigortası prim borcu sebebiyle fiilen genel sağlık sigortasından yararlanamayan ya da diğer mevzuat hükümleri gereğince tedavi yardımından yararlanma hakkı bulunmayanlar; bu hâllerin devamı süresince, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 60 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında, gelir testine tabi tutulmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılır. (2) Bu Kanun hükümlerine göre hakkında önleyici tedbir kararı verilen kişinin aynı zamanda rehabilitasyonunun veya tedavi edilmesinin gerekli olduğuna karar verilmesi hâlinde, genel sağlık sigortası kapsamında karşılanmayan rehabilitasyon hizmetlerine yönelik giderler ile rehabilitasyon hizmetleri kapsamında verilmesi gereken diğer sağlık hizmetlerinin giderleri Bakanlık bütçesinin ilgili tertiplerinden karşılanır”.
- 5233 SK m.1 “Bu Kanunun amacı, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemektir”.
- Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m.8 “Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince baro tarafından görevlendirilen müdafî veya vekile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinden ayrı olarak hazırlanacak "Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin Tarife" gereğince ödenecek meblâğ Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla ayrılan ödenekten karşılanır”.

Yukarıda örnek olarak verilen düzenlemelerden görüleceği üzere suç mağdurlarının korunması yeni bir hukuk olarak gelişmektedir. Suç mağdurunun korunması amacıyla suç faili veya devlet tarafından yapılan giderlerle ilgili düzenlemelerin artması beraberinde rücu veya giderlerin mağdurdan tahsili ile ilgili yeni tartışmalar ortaya çıkarmaktadır.

3. SUÇ MAĞDURUNA RÜCU(GİDERLERİN MAĞDURDAN TAHSİLİ)

Tanık koruma faaliyetlerini düzenleyen 5726 sayılı kanunda tanıkların kendilerini koruyan kurallara uygun hareket etmemesi halinde giderlerin tanıklardan(mağdurlardan) istenmesiyle ilgili olarak “rücu” kavramı kullanılmaktadır(m.21). Her ne kadar kanunda rücu kavramı kullanılsa da suç mağdurunun korunması amacıyla yapılan giderlerin mağdurdan istenmesi tam anlamıyla yerleşik rücu kavramıyla örtüşmediği değerlendirilmektedir. Sözlükte rücu kelimesi “Geri dönme, sözünü geri alma, cayma” olarak tarif edilmektedir.¹³ Bir hukuk terimi olarak ise rücu, “Dönme; geri dönme; cayma; sözünden dönme; sözünü geri alma; bir ödemede bulunan kimsenin, bu bedeli, asıl ödeme yapması gereken kişiden istemesi” anlamına gelmektedir.¹⁴ Rücu kelimesinin borçlar, sigorta, idare hukukunda(ve diğer hukuklarda) yaygın kullanımı ikinci anlamında olup bu ilişkide edim ifa eden, kendisine edim ifa edilen, edimi asıl ifa etmesi gereken olmak üzere üç kişi bulunmaktadır. 5726 SK m.21’de yer alan hükümde ise mağdurun korunması amacıyla yapılan gider ilişkisi bakımından üç kişi yerine devlet ve korunan mağdur olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Dolayısıyla kanunda yer alan rücu kavramının kullanılmasının hatalı olduğu ve doğru kavramın tahsil olduğu değerlendirilmektedir. Bu anlamda 6284 sayılı kanundaki kullanım daha uygun olduğu düşünülmektedir.

Suç mağdurunun korunması amacıyla yapılan giderlerin hangilerinin mağdurdan hangi koşulların olması halinde tahsil edileceği ve tahsil usulü hakkında kanunlarda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Tanık koruma kapsamında korunan suç mağdurları hakkında 5726 SK m.21’de yer alan “Bu Kanunun 8 inci maddesinin dördüncü fıkrasının (b) ve (ç) bentlerinde¹⁵ belirtilen sebeplerle tanık koruma tedbiri kararının kaldırılması hâlinde, karar tarihinden, bu tedbir kararının kaldırıldığı tarihe kadar, kararı uygulayan makamlarca yapılan giderler kanuni faizleri ile birlikte tanıktan tahsil edilir, ödenmemesi hâlinde 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır” hükümleri bulunmaktadır. Ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi kapsamında korunan suç mağdurlarına yapılacak geçici maddi yardımlarla ilgili 6284 m. 17’de “Korunan kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu tespit hâlinde yapılan yardımlar, bu kişiden 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilir” denilmektedir.

¹³ Türk Dil Kurumu, “Rücu”, Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.

¹⁴ Adalet Bakanlığı, “Rücu”, Hukuk Sözlüğü, Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022. <https://sozluk.adalet.gov.tr/r%3%buccu>.

¹⁵ 5726 SK m. 8/4’te “Aşağıda sayılan hâllerde tanık koruma tedbiri kaldırılabilir. Tanığın; ... b) Koruma kararı verilmesine neden olan olay hakkında yalan tanıklık veya iftiradan mahkûm olması, ... c) Koruma kararında belirtilen tedbirlere aykırı bir davranış içine girmesi, ...” hükmü bulunmaktadır.

Mağdurun korunması kapsamında yapılan giderlerin tahsilini doğuran temel neden mağdurun, gerçeğe aykırı beyanlarıdır. Mağdurun gerçeğe aykırı beyanı, ceza muhakemesinin işleyişinde birçok sorunun tetikleyicisi olmaktadır. Giderlerin mağdurdan tahsil koşulu olan gerçeğe aykırı beyan, tanık koruma kapsamında yalan tanıklık veya iftiradan mahkumiyet koşulu-na bağlıken(5726 SK m.8) ailenin korunması ve kadına karşı şiddetle mücadele kapsamında sosyal inceleme raporu ile tespit edilmektedir.¹⁶ Gerçeğe aykırı bulunan kişilere iftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama nedeniyle ödenen tazminat da devlet tarafından rücu edilmektedir(5271 SK m.143).

SONUÇ

Suç soruşturmasını başlatmak için basit şüphe yeterli olduğu için bir kişiye mağdur denilmesinde de basit bir değerlendirme yapılmaktadır. Suç soruşturmasında mağdur sıfatı verilen kişinin mağduriyet iddiasının hukuken gerçekliği, ceza muhakemesinin ortaya koyacağı maddi gerçekle tam anlamıyla anlaşılacağı için başlangıçtaki mağduriyet iddiasının gerçeğe uygun olmaması mümkündür. Soruşturma ve kovuşturma evresinde mağduriyet hukuki olarak bir iddia oluşturmakta, mağduriyet iddiasının gerçekliği ve şüpheli-sanık ile ilişkisi de süreç içinde verilecek kararlara göre belirlenmektedir. Suç mağdurunun belirlenmesindeki bu belirsizlik, suç mağdurunun korunması amacıyla bazı uygulamaların mali yönü için devlet veya suç faili tarafından karşılan giderlerin mağdurdan tahsil edilmesine neden olabilmektedir. Suç mağdurunun korunması amacıyla yapılan giderlerin hangilerinin mağdurdan hangi koşulların olması halinde tahsil edileceği ve tahsil usulü hakkında kanunlarda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Özel tahsil usulü olarak 6183 sayılı kanuna atıf yapılmaktadır. Ceza muhakemesi hukuku içinde mağdur haklarının gelişimi dikkate alındığında suç mağdurunun korunması amacıyla yapılan giderler içinde kanunda mağdurdan tahsil edilmesinden bahsedilmeyen diğer giderler için yapılan giderlerin mağdurdan tahsili konusunda uygulamaların ilerleyen günlerde daha fazla tartışılacağı değerlendirilmektedir.

¹⁶ 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği m.42

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, "Rücu", Hukuk Sözlüğü, Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022. <https://sozluk.adalet.gov.tr/r%c3%bccu>.
- Artuk, Mehmet Emin: Ahmet Gökçen: Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Karakaş Doğan, Fatma. "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, S.2(2013): 1007-1029.
- Karmen, Andrew. *Crime Victims An Introduction To Victimology*(USA, Wadsworth Cengage Learning, 2010)
- Katoğlu, Tuğrul. "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, S. 2(2012): 657-693.
- Özbek, Veli: Koray Doğan: Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017),
- Türk Dil Kurumu, "Rücu", Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.
- Uslu, Ferhat. "Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4(2013):241-260.
- Yayla, Mustafa ve Kaşlı, Enver. "Suç Mağdurları ile İletişim", A. Z. Özgür ve A. İşman(Ed.), *İletişim Çalışmaları 2016*. Sakarya, 2016.

BİR SUÇ POLİTİKASI ARACI OLARAK UZLAŞTIRMA

*Ali Şahin KILIÇ**

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Kanununun 253 ve devamı maddelerinde düzenlenen uzlaştırma esasen bir ceza muhakemesi kurumu olmakla birlikte, suç ve ceza politikası bakımından da etkili bir araç niteliğindedir. Onarıcı adalet mekanizmalarından birisi niteliğindeki uzlaştırma ceza muhakemesinde önemli bir yer işgal etmekte ve uzlaştırmanın uygulama alanı gün geçtikçe genişlemektedir. Özellikle muhakeme sürecinde ulaşılmaya hedeflenen muhakeme sùjelerinin birbirleri ve yargılama makamları ile aralarındaki etkili iletişimin kurulmasında uzlaştırma kurumu çok ciddi roller üstlenmektedir. Ceza hukukunun normatif yapısı ve olması gerekeni işaret işlevi ekseninde bakıldığında uzlaştırma kurumunun rolü ve önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, gerçekleştirdiği haksızlığın sorumluluğunu üstlenen fail ile iradesine önem verilerek yaşadığı mağduriyetin hukuk düzenince tanındığını ve onarıldığını gören mağdurun uzlaşması, toplumsal barışın sağlanması bakımından etkili bir araç olarak öne çıkmaktadır. Sağladığı diğer kolaylıkların yanında bu işlev, uzlaştırma kurumunun suç politikası araçları içerisindeki yerinin ortaya konulması bakımından büyük önem taşımaktadır. Nitekim ceza hukukunun normatif yapısı ile sosyal gerçekliğinin kesiştiği alan niteliğindeki suç politikası ile toplumsal barışın sağlanmasındaki en etkili yolu tespit etmek ve uygulamak amaçlanmaktadır. Uzlaştırma kurumunun, fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığa karşı hukuk düzenince verilecek tepkiler arasındaki ağırlığı ancak suç politikasının amaçları ve uzlaştırma kurumunun özellikleri dikkate alınarak belirlenebilir. Bu tebliğde öncelikle uzlaştırma kurumunun özelliklerine değinilecek ve ardından uzlaştırmanın ceza muhakemesindeki yeri ele alınacaktır. İlerleyen bölümde ise uzlaştırmanın suç politikası içerisindeki işlevi değerlendirilecektir. Tebliğ ile uzlaştırmaya tabi suçların alanının genişletilmesi gibi tartışmalı hususlarda argüman üretmeye elverişli bir arka planın ortaya konulması yönünde bir adım atılması hedeflenmektedir.

I. GENEL OLARAK UZLAŞTIRMA

Uzlaştırma, hukuk sistemimizde uzun yıllar tartışılmış ve mevzuattaki yerini ilk defa 2005 yılında kabul edilen Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhake-

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: ali.kilic@hbv.edu.tr.

mesi Kanunu ile bulmuştur¹. Her iki kanunda da “uzlaşma” şeklinde adlandırılan kurum ile ilgili düzenlemeler daha sonra Ceza Muhakemesi Kanununa alınmış ve yapılan kanun değişiklikleri ile “uzlaştırma” adı altında yeniden dizayn edilerek günümüzde uygulanan şeklini bulmuştur. Uzlaştırma ile ilgili kanuni metinler üzerinde zaman zaman değişiklikler gerçekleştirilmekte ise de 6713 sayılı kanunla getirilen düzenlemeler, uzlaştırma kurumunun halen geçerli olan ana hattını oluşturmuştur. Bu kanunun kabul edilmesinden sonra yapılan değişikliklerin ise genellikle uzlaştırma kapsamına giren suçlar ve uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin olduğu görülmektedir².

Uzlaştırmanın düzenleniş şekline bakıldığında, bir ceza muhakemesi kurumu olarak kabul edildiği görülmektedir. Uzlaştırma, bir ceza muhakemesi şartıdır. Muhakeme şartları niteliği gereği, kendisine başvurulmaksızın muhakemeye devam edilmesini engelleyen bir nitelik göstermektedir³. Bu bağlamda, muhakeme şartları kişi hakkında yargılama yapılmasını ve uyuşmazlığı esastan çözen bir karar verilmesini engellediği için ceza yaptırımını uygulanmasının önüne geçmektedir⁴.

Kanuni düzenlemeler incelendiğinde şu önemli noktalar öne çıkmaktadır. Her şeyden önce uzlaştırma kurumu esasen soruşturma aşamasında başvurulacak bir yol olarak düzenlenmiştir⁵. Kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından uzlaştırma yoluna başvurulması mümkün olmakla birlikte mahkeme tarafından uzlaştırma muhakeme sürecinde istisnai hallerde gündeme gelecektir⁶. Uzlaştırma kurumuna kural olarak takibi şikâyete bağlı suçlar ve kanunda

¹ Kanun tasarılarında yer verilen düzenlemeler hakkında bilgi ve değerlendirme için bkz. Olgun Değirmenci, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 123 vd.

² 24.10.2019 tarih ve 30928 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile uzlaştırma kapsamına giren ve girmeyen suçların birlikte işlenmesi bakımından aynı mağdura karşı işlenme ölçütü getirilmiş ve üç farklı suç türü uzlaştırma kapsamına alınmıştır. Ayrıca kanunda uzlaştırma süresinin uzatılmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. 27.5.2022 tarih ve 31848 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile de takibi şikâyete bağlı olmasına rağmen ısrarlı takip suçunun uzlaştırma kapsamında olmadığı hüküm altına alınmıştır.

³ Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku- I, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 48-49; Meral Ekici Şahin ve Kürşat Yemenici, “6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13, S. 1, (2018): 445-507, 454; Feridun Yenisey, “Ceza Muhakemesi Søjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19, S.2 (2013) : 453-470, 457; Berrin Akbulut ve Murat Aksan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, (Ankara: Adalet, 2019), 30.

⁴ Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku- I, 49-50.

⁵ İnanç İştin ve İbrahim Sani Mert, “Uzlaştırma Kurumunun Etkinliğinin Artırılması: Uzlaştırma Sürecinde Karşılaşılan Hukuki ve İletişime İlişkin Problemler ile Çözümlerine İlişkin Nitel Bir Araştırma”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6, S.11 (2018): 1-31, 11; Değirmenci, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, 221.

⁶ Sanığa isnat edilen suçun niteliğinin değişmesi, mahkemece kurulan hükmün kanun yolu incelemesinde bozulmuş olması gibi.

uzlaştırmaya tabi olduğu açıkça belirtilen suç tipleri bakımından başvurulabilecektir. Niteliği gereği uzlaştırmamanın mümkün olmadığı suç tiplerinin yanında kanun koyucu bir istisnaya yer vermediği sürece resen takip edileceği öngörülen suçlarda uzlaştırma yoluna başvurulması mümkün değildir. Bunun yanı sıra soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile ısrarlı takip suçunda, uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği kanunda düzenlenmiştir⁷. Uzlaştırma bakımından önem taşıyan hususlardan bir diğeri, suçun işlendiği hususunda kamu davası açılması için yeterli şüphenin elde edilmesi halinde dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilecek olmasıdır. Bu düzenleme ile uzlaştırma kurumunun muhakeme şartı niteliği ile alternatif çözüm yolu olması arasında bir dengenin kurulduğu görülmektedir. Başka bir ifade ile uzlaştırma bir soruşturma şartı değil, soruşturmanın sonunda iddianamenin düzenlenmesi bakımından bir şart olarak öngörülmüştür⁸. Uzlaştırma sürecinin başarı ile sonuçlanmasının ardından şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına ya da kamu davası açılmışsa sanık hakkında davanın düşmesine karar verilecektir.

Yargıtay uzlaştırmayı *uyuşmazlığın yargı dışı yolla ve fakat adli makamlar denetiminde çözümlenmesini amaçlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi* şeklinde tanımlamakta; uzlaştırmamanın *fail 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 kurum* niteliğinde olduğunu belirtmektedir.⁹ Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi de uzlaştırmayı, *işlendiği konusunda yeterli şüphe bulunan bir suçtan dolayı, mağdurun tatmin edilmesi suretiyle fail ve mağdur arasındaki uyuşmazlığın giderilmesini amaçlayan, mağdurun ve failin uzlaşmaları halinde soruşturma veya kovuşturmanın kaldırılmasını sağlayan bir kurum* şeklinde tanımlamaktadır¹⁰.

II. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN UZLAŞTIRMA

Uzlaştırmamanın ceza muhakemesi bakımından bir muhakeme şartı olduğuna yukarıda değinilmişti. Bu kurumun ceza muhakemesindeki diğer önemli boyutu, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması işlevi bakımından bir istisna niteliği göstermesidir. Buna göre, soruşturma aşamasında suç şüphesi altında bulunan kişi ile mağdur uzlaştığında maddi gerçeğin araştırılmasından vazgeçilmektedir¹¹. Her ne kadar şüphelinin mağdur ya da suçtan zarar gören ile uzlaşması bir ölçüde kendisine isnat edilen eylemin sorumluluğunu kabul ettiğini gösterse de uzlaştırma ile sonuçlanan bir soruş-

⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253/3.

⁸ Uzlaştırma yolunun denenmemiş olması Ceza Muhakemesi Kanununun 174/1-c hükmünde iddianamenin iadesi sebebi olarak gösterilmiştir.

⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.07.2018, 2018/4-35-2018/337.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 1.10.2009, 2006/106, 2009/124.

¹¹ Bu konuda bkz. Cumhuriyet Şahin, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6, S. 1-2 (1998): 221-297, 223, 247 vd.

turma ve kovuşturmada maddi gerçeğin tam anlamıyla ortaya konulduğundan söz edilemez. Bu doğrultuda uzlaştırma müzakereleri sırasında ortaya konulan beyanların uzlaşmanın gerçekleşmemesi halinde ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması da yasaklanmıştır¹². Uzlaştırma kurumu ile ilgili ilk düzenlemelerde yer alan “failin suçu kabullenmesi” şartının kaldırılmış olması da bununla ilgilidir.

Uzlaştırma bakımından dikkat çekilmesi gereken hususlardan bir diğeri bu kurumun masumiyet karinesi ile ilişkisinde ortaya çıkmaktadır¹³. Buna göre uzlaştırma yoluna başvurulmadan önce soruşturmanın sonuçlandırılması bakımından yeterli şüphenin elde edilmesi hususuna dikkat edilmeli, şüphelinin kendisine isnat edilen suçu işlemiş olduğu yönünde yeterli delil mevcut olmamasına rağmen uzlaştırma yoluna başvurulması halinde ilerleyen süreçte cezalandırılacağı yönündeki korkunun iradesini etkileyebileceği göz önünde tutulmalıdır¹⁴. Nitekim Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinin 11. maddesinde uzlaştırmadan sorumlu Cumhuriyet Savcısına, gönderme kararına konu dosya içeriğinden şüpheli hakkında kamu davası açılması için yeterli şüphenin tespitine yönelik, suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan deliller toplanmadan dosyanın büroya gönderildiğinin anlaşılması halinde dosyayı geri gönderme yetkisi verilerek masumiyet karinesinin korunmasına yönelik bir düzenlemeye yer verilmiştir¹⁵. Kamu davasının açılması yönünde yeterli delilin bulunmadığı, başka bir ifade ile kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesinin gerekli olduğu hallerde uzlaştırma yoluna gidilemez¹⁶.

Anayasa Mahkemesi, failin uzlaştırmada sorumluluğu kabulünün suçlu sayılmama ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığını ifade etmektedir. Uzlaşmada suçtan doğan sorumluluğun kabul edilmesi, kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması olarak kabul edilemez. Uzlaşma kelime yapısının da ifade ettiği gibi, iki taraflı bir kurumdur. Suçtan zarar görenin zararının giderilmesi halinde uzlaşmayı kabul etmesi bir tarafını, failin suçtan doğan sorumluluğu kabul etmesi diğer tarafını oluşturmaktadır. Aynı şekilde, uzlaşma kurumunun hareket noktası olan onarıcı adalet anlayışında failin suçtan doğan sorumluluğunu kabul etmesi esastır. Failin fiilden dolayı hiçbir sorumluluk duymaması halinde, uzlaşmanın toplumsal barışa hizmet eden ve faili uslandırıcı yönü eksik kalmış olacaktır¹⁷. Mahkeme bir diğer kararında; Uzlaşma kurumu tamamen tarafların özgür iradelerine ve karşılıklı rızalarına dayanmaktadır. İstemedikleri takdirde sanık veya mağdur uzlaşmaya zorlanamaya-

¹² Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253/20.

¹³ Anayasa Mahkemesi, 1.10.2009, 2006/106, 2009/124.

¹⁴ Şahin, “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, 250, Ertuğrul Ünal, “Uzlaştırma ve Hüküm Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17, S. 1 (2018): 195-216, 206-207.

¹⁵ Ünal, “Uzlaştırma ve Hüküm Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, 207.

¹⁶ Veli Özer Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi 11, S. 32 (2016): 7-28, 13.

¹⁷ Anayasa mahkemesi, 1.10.2009, 2006/106-2009/124.

çağı gibi uzlaşma sürecinde gerçekleşen görüşmelerde uzlaşmaktan vazgeçme hakkına da sahip bulunmaktadırlar. Sanık uzlaşmadan vazgeçtiği takdirde, gizlilik ilkesi gereği uzlaşma sürecindeki beyanları delil olarak kullanılmayacak, sanık hakkında olağan soruşturma ve kovuşturma sürecindeki delillere göre karar verilecektir. Uzlaşma teklifi üzerine uzlaşmanın içeriği ve hukuki sonuçları konusunda bilgilendirilen sanığın, hakkında açılan davada beraat edeceği düşüncesiyle bu teklifi kabul etmemesi mümkün olduğundan yargılamanın devamını engelleyen bir husus da bulunmamaktadır. Uzlaştırma yöntemi, tarafların bir yargı mercii önünde sahip oldukları dava haklarını kısıtlamamakta, devletin yargılama yetkisini bertaraf etmemekte, mahkemelerin dava yoluyla çözümlenmesi zorunlu olmayan işlerle meşgul edilmemesi yönünden bir alternatif çözüm yolu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yönleriyle kural hukuk devleti ve suçsuzluk karinesi ilkelerini ihlal etmediği gibi, hak arama hürriyetine aykırılık da teşkil etmemektedir. Şeklinde değerlendirilmelerde bulunarak uzlaştırmanın suçlu sayılmama ilkesi ile çelişen bir yanının bulunmadığını tekrar teyit etmiştir¹⁸.

Uzlaştırmanın bazı diğer ceza muhakemesi kurumları ile ilişkisi de ceza muhakemesi hukukundaki yerinin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Maddi gerçeğin araştırılmasından bir ölçüde vazgeçilmesi sonucunu doğuran ceza muhakemesi kurumlarının önemli bir kısmı alternatif çözüm yöntemi niteliği göstermesine rağmen onarıcı adalet mekanizması niteliğinde değildir¹⁹.

Ceza muhakemesinin başlamasını ve devam etmesini muhakemenin taraflarından birinin iradesine bağlayan, başka bir ifade ile kamu davasının mecburiliği ilkesine istisna getiren şikâyet kurumu da uzlaştırmadan farklı bir nitelik göstermektedir²⁰. Şikâyetin bulunmaması, ceza muhakemesinin başlamasına veya ilerlemesine engel olduğu için şikâyetin bulunmadığı veya geri alındığı durumlarda uzlaştırma yoluna başvurulması mümkün değildir. Ceza muhakemesi sürecinin şikâyetin bulunmaması nedeniyle başlamaması veya şikâyetin geri alınmasıyla sonlanması ile tarafların uzlaşması arasında - sonuçları ceza muhakemesi bakımından aynı olsa dahi - ciddi farklılıklar bulunmaktadır²¹. Şikâyetin bulunmaması durumunda, mağdur veya suçtan zarar gören, karşılaştığı eylemin muhakeme makamları tarafından takibini talep etmemekte iken uzlaştırmada bu eylem ile ilgili olarak fail ile uzlaşmakta ve bu sayede fail tarafından ihlal edilen normun hukuk düzenince teyit edildiğini görmektedir. Diğer bir ifade ile şikâyette bulunmayarak iradesini

¹⁸ Bu karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Zekiye Özen İnci, "Uzlaştırma Kurumu Mahkûmiyet Kararı Verilmesine Alternatif midir? Anayasa Mahkemesi'nin 13.02.2019 Tarih, 2018/101 E. ve 2019/3 K. Sayılı Kararı Hakkında Düşünceler", Terazi Hukuk Dergisi 14, S.156, (2019): 1624-1629.

¹⁹ Yenisey, "Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu", 457-458.

²⁰ Akbulut ve Aksan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 38.

²¹ Doktrinde şikâyete bağlı suçlarda uzlaşmanın "zararının giderilmesi koşulu ile, şikâyetten vazgeçme" şeklinde nitelendirildiği de görülmektedir. Yenisey, "Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu", 457.

karşılaştığı haksızlığın yargı organları tarafından takip edilmesi yönünde kullanmayan mağdurun durumu ile gerçekleştirilen haksızlığa karşılık uzlaşma sürecinde dinlenen ve bir edim karşılığında veya edimsiz şekilde uzlaşan mağdurun durumu arasında ciddi bir farklılık bulunmaktadır²². Niteliği itibarıyla şikayete bağlı suçların, birkaç istisna dışında uzlaşma kapsamına girmesi bu iki kurumun ortak özelliklerine işaret etmekteyse de iki kurum birbirinden farklı özellik göstermektedir.

III. SUÇ POLİTİKASI VE UZLAŞTIRMA

Suç politikası haksızlık teşkil eden eylemlere hukuk düzeni tarafından ne şekilde tepki gösterileceği ile ilgilidir. Buna göre, hukuk düzeninin haksızlık teşkil eden eyleme uygulayacağı yaptırımın belirlenmesi suç politikasının konusunu oluşturmaktadır²³. Suç politikasının odak noktası, ceza hukukunun işlevinin en etkili şekilde gerçekleştirilmesine ilişkindir ve suç politikası ceza hukuku dogmatığının temel ilkelerinin çizdiği sınırlar içerisinde kalmak durumundadır²⁴. Dönmezer'in tanımı ile suç politikası, *genel ve özel önleme dahil, suça karşı direnç ve mücadele hedefleri belirlemek, araçları tespit etmek ve bunların ne suretle kullanılacaklarını göstermek üzere oluşturulan stratejiler ve bunların uygulanması san'atını* ifade eder²⁵. Suç politikası kapsamında haksızlık teşkil eden eyleme gösterilecek tepkinin belirlenmesi, eylemin haksızlık niteliğinden bağımsızdır. Haksızlık teşkil etmeyen bir eylem suç politikası enstrümanları ile ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutulamaz. Buna karşılık gerçekleştirilen eylemin haksızlık niteliği devam etmesine rağmen bu haksızlığa karşılık olarak ceza yaptırımı uygulanmaması veya faile verilecek cezada indirim yapılması suç politikası kapsamında belirlenebilir²⁶.

²² Bu konuda bkz. Hakan Yavuz, "Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 6, S. 23(2015): 85-115, 105.

²³ Anayasa Mahkemesinin şu tespitleri bu bakımdan önem taşımaktadır: Hukuk devletinde, Anayasa'da belirtilen ilkelere ve ceza hukukunun genel kurallarına aykırı olmadıkça yasa koyucu cezalandırma yetkisini kullanırken, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunların hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenек yaptırımlarla karşılanacağını, hangi suçların uzlaşmaya tâbi olacağını, uzlaşma yöntemini ve şartlarını belirleme, öngörülen uzlaşma kurallarının çocuk suçluluğuna ve suça sürüklenen çocukların ıslahına etkisini değerlendirme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu itibarla, takip edilen suç ve ceza politikasının gereği olarak yapılan yasal düzenlemelerin sosyal düzene ve toplumsal barışa etkisini, suç ve suçlulukla mücadelede verdiği veya vereceği sonuçları değerlendirerek gerekli önlemleri almak yasa koyucunun görev alanına girmektedir. Anayasa mahkemesi, 1.10.2009, 2006/106, 2009/124, s. 7.

²⁴ Hans Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, (Berlin: Duncker Humblot, 1996), 22.

²⁵ Sulhi Dönmezer, "Suç Siyaseti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 52, S. 1-4 (1986-1987): 1-33, 7, suç siyaseti kavramı ile ilgili ayrıca bkz. Mehmet Emin Artuk, "Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bakımından Değerlendirilmesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, S. 2 (2006): 9-18, 3 vd.

²⁶ Ali Şahin Kılıç, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020, 85-86.

Hukuk düzeni cezaya layık bir norm ihlali ile karşılaştığında genellikle bu eyleme karşı verilecek olan tepki olarak cezalandırmayı tercih eder²⁷. Bu yaklaşım, özellikle yakın tarihte sorgulanmaya başlanmış ve ceza hukukunun ceza dışında kalan diğer araçları etkin bir şekilde kullanmasının gerekip gerekmediği tartışmaya açılmıştır²⁸. Hukukumuzda suç politikasının enstrümanlarının önemli bir bölümü ile şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler ve etkin pişmanlık düzenlemelerinde karşılaşılmaktadır. Bu bağlamda uzlaştırmanın bir suç politikası aracı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Uzlaştırma, cezaya layık haksızlık teşkil eden birtakım eylemler dolayısıyla, fail ve mağdur arasında iletişim kurulmasına ve bu iletişimin başarılı olması durumunda failin ceza hukuku sorumluluğundan kurtulmasına yönelik bir kurumdur. Bu yönüyle uzlaştırma, cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil eden eylem dolayısıyla failin cezalandırılmasının önüne geçmesi itibarıyla suç politikasıyla yakın ilişki içerisinde. Uzlaştırma sonucunda, gerçekleştirdiği iddia edilen haksızlığın doğurduğu sorumluluğu üstlenen fail ile mağdur arasında bir iletişim kurulmakta ve bu şekilde ceza hukuku uyumsuzluğu çözümlenmektedir. Suç politikasının başarılı sayılabilmesinin uyumsuzluğun tarafları ile hukuk düzeni arasında doğru bir iletişimin kurulmasına bağlı olduğu düşünüldüğünde uzlaştırma kurumunun etkili bir suç politikası aracı olarak kullanılabilmesinde kuşku bulunmamaktadır. Uzlaştırma sonucunda, ceza hukuku yaptırımlarının dışında bırakılan kişi gerçekleştirdiği failin cezaya layık bir haksızlık teşkil ettiğini anlayabilmekte, bu şekilde hukuk düzeni, haksızlık gerçekleştiren kişiye ceza hukuku yaptırımlarına başvurmaksızın olması gerekeni işaret etmiş olmaktadır. Bunun yanı sıra uzlaştırmanın bir diğer önemli avantajı, mağdur veya suçtan zarar gören ile etkili bir iletişimin kurulmasını sağlayarak toplumsal barışın yeniden tesisinde önemli bir rol üstlenmesinde kendini göstermektedir.

Uzlaştırmanın suç politikası araçlarından birisi olarak tercih edilmesi, halihazırda mevcut suç politikası araçlarından beklenen faydanın sağlanmadığı yönünde bir tespitin veya uzlaştırma yoluna başvurularak daha etkili sonuç alınacağı yönünde bir beklentinin varlığını işaret etmektedir. Bu kapsamda uzlaştırmanın bir suç politikası aracı olarak kabulünün gerekçelerinin ortaya konulması önem arz eder. Uzlaştırmanın alternatif bir uyumsuzluk çözüm yöntemi olarak kabulünü gerekçelendiren yargının iş yükünün azaltılması, daha az masrafla uyumsuzlukların çözülmesi gibi pratik gerekçeler, suç politikasının esas ilgi alanının dışında kalmaktadır. Bunlar gibi gerekçeler önem taşımakta ise de uzlaştırmanın suç politikası aracı olarak kabul edilmesinin farklı gerekçeleri bulunmaktadır.

²⁷ Dieter Dölling ve Elmar Weitekamp, Täter-Opfer-Ausgleich: Implementation und Wirkungen Ein Beitrag zu Möglichkeiten und Grenzen kriminalwissenschaftlicher Implementationsforschung, Die Wirklichkeit des Rechts, ed. Reichertz, Jo, (Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 1998), 134-143, 134.

²⁸ Dölling ve Weitekamp, "Täter-Opfer-Ausgleich: Implementation und Wirkungen Ein Beitrag zu Möglichkeiten und Grenzen kriminalwissenschaftlicher Implementationsforschung" 134.

Uzlaştırmanın yakın dönemde sıklıkla gündeme gelmesinin nedenlerinden biri mağdurun zararının tazmininin salt bir özel hukuk sorunu olarak görülmesinden uzaklaşılması ile de ilgilidir²⁹. Buna göre cezanın amacına ilişkin kabullerde meydana gelen değişimler ile failin resosyalizasyonunun esas odak noktası olmaktan çıkarak *mağdurun yeniden keşfedilmesi* uzlaştırma kurumuna olan ilgiyi artırmıştır³⁰. Bu bakımdan uzlaştırma kurumunun önem kazanmasının, ceza muhakemesinde mağdurunun etkinliğinin artması ile de yakından ilgili olduğu görülmektedir³¹. Nitekim uzlaştırma mağdurun zararının karşılanması ile failin gerçekleştirdiği eylemden kaynaklanan sorumluluğu üstlenmesini sağlayabilecek bir konumda bulunmaktadır³². Yakın zamanda mağdurun da ceza muhakemesinin ilgisini çekmesi ve mağdurun yargılama sürecine katılımının artırılması alternatif çözüm yöntemleri bakımından da mağdurun etkili bir konuma gelmesini sağlamıştır.

Uzlaştırmanın uygulama alanının genişlemesi veya bu yönde bir arayış içerisine girilmesinin nedenlerinden bir diğeri, cezanın işlevleri arasında yer alan genel ve özel önleme bakımından yaptırımlar sisteminden beklenen verimin alınmaması ile ilgilidir. Özellikle özel önleme ile ilgili olarak doktrinde failin resosyalizasyonu bağlamında cezalandırmadan beklenen verimin alınmadığı bu nedenle uzlaştırmanın bir alternatif yöntem olarak ortaya atıldığı ileri sürülmektedir³³. Bu görüş, özellikle çocuklar bakımından hürriyeti bağlayıcı cezaların neden olduğu sonuçların, çocuğun yeniden topluma kazandırılmasının sağlanmasında yeni arayışları gerekli kıldığını ifade etmektedir³⁴. Yine cezanın genel önleme işlevi bakımından öngörülen yaptırımın şiddetinden ziyade işlenen eylemin mutlaka sorumluluğa yol açacağı yönündeki inancın kişileri suç işlemekten alıkoymakta daha etkili olduğu yönündeki kabul de cezalandırma sistemini yeni arayışlara iten faktörler arasında yer almaktadır³⁵. Uzlaştırma bir yönüyle gerçekleştirilen haksız eylemden doğan sorumluluğun üstlenilmesi bakımından cezaya layık eylemin karşılığının verilmesi ile ilgiliyken diğer yandan failin resosyalizasyonu ile ilgilidir³⁶. Mağdur ile uzlaşan fail kendi eyleminin sonuçlarını ve kusurlu hareket ettiğini kabullenmekte, neden

²⁹ Dieter Dölling, "Der Täter-Opfer-Ausgleich - Möglichkeiten und Grenzen einer neuen kriminalrechtlichen Reaktionsform", *JuristenZeitung* 47, S. 10 (1992): 493-499, 493.

³⁰ Hans Joachim Hirsch, "Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 102, S. 3 (1990): 534-562, 534.

³¹ Dölling, "Der Täter-Opfer-Ausgleich - Möglichkeiten und Grenzen einer neuen kriminalrechtlichen Reaktionsform", 494.

³² Hirsch, "Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts", 535.

³³ Christian Pfeifer, "Täter-Opfer-Ausgleich - das Trojanische Pferd im Strafrecht? Kriminalpolitische Überlegungen und Vorschläge zur Integration des neuen Konzepts in das JGG und StGB", *Zeitschrift für Rechtspolitik* 25, S. 9 (1992), 338-345, 339.

³⁴ Pfeifer, "Täter-Opfer-Ausgleich - das Trojanische Pferd im Strafrecht?", 339, Çocuklar bakımından uzlaştırma ile ilgili açıklamalar için bkz. Burcu Baytemir Kontacı, "Çocuklar Bakımından Uzlaştırma: Farklı Yararlar Arasında Bir Denge Arayışı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, S. 4 (2020): 1705-1772.

³⁵ Pfeifer, 339.

³⁶ Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ullrich Paeffgen, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, (Baden-Baden, Nomos 2017), § 46a, Kn. 2.

olduğu neticeleri veya eyleminin oluşturduğu rahatsızlığı gidermeye yönelmektedir³⁷. Bu yönüyle uzlaştırma kişinin kusurundan arınmasında aktif bir rol oynamasına da olanak sağlamaktadır³⁸. Anayasa Mahkemesi de işlendiği iddia edilen eylem dolayısıyla failin sorumluluğu kabulünü uzlaştırmanın faili uslandırıcı yönü olarak değerlendirmektedir³⁹. Yine toplumda özellikle haksızlık içeriği düşük suç tipleri bakımından failin özür dilemesi ya da mağdurun zararını karşılaması gibi yaptırımların yeterli olduğuna ilişkin bir kabulün oluşmuş olması da uzlaştırmanın uygulama alanının genişlemesine dayanak olarak gösterilen hususlar arasında yer almaktadır⁴⁰. Bu tespitlerle ilgili olarak özellikle Türk Ceza Hukuku sistemi ve suç politikası bakımından birtakım saha araştırmalarının yapılarak veri toplanması gerektiği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Uzlaştırma ile sonuçlanan uyuşmazlıklarda uzlaştırmanın özel önleme işlevi bakımından etkili olup olmadığının belirlenmesi⁴¹, uzlaştırma kapsamına alınacak suçların tespiti gibi hususlarda bu yöndeki çalışmaların ciddi önem taşıyacağı açıktır.

Uzlaştırma kurumu, uğradığı zararın bir ölçüde karşılanması olanağını sunarak, mağdurun karşılaştığı fiil nedeniyle sarsılan hukuk düzenine karşı duyduğu güveni geri kazanmasına hizmet eder⁴². Uzlaştırmanın temel noktasında fail ile mağdur arasında kurulan uyuşmazlıkla ilgili iletişim yer almaktadır⁴³. Uzlaştırmada esas odak noktası, fail ile mağdur arasındaki uyuşmazlığın yönetimine ilişkindir. Toplumsal barışın yeniden tesisinde gerek fail ile mağdur arasında kurulan iletişim gerekse de uzlaştırma süreci sonucunda belirlenen edimlerle fail ile mağdur arasındaki uyuşmazlık çözümlenmektedir. Uzlaştırma, faile gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle bozulan toplumsal barışın yeniden inşasında yapıcı bir rol oynama fırsatı sunmaktadır⁴⁴. Bu yönüyle uzlaştırma suç politikasında belirli bir konumu haiz etkin pişmanlık gibi diğer mekanizmalardan farklı niteliktedir. Öncelikle uzlaştırma, mağdurun zararının fail tarafından karşılanmasından farklıdır⁴⁵. Mağdurun zararının karşılanması başlı başına ceza hukukunun amaçları arasında yer almaz, bunun sağlanması için başka hukuki mekanizmalar ile mümkündür⁴⁶. Bununla birlikte izlenen

³⁷ Wolfgang Stein, "Täter-Opfer-Ausgleich und Schuldprinzip: Überlegungen zur geringen Akzeptanz des Täter-Opfer-Ausgleichs für Erwachsene in der Praxis", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, S. 8 (2000): 393-397, 397.

³⁸ Stein, "Täter-Opfer-Ausgleich und Schuldprinzip", 394-395.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, 1.10.2009, 2006/106, 2009/124, s.7.

⁴⁰ Pfeifer, "Täter-Opfer-Ausgleich - das Trojanische Pferd im Strafrecht?", 340.

⁴¹ Bu yönde bir çalışma için bkz. Jiska Jonas-van Dijk, Sven Zebel, Jacques Claessen, ve Hans Nelen, "Victim-Offender Mediation and Reduced Reoffending: Gauging the Self-Selection Bias", *Crime & Delinquency* 66, S. 6-7, (2020): 949-972.

⁴² Bernd- Dieter Maier, *Strafrechtliche Sanktionen*, (Berlin:Springer, 2019), 409.

⁴³ Maier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 409.

⁴⁴ Dölling, "Der Täter-Opfer-Ausgleich - Möglichkeiten und Grenzen einer neuen kriminalrechtlichen Reaktionsform", 494.

⁴⁵ Mağdurun zararının karşılanmasına suç teorisinde bir konum verilmesine ilişkin olarak bkz. Hirsch, "Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts", 537 vd.

⁴⁶ Hirsch, "Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts", 541.

suç politikası uyarınca etkin pişmanlık gibi cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep niteliğindeki kurumlar mağdurun zararının karşılanması halinde faile verilecek cezada indirim yapılmasını öngörebilir⁴⁷.

Yukarıda da ifade edildiği üzere uzlaştırmanın ayırt edici özelliği fail ile mağdur arasında kurulan iletişimde kendini göstermektedir. Mağdurun zararının karşılanması gerçekleştirilen eylemin haksızlık niteliği üzerinde bir etki göstermemekle birlikte izlenen suç politikası gereğince cezada indirim yapılmasını gerektirebileceği gibi faile ceza verilmemesi sonucunu da doğurabilir. Ancak bu durumda uzlaştırmada kurulan iletişimden söz edilemeyeceği için uzlaştırma bu şekildeki suç politikası araçlarından farklı bir nitelik göstermektedir. Mağdurun zararının karşılanması da uzlaşma gibi failin gerçekleştirdiği eylemin sonuçlarını kabullenmesi ve eyleminin meydana getirdiği neticeleri gidermeye çalışması bakımından ıslah edici bir işlev görmektedir⁴⁸. Uzlaştırmanın kanundaki ilk düzenleme şeklinde etkin pişmanlık kapsamına giren suçlarda uzlaştırma yoluna başvurulamayacağı düzenlenmişti. Bilahare kanunda yapılan değişikliklerle bu hüküm kaldırılmış, etkin pişmanlığın cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak öngörüldüğü suçlar bakımından da uzlaştırma yoluna gidilmesinin önü açılmıştır. Bu kapsamda, mağdurun zararının karşılanmasına rağmen uzlaşmayı kabul etmediği takdirde fail kanunda öngörülmüş olması durumunda mağdurun zararını tazmin ettiğinden cezasında indirim yapılacak, uzlaşmanın gerçekleşmiş olması durumunda ise kişiye herhangi bir ceza verilmeyecektir. Bu durum da aslında uzlaştırmanın mağdurun zararının tazminini esas alan bir kurum olmadığını göstermektedir. Burada dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, Cumhuriyet savcısının cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlığın gerçekleşmesi halinde Ceza Muhakemesi Kanununun 171. maddesi uyarınca takdir yetkisini kullanarak kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermesi halinde uzlaştırma yoluna gidilmesinin mümkün olmadığıdır. Ancak bu halde Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kamu davası açmak yönünde kullanması halinde uzlaştırma yolunun denenmesi gerekecektir⁴⁹. Bu duruma ilişkin hukuki düzenlemenin daha açık bir şekilde düzenlenmek üzere ele alınması yararlı olacaktır.

Suç politikası ve uzlaştırma ilişkisi bağlamında ele alınması gereken bir diğer hususla, uzlaştırmanın diğer alternatif çözüm yolları ile ilgisinde karşılaşılmaktadır. Örneğin, Ceza Muhakemesi Kanununun Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi yetkisine ilişkin 171. maddesinin 2. fıkrasında uzlaştırma kapsamındaki suçlarda kamu davasının açılmasının

⁴⁷ Bu gibi kurumların tazmin edici adalet kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi için bkz. Ekrem Çetintürk, "Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Ceza Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış)", *Ceza Hukuku Dergisi* 9, S. 4 (2009): 191-245, 209-210.

⁴⁸ Claus Roxin ve Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, (München: C.H. Beck, 2020), 170.

⁴⁹ Değirmenci, 230.

ertelenmesine karar verilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, sözgelimi *kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartları gerçekleşmiş olmasına rağmen şüphelinin uzlaşmak istemesi ve fakat mağdurun uzlaşmayı kabul etmemesi halinde kişi hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilemeyecektir. Bu durumun gözden geçirilmesi ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinin genişletilmesinin değerlendirilmesi gerekli görülmektedir.*

Uzlaştırma kapsamında yer alan suç tiplerinde, suç uzlaştırma kapsamına girse dahi bazı durumlarda Cumhuriyet savcısına uzlaştırma yoluna gidip gitmeme hususunda takdir yetkisi verilmesi değerlendirilmesi gerekli görülen bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Halihazırdaki sistemde cinsel suçlar uzlaştırma kapsamı dışında bırakılmış olmasına rağmen, cinsel motifle işlenen birtakım suçlar bu kapsama girmekte ve uzlaştırma yolunun denemesini gerektirebilmektedir. Bu durum her ne kadar birtakım eylemlerin yeni suç tipleri şeklinde düzenlenmesi ile çözülebilecek nitelikte ise de uzlaştırma bağlamında özellikle özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlarda karşımıza çıkmaktadır⁵⁰. Bu bakımdan birtakım şartlar öngörülerek Cumhuriyet savcısına uzlaştırma kapsamına giren bir suçun tipikliğini oluşturan eylem bakımından uzlaştırma yolunun denenip denenmemesi hususunda takdir yetkisinin tanınması değerlendirilmesi gereken hususlar arasında yer almaktadır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Uzlaştırma, ceza muhakemesi hukukunda olduğu kadar, suç teorisi ve suç politikasına ilişkin tartışmalarda önemli bir konumu haizdir. Özellikle

⁵⁰ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 17.4.2019 tarih ve 2019/5169 sayılı kararına konu olan olayda, Sanık A, mağdur B'nin doğum gününde, B doğum gününe gelen bir misafirini karşılamakta-yken misafirine sarıldığı sırada arkasına geçerek fotoğrafını çeker, B'nin elbisesinin etek kısmının açılması nedeniyle altındaki iç çamaşırı da görünen fotoğraf, A tarafından, A'ya ait sosyal medya hesabından, mağdurun rızası olmaksızın paylaşılır. Daire bu olayda işlenen fiilin özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna vücut verdiği, bu suçun da Türk Ceza Kanunu'nun 139/1 ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253/1-a hükümleri gereğince uzlaşmaya tabi suçlardan olduğu tespiti ile, soruşturma evresinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesi uyarınca uzlaştırma işlemleri yerine getirilmeden dava açılması gerekçesi ile hükmün bozulmasına karar vermiştir. Bu şekilde görüntüleme eylemlerinin ceza hukukundaki konumuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Ali Şahin Kılıç ve Gökhan Ölmez, "Alman ve Türk Ceza Hukukunda Görüntüleme Yoluyla Beden Mahremiyetinin İhlali", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8, S.16 (2020): 665 - 680.

mağdurun zararının karşılanması ve uzlaştırma sırasında tipe uygun eylemi gerçekleştirdiğinden şüphe edilen kişinin eyleminin sorumluluğunu üstlenmesi bağlamında uzlaştırma suç teorisinde farklı tartışmalara yol açmaktadır. Benzer şekilde, suç politikası kapsamında da uzlaştırma önemli tartışmaların odağına yerleşmiştir. Uzlaştırmanın, suç politikası içerisindeki etkinliğinin belirlenmesinde saha araştırmalarının önemli bir rol oynaması gerektiği açıktır. Bu yönde özellikle, uzlaşan failin bilahare suç soruşturmasına maruz kalıp kalmadığı, daha sonra işlediği iddia edilen suçla ilgili uzlaşma teklifini kabul edip etmediği gibi hususların araştırılması ve elde edilen verilerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu yöndeki çalışmalar, uzlaştırma kurumunun etkinliğini göstereceği gibi ceza hukuku yaptırımlarının uygulandığı durumlara ilişkin verilerin kıyası ile ileride uzlaştırmanın uygulama alanının genişletilmesinin isabetli olup olmayacağı yönünde alınacak kararlar bakımından da yol gösterici olacaktır.

Uzlaştırmanın uygulama alanına giren suçlara yenilerinin eklenmesi ya da başka bir ifade ile uzlaştırmanın kapsamının belirlenmesi bağlamında ele alınması gereken bir mesele, mağduru belirli bir kişi olmayan suçlar bakımından uzlaştırma yolunun öngörülebilirliğine ilişkindir. Bu şekildeki suçlar niteliği itibarıyla uzlaştırmaya uygun değildir. Uzlaştırma yolunda öngörülen iletişim, yargı organları ile fail arasında kurulabilecek nitelikte değildir. Bu gibi durumlarda suç politikası ön ödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi başka alternatif çözüm yollarını araç olarak kullanmaktadır. Bununla ilgili olarak uzlaştırma kapsamında yer alan bir suçun tipikliğine uyan eylemin aynı zamanda resen takip edilen sözgelimi bir tehlike suçunun tipine de uyması halinde sürecin uzlaşma ile sonuçlandırılması yönünde açık bir düzenleme yapılmasının gerekip gerekmediği değerlendirilmelidir. Benzer şekilde uzlaştırma kapsamında yer alan suç tiplerinde, suç uzlaştırma kapsamına girse dahi çeşitli nedenlerle Cumhuriyet savcısına uzlaştırma yoluna gidip gitmeme hususunda takdir yetkisi verilmesi tartışma konusu edilmeye değer bir husus olarak görülmektedir.

Suç politikasında uzlaştırmanın konumu ile ilgili ele alınması gereken hususlardan sonuncusu, uzlaştırmanın diğer alternatif çözüm yolları ile ilişkisi ile ilgilidir. Buna göre, suç politikasının dizaynında uzlaştırma diğer alternatif çözüm yolları ile beraber değerlendirilmesi sistemin bir bütün olarak etkinliğinin sağlanması hedeflenmelidir. Bu kapsamda, kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi kurumların uzlaştırma ile daha uyumlu bir şekilde düzenlenmesi değerlendirme konusu yapılmalıdır.

Yararlanılan Kaynaklar

- Akbulut, Berrin ve Aksan, Murat, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Ankara: Adalet, 2019.
- Artuk, Mehmet Emin, "Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bakımından Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 2 (2006): 9-18.
- Çetintürk, Ekrem, "Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Ceza Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış)", *Ceza Hukuku Dergisi* 9, S. 4 (2009): 191-245.
- Dölling, Dieter ve Weitekamp, Elmar, "Täter-Opfer-Ausgleich: Implementation und Wirkungen Ein Beitrag zu Möglichkeiten und Grenzen kriminalwissenschaftlicher Implementationsforschung", *Die Wirklichkeit des Rechts*, (ed. Reichertz, Jo), Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 1998: 134-143
- Dölling, Dieter, "Der Täter-Opfer-Ausgleich - Möglichkeiten und Grenzen einer neuen kriminalrechtlichen Reaktionsform", *JuristenZeitung* 47, S. 10 (1992): 493-499.
- Dönmezer, Sulhi, "Suç Siyaseti", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 52, S. 1-4 (1986-1987): 1-33.
- Ekici Şahin, Meral ve Yemenici, Kürşat "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 1, (2018): 445-507.
- Hirsch, Hans Joachim, "Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 102, S. 3 (1990): 534-562.
- İnci, Zekiye Özen, "Uzlaştırma Kurumu Mahkûmiyet Kararı Verilmesine Alternatif midir? Anayasa Mahkemesi'nin 13.02.2019 Tarih, 2018/101 E. ve 2019/3 K. Sayılı Kararı Hakkında Düşünceler", *Terazi Hukuk Dergisi* 14, S.156, (2019): 1624-1629.
- İşten, İnanç ve Mert, İbrahim Sani, "Uzlaştırma Kurumunun Etkinliğinin Artırılması: Uzlaştırma Sürecinde Karşılaşılan Hukuki ve İletişime İlişkin Problemler ile Çözümlerine İlişkin Nitel Bir Araştırma", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S.11 (2018): 1-31.
- Jonas-van Dijk, Jiska, Zebel, Sven, Claessen, Jacques ve Nelen, Hans, "Victim-Offender Mediation and Reduced Reoffending: Gauging the Self-Selection Bias", *Crime & Delinquency* 66, S. 6-7, (2020): 949-972.
- Kılıç, Ali Şahin ve Ölmez, Gökhan, "Alman ve Türk Ceza Hukukunda Görüntüleme Yoluyla Beden Mahremiyetinin İhlali", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S.16 (2020): 665- 680.

- Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid ve Paeffgen, Hans-Ullrich, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos 2017.
- Kontacı, Burcu Baytemir, “Çocuklar Bakımından Uzlaştırma: Farklı Yararlar Arasında Bir Denge Arayışı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, S. 4 (2020): 1705-1772.
- Maier, Bernd- Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin: Springer, 2019.
- Özbek, Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi* 11, S. 32 (2016): 7-28.
- Pfeifer, Christian, “Täter-Opfer-Ausgleich - das Trojanische Pferd im Strafrecht? Kriminalpolitische Überlegungen und Vorschläge zur Integration des neuen Konzepts in das JGG und StGB”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 25, S. 9 (1992), 338-345
- Roxin, Claus ve Greco, Luis, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: C.H. Beck, 2020.
- Stein, Wolfgang. “Täter-Opfer-Ausgleich und Schuldprinzip: Überlegungen zur geringen Akzeptanz des Täter-Opfer-Ausgleichs für Erwachsene in der Praxis”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, S. 8 (2000): 393-397.
- Şahin, Cumhur ve Göktürk, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku- I*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Şahin, Cumhur, “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S. 1-2 (1998): 221-297.
- Ünal, Ertuğrul, “Uzlaştırma ve Hüküm Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17, S. 1 (2018): 195-216.
- Yavuz, Hakan, “Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 6, S. 23(2015): 85-115.
- Yenisey, Feridun, “Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19 (2013) : 453-470

PANDEMİ SÜRECİNDE “HUKUK DEVLETİ”Nİ HAYEK EKSENİNDE DÜŞÜNMEK

*Nergis KULAKSIZOĞLU MERCAN**

GİRİŞ

Pandeminin derinleştirdiği sosyal eşitsizlikler ve pandemi önlemleri nedeniyle bireysel özgürlüklere müdahaleler hukuk devletini yeniden düşünmeyi gerektirmiştir.

Friedrich von Hayek ekonomi alanında Nobel ödülü sahibi bir düşünür olarak yaygın biçimde tanınsa da genel hukuk düşüncesi, hukuk felsefesi, adalet teorisi konularında önemli katkılar sunmuştur. Hukuk devletine güncel açılımlar sağlamış liberal bir düşünürdür. Düşünüğe göre bir ülkenin özgür olup olmadığı hukuk devleti kaidelerine saygı duyup duymadığına göre tespit edilebilir.

Pandeminin ilerleyişiyle bireysel özgürlüklerin sınırları ve sosyal devlet tartışmaları hız kazanmıştır. Hayek düşüncesinde devletten bahsettiğimizde aslında hukuk devletinden bahsetmiş oluruz. Bu yaklaşımın ayırt edici özelliği hukuk devleti ile sosyal devlet arasında mevcut olan gerilimdir.

I. HAYEK DÜŞÜNÇESİNDE HUKUK DEVLETİ VE SOSYAL DEVLET

Hayekçi liberalizmin temel iki ilkesinin serbest piyasa ekonomisi ve hukukun hakimiyeti ya da hukuk devleti olduğunu ifade edebiliriz. Bu sebeple de pandemi sürecinde hukuk devletini yeniden düşünürken başvurulması gereken en önemli isimlerden biri Hayek'tir.

Hayek, yaşadığı döneme damgasını vuran totaliter rejimlerin yayılması, bireyi eriten totaliter düşünceye karşı özgürlüğün ve hukukun üstünlüğünün savunulması noktasında önemli düşünsel gayretler göstermiştir. Geçmişte totaliter rejimlerin bireysel özgürlükler üzerinde yarattığı tahribat düşünürün haklılığını göstermiştir.

Hayek, bir serbest piyasa ekonomisi savunucusu ve kaba bireyciliğe indirgenemeyecek bir düşünürdür. Aslında onun hukuk teorisinin temel amacı özgürlüktür. Bu yaklaşımda özgürlük, hukuk daha doğrusu kanunlar çerçevesinde kullanılır ancak hukuk özgürlüğün üzerinde konumlanmamıştır. Hukuk, Hayek düşüncesinde özgürlüğü korumak üzere araçsallaşmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana bilim Dalı E-posta Adresi: nkmercan@ticaret.edu.tr.

Hayek hukuka bağılı devleti, hükümetin faaliyet ve eylemlerinde önceden ve açıkça ilan edilen, tarafsız, genel, soyut nitelikli birtakım kurallara göre hareket etmesi olarak tanımlamaktadır¹ Biçimsel hukuk devletindeki güvenceler bireylerin kanunların onları nasıl etkileyeceğini önceden bilebilmelerini sağlamaktadır. Hayek'in hukuka bağılı devletindeki kanun ölçütü, ilgili düzenlemenin belirli kişi veya grubun lehine ya da aleyhine ayırım yapmamasıdır.

COVID-19 pandemisi tıbbi küresel bir salgını ifade etmenin yanı sıra kolektif bir korku salgınına da neden olmuştur. Yurttaşlar ulus devlet sınırlarına hapsolmuş, devletlerin varlığına yönelik gereksinim daha kuvvetli biçimde hissedilmiştir.

Biçimsel hukuk devletinden farklı olan maddi hukuk devleti ise toplumdaki dezavantajlı kesimleri koruma adına etkinlik alanını genişletmiştir. Maddi hukuk devletinin en güçlü şeklini sosyal devlet ya da refah devleti oluşturmaktadır.

Hayek'in "büyük/açık toplum" ve kabile tarzı "küçük toplum" ayrımı önem taşır. Küçük ölçekli toplumlarda insanlar birbirleri için gönüllü yükümlülükler altına girseler de (kendi türüne kardeşlik duygusuyla yardım etme) de aslında tüm bunlar ahlaki ödevlerdir². Söz konusu ahlaki ödevler büyük ölçekli bir toplumda hukuki yükümlülüklerle dönüştürülemez. Büyük toplumda fedakarlığa dayanan bu düzen verimli ve faydalı olamaz³.

Robert Nozick gibi minimal devlet tasarımı yanlısı liberteryen düşünürlerle göre dayanışma zor/hukuk yoluyla dayatılamaz. ⁴. Nozick'e göre eşitlik ve özgürlük asla uzlaştırılamayacak iki kavram olduğundan toplumsal kaynakların dağıtımını bireylerin özgürlüğü ihlal edilmeden gerçekleştirilemez⁵ Liberteryen ideoloji, sosyal adalet çerçevesinde gerçekleşecek kamusal müdahalelere karşıdır⁶. Ancak Hayek liberteryenler gibi "bırakınız yapsın"cı değildir; yoksulluk içinde bulunan insanlara asgari bir yardım yapılması gerekliliğini vurgular. Kendi türüne duyulan sempati ve insancıl duygularda temellenirdiği sosyal yardımların sınırı piyasanın kendiliğinden ve etkin işlerlidir⁷.

Hayek, liberteryenlerden farklı olarak, çağdaş refah devletini ya da sosyal devleti pek çok hizmet sağladığı için değil, bunu hukuk devletinin genellik ve eşitlik gerekliliklerinin sınırları dışında yaptığı için mahkum eder⁸.

¹ Friedrich Von Hayek, Kölelik Yolu (Ankara: Liberte Yayınları, 2015), 107.

² Sururi Aktaş, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi (Ankara: Liberte Yayınları, 2001) 204.

³ Atilla Yayla, Özgürlük Yolu: Hayek in Sosyal Teorisi (İstanbul: Profil Yayıncılık, 2014) 141.

⁴ Mehmet Kocaoğlu, Robert Nozick: Adalaet Teorisi ve Temel Kavramları, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2018) 67.

⁵ Raymond Wacks, Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş (Fatma Süzgül, Şahin Ünver ve Serdar Ünver (çev.), Ankara: Astana Yayınları, 2016) 376.

⁶ Sezgin Seymen Çebi, Sosyal Adalet: Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012) 199.

⁷ Aktaş, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, 226-227.

⁸ Robert Westmoreland, "Hayek: The Rule of Law or the Law of Rules?", Law and Philosophy, Cilt:17, Sayı:1 (Ocak 1998) 97.

Hayek, merkezi nitelikli ekonomik ve sosyal planlamaya güven duyulan çağda, eğitim üzerindeki fiili hükümet tekelinin sona ermesini ve paranın gayri millileştirilmesini savunmuştur. Hem Sovyetler tarzı komuta devletini ifade eden sıcak sosyalizme hem de soğuk sosyalizm olarak adlandırılan sol liberalizme karşı çıkmıştır⁹. Düşünür, hizmetlerin devlet tarafından sağlanması noktasında liberteryenizmden daha fazla serbestliğe izin verir.

Hayek'in mensup olduğu Avusturya İktisat Ekolü dağıtıcı adaleti reddetmekte, yoksulluğun daha fazla üretim ile giderilebileceğini savunmaktadır¹⁰. Hayek'in liberteryenizmin formüllerine ve çağdaş liberalizmin devletçiliğine başvurmadan özgürlüğü korumayı umduğu yol hukukun hakimiyetidir¹¹.

Tarihte ortaya çıkan pek çok salgın gibi COVID-19 pandemisi de toplumsal eşitsizliği daha da görünür kılmış, en çok yoksulları ve dezavantajlı toplumsal grupları etkilemiştir. Sosyal devlet, özellikle pandemi ile birlikte derinleşen ekonomik zorluklar karşısında hayatını idame ettirme konusunda sorunlar yaşayan sosyal sınıfların desteklenmesi işlevini üstlenmiştir. Ülkeler çeşitli ekonomik destek paketleri açıklamışlardır. Hatta sosyal devlet karakterinden uzak devletler dahi bu yolu benimsemek zorunda kalmışlardır. Ücretsiz aşı, testlere ücretsiz erişim ve ücretsiz tedavi pandemi sürecinde yaygın biçimde benimsenmiştir.

Bu durumda Hayek'in hukuk devleti kavramını tahrip etmekle itham ettiği devletin planlama faaliyeti, ekonomik yaşama müdahale ve dağıtıcı adalet kavramları akıllara gelir. Devlet belli bir sonuç meydana getirmek üzere planlama faaliyetinde bulunmamalıdır¹². Soyut ve genel kanunlar aracılığıyla değil emirler aracılığıyla belirli özgül amaçlara yönelik faaliyetler hukuk devletine aykırıdır. Hayek, soyut hukuk kurallarına dayalı piyasa mekanizmasını adil bir oyuna benzetir¹³. Piyasayı belirleyen hukuk kuralları belirli bir sonuç doğurmaya yönelik oluşturulmadığından herkes eşit şansa sahiptir.

Hayek'in hukuk devleti "kendiliğinden oluşmuş düzen" üzerine inşa edilmiştir". Bu sebeple de düşünür iradeci pozitivizmi eleştirir, hukukun salt devlet iradesine indirgenemeyeceğini ifade eder.

Hayek'in adil davranış kuralları adını verdiği hukuk kuralları devlet iradesi, hatta insan iradesi dışında oluşur. Yasa koyucu yalnızca kuralları formüle etmekle yükümlüdür.

II. BİREYSEL ÖZGÜRLÜKLER VE HUKUK DEVLETİ

COVID-19 pandemisi karşısında pasifize ve depolitize olmuş insanlık geçici nitelikli bir olağanüstü hale ve kararnamelere uymak zorunda kalmıştır. İstisna olması gereken kararnameler normlaşmış, salgın seyrine uygun bi-

⁹ Westmoreland, 77.

¹⁰ Aktaş, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, 217.

¹¹ Westmoreland, 78.

¹² Hayek, Kölelik Yolu, 112-113.

¹³ Atilla Yayla, Özgürlük Yolu: Hayek in Sosyal Teorisi (İstanbul: Profil Yayıncılık, 2014) 134.

çimde hızlı karar alabilmek için yürütme gücü, yargı ve yasama güçleri karşısında baskın duruma gelmiştir¹⁴.

Hayek'e göre hukuk devleti ilkesinin benimsendiği bir düzende kanunlar bireyin hareket alanını sınırlasa da özgürlüğün kısıtlanması söz konusu olmaz. Yeter ki söz konusu düzenleme öngörülebilir ve herkesi eşit biçimde etkiler olsun.

Hayek, "yasaklama" ile "pozitif emir" arasındaki farkı ortaya koymaya çalışmaktadır. Bir kural, soyutluk ve genellik, eşitlik niteliklerinden uzaklaştığında "emir/talimat" olmaya yaklaşmaktadır.

Yasaklama bireye seçeneği sunarken, emir belirli bir hareket tarzına zorlamaktadır¹⁵. Belirli bir eylem tarzını öngören kanunlar dahi bireye eylemi yapış yapmamayı seçebileceği bir özgürlük alanı temin etmektedir.

Hayek'e göre bir yasaklama herkesi aynı ölçüde etkiliyorsa özgürlük kısıtlanmasından bahsedilemez. Düşünür, genel yasaklamaları doğal engellere benzeterek bireysel özgürlük bakımından tehlikeli addedmez. Özgürlük kişinin spesifik eylemleri yapmama durumu ile çelişmez iken, kişinin yapabileceği pek çok şey için izin alması gerekiyorsa özgürlükten söz edilemez¹⁶. Düşünür herkesi etkileyen sokağa çıkma yasaklarını böyle değerlendirmekte ve hukuk devleti bakımından bir sakınca yaratmadığını ifade etmektedir.

Örneğin; önceden öngörülebilir genel bir yasa haftanın belirli günleri dışarı çıkmayı herkes için yasaklamaktadır¹⁷. Söz konusu yasaklama gerçekten herkesi aynı oranda mı etkilemektedir? Özellikle maddi adalet/sosyal adalet bakımından incelediğimizde böyle olmadığını ifade edebiliriz.

Hayek'in adalet teorisine yön veren ilke olarak kural egemenliğidir. Önceden belirlenen kuralların izlenmesi prosedüral/biçimsel adaletin tesisi için yeterlidir. Elbette söz konusu yasaklamanın herkesi eşit biçimde etkiler, sovyet ve öngörülebilir olması gereklidir.

Pandemi önlemleri incelendiğinde öngörülebilirlik şartını sağlamaktan yoksun kalabildiği gözlemlenebilir. Yürütme gücü pandemi şartları gereği (öngörülebilirlik kistasından uzak biçimde) bir takım idari kararlar almaya başvurmuştur. Bu durumun bireylerin yaşamlarını planlayabilme özgürlüğünü zedelemiş olması muhtemeldir. Hayek, hukuk devletinin en önemli şartı olarak insanların geleceklerini planlayabilme özgürlüğünden bahseder. Pandemi döneminde kamu sağlığı gereği bu özgürlük kesintiye uğramıştır. Hayek idari takdirin sınırları konusundan bahsederken her insanın özgürlüğünün zamanla ortadan kaybolabileceği küçük aralık olarak tanımlar¹⁸. Takdir sorunu idare yurttaşların özel alanına müdahalede bulunduğu gün-

¹⁴ Donatella di Cesare, Egemen Virüs: Kapitalizm Nefessiz Bırakır (Balkır Uysal (çev.), İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2020) 46.

¹⁵ Aktaş, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, 142.

¹⁶ Friedrich Von Hayek Hayek, Özgürlüğün Anayasası (Yusuf Ziya Çelikkaya (çev.), Ankara: Bigbang Yayınları, 2013) 49.

¹⁷ Yayla, Özgürlük Yolu, 48.

¹⁸ Hayek, Özgürlüğün Anayasası, 321.

deme gelir ve hukuk devleti ilkesi idari makamların takdir yetkisine sahip olmaması şartını içerir¹⁹.

Hayek düşüncesinde kanunlar özgürlük üreten ve özgürlüğü muhafaza eden yapılardır. Kanunlar bireyler etrafında bir kale oluşturur. Bireyler o korunaklı kale içerisinde kalarak seçimlerini gerçekleştirebilirler. Bireyler yaşamlarını soyut, eşit ve genel kanunlar çerçevesinde diledikleri biçimde belirleyebilirler. Bu liberal toplumun tarifidir. Liberal bir toplumda bireye talimat/emir verilemez.

Soyut ve genel olma gibi biçimsel nitelikler kanun koyucunun kanunları keyfi biçimde yorumlamasının ve özgürlük kısıtlamalarının önüne geçer. Hayek hukukun hakimiyetine dayalı bir rejimde zorlamanın nadiren gerçekleşeceğini ileri sürmektedir²⁰. Zira kanunların yalnızca vatandaşlara yönelik değil kanun koyucu ve uygulayıcılara da tatbiki esastır. Zor kullanma tekeli yöneticilerin elinde olduğundan söz konusu yetkinin kötüye kullanılmaması için bu bir gerekliliktir. Kanun koyucular kendilerine uygulanacağını bildiklerinden baskıcı kanunlar yapmaktan kaçınırlar.

Genellik, soyutluk, eşitlik gibi nitelikler çok önemli usul güvenceleri olmakla birlikte kanunların insan hak ve özgürlükleri ile de bağdaşır olması gerekir. Bir hukuk kuralının salt şekli şartları ihtiva etmesi her zaman özgürlüğü garanti etmemektedir. Devletler hukuk düzenlerine riayet edilmesini talep ediyorlarsa insan hak ve özgürlüklerine dayalı bir meşruiyet zemininde yer almalıdırlar.

Pandemi sürecinde maske takma zorunluluğu, sokağa çıkma yasağı, seyahat yasakları, aşı olmayanlara yönelik kısıtlamalar gibi idari yaptırımlar yasallık ilkesinden yoksun olabilmektedir. Kanuni bir dayanağı olsa dahi insan temel hak ve özgürlüklerine yönelik müdahale anayasal nedene bağlılık çerçevesinde gerçekleşmelidir.

Hayek düşüncesinde hukuk devleti hukuk ötesi konumlanmıştır. Bu durum Hayek'in ahlaki kavramları yeniden hukuk içine dahil etmesi noktasında eleştirilmesine neden olmuştur. Hukuk devleti bir politik idealdir. Emirci pozitivizme dayalı görüşe eleştiriler sunan Hayek'e göre devlet iradesinden kaynaklanan tüm kurallar yasa olmadığından yasal geçerliliği benimsememektedir. Yani düşünür yasama organının çıkardığı her kanuna "kanun" adını vermemektedir. Hayek, modern egemenlik doktrininin yasama meclislerine verdiği geniş yetkilerinin özgürlükçü olmayan muhtemel sonuçlarının farkındadır. Bir kanunun yasama organının eseri olması baskıcı olmayacağı anlamına gelmemektedir.

Hayek, adil davranış kurallarını "Kanun yasamadan eskidir" sözüyle ifade eder zira yasama tasarıma dayalı bir kanun yapma faaliyetidir²¹. Yasama faaliyeti organizasyon kuralları tesis etme ihtiyacından türemiştir. Organizasyon kurallarına (usul kanunları, mahkeme teşkilatlanmasına dair kanun-

¹⁹ Hayek, Özgürlüğün Anayasası, 323.

²⁰ Hayek, Özgürlüğün Anayasası, 242.

²¹ Friedrich Von Hayek, Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük (Kurallar ve Düzen) (Atilla Yayla (çev.), İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1994) 111.

lar) ihtiyacın nedeni insan ve devlet iradesinden bağımsız biçimde ortaya çıkan adil davranış kurallarına itaat edilmesinin sağlanmasıdır²².

Kanun hem doğayı yöneten değişmez kuralları hem de insan davranışlarını yöneten kuralları tanımlamaktadır. Her ikisi içinde kullanılması rastlantı değildir çünkü başlangıçta her ikisinin de ortak noktası insan iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkmış olmalarıdır. Söz konusu kanunlar (organizasyon kuralları) hukuk devleti nitelikleriyle de bağdaşmalıdır.

SONUÇ

Özgürlük fikrini sosyal düzenle bağdaştıran Hayek'e göre özgürlüğün muhafazası bakımından yasal ve anayasal güvencelerin yanı sıra yurttaşlar haklarının bilincinde ve hak savunuculuğu hususunda istekli olmalıdırlar. Düşünüre göre özgürlük yalnızca insanların onu kullanmasıyla pozitif hale bürünür²³.

Anayasal güvence, özgürlüğün toplumsal tesisi yeterli değildir. Anayasa mevcut hukuk sistemi üzerinde hukukun yürütülmesini organize etmek için tesis edilmiş üst yapıdır ve tek başına hukuk ile adaleti tanımlayamaz.

Adil davranış kuralları daha önceden belirlenmiştir. İnsanlar haklarının ne olduğunu ve söz konusu hakların faydalarını bilmelidirler. Haklarını korumak isteyen liberal bir toplumun gerekliliği özgürlüğün tesisi için esastır. Özgürlükçü bir sosyal düzen ancak özgürlük değerini bilen bir toplumda tesis edilebilir. Hayek düşüncesinde hukuk devleti sosyal evrimin bir ürünüdür. Çoğunluk tarafından paylaşılan ve sorgusuz sualsiz kabul edilen ortak bir ideal ve ahlaki geleneğin bir parçası olmadıkça üstün gelmeyecektir²⁴.

Pandemi sebebiyle devletler tarafından alınmak istenen tedbirler karşısında liberal Batı toplumları ile liberal olmayan ya da liberal değerleri daha geç benimsemiş toplumlar gösterdikleri reflekslerle ayrışmaktadır. Avrupa'da liberal öğreti ile şekillenen bireyci özgürlük anlayışının pandemi kısıtlamaları karşısında gösterdiği tepki daha belirgindir. Kamu sağlığı gerekçesiyle bireysel özgürlüklerin kısıtlanması büyük toplumsal ve hukuki krizlere gebe dir. Hayek, özgürlüğün değerini bilen toplum ifadesinde liberal toplumları kastetmektedir.

Bireyler devletin tesis ettiği hukuki çerçevede değil, kendiliğinden oluşan düzen ve bu düzenin kuralları içinde özgürdürler. Özgürlük hukukun hakimiyeti altında mümkündür. Yurttaşların özgürlük istenci içinde bulunması gerekir. Hayek'te özgürlük düşüncesi genel ve soyut kuralları altında konumlanmıştır. Belirli sonuçlar doğurmaya ve belirli amaçları gerçek kılmaya yönelik emirler, talimatlar gerçek anlamda yasa değildir ve özgürlük düşüncesi bakımından tehlikelidir.

²² Aktaş, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, 109-110.

²³ Hayek, Özgürlüğün Anayasası, 49.

²⁴ Westmoreland, 95.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi. *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, Ankara: Liberte Yayınları, 2001.
- Cesare, Donatella di. *Egemen Virüs: Kapitalizm Nefessiz Bırakır*, Balkır Uysal (çev.), İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2020.
- Çebi, Sezgin Seymen. *Sosyal Adalet: Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Hayek, Friedrich Von. *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük (Kurallar ve Düzen)*, Atilla Yayla (çev.), İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1994.
- Hayek, Friedrich Von. *Kölelik Yolu*, Turhan Feyizoğlu, Yıldırım Arsan ve Atilla Yayla (çev.), Ankara: Liberte Yayınları, 2015.
- Hayek, Friedrich Von. *Özgürlüğün Anayasası*, Yusuf Ziya Çelikkaya (çev.), Ankara: Bigbang Yayınları, 2013.
- Kocaoğlu, Mehmet. *Robert Nozick: Adalet Teorisi ve Temel Kavramları*, Ankara: İmaj Yayınevi, 2018.
- Wacks, Raymond. *Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş*, Fatma Süzgün, Şahin Ünver ve Serdar Ünver (çev.), Ankara: Astana Yayınları, 2016.
- Westmoreland, Robert "Hayek: The Rule of Law or the Law of Rules?", *Law and Philosophy*, Cilt:17, Sayı:1 (Ocak 1998), ss.77-109.
- Yayla, Atilla. *Özgürlük Yolu: Hayek in Sosyal Teorisi*, İstanbul: Profil Yayıncılık, 2014.

SULTAN MELİKŞAH KANUNNAMESİ VE POZİTİF HUKUKTA ÇAĞRIŞTIRDIKLARI

*Yasin KURBAN**
*Metin İKİZLER***

GİRİŞ

Doğuda Seyhun nehrinden Tanrı dağlarına, Batıda Akdeniz ve Boğazlar'a, Kuzey'de Kafkas dağlarına, güneyde ise Hint denizine kadar büyük topraklara hükmetmiş olan Büyük Selçuklu Devleti, Tuğrul Bey tarafından 1037'de kuruldu. Devlete adını ise Tuğrul Bey'in dedesi Selçuk Bey verdi.¹

İslam tarihi açısından son derece önemli bir devlet olan Selçuklular İslam dünyasında var olan parçalanmış siyasi yapıyı sonlandırdı.²

1. ve 2. Haçlı seferlerinde (1096-1099/ 1147-1149) tarihi rol üstlendi.³

Tebliğimize konu olan kanunname, Selçukluların en önemli sultanlarından bir olan Melikşah dönemine aittir. Melikşah, Ebü'l-Feth Celâlû'd-devle ve'd-dîn Muizzü'd-dünyâ ve'd-dîn Kasîmü emîri'l-mü'minîn Melikşâh b. Alparslan (ö. 485/1092) Sultan Alparslan'ın oğludur. ⁴ 1055 tarihinde doğduğu bilinmektedir. Türk ve İslam tarihinde nüstesna yeri olan Nizamülmülk⁵ onun döneminde büyük işler başarmıştır. Dönemi hem batıdan gelen tehlikelerle hem de Batınlık hareketleriyle mücadele ile geçmiştir. İslam tarihi açısından bakıldığında birer yıldız olarak kabul edilen önemli bilim adamlarını himaye etmiş ve ilim ve kültürün korunmasına yönelik hayati atılımlar yapmıştır. Dönemin âlimlerine bakıldığında Kuşeyri, Şirazi, Cüveyni, Gazzali, Cürcani ve Ömer Hayyam gibi âlim şair ve mühendislerin olduğu görülür. Bu durum bile devletin medeniyet niteliğini göstermesi bakımından son derece önemlidir.

* Prof. Dr., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı, yasin.kurban@atauni.edu.tr.

** Prof. Dr., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, metinikizler@atauni.edu.tr.

1 Faruk Sümer, "Selçuklular", TDVİslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/selcuklular#1> (30.06.2022).

2 Osman Gazi Özgüdenli, "Selçuklular", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/selcuklular#2> (30.06.2022).

3 Haçlı seferleri için bak: Steven Runciman,, Haçlı Seferleri Tarihi (trc. Fikret Işıltan), I-III, Ankara 1986-87.

4 Abdülkerim Özyayın, "Melikşah", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/melikshah--buyuk-selcuklu> (01.08.2022).

5 Abdülkerim Özyayın,, "Nizâmülmülk", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/nizamulmulk> (04.08.2022).

I. KANUNNAME

Melikşah kanunnamesine geçmeden önce dönemin hukuki hayatı hakkında kısa bilgi vermek istiyoruz. Zira tebliğde her ne kadar kanunname olarak ifade edilse de elimizdeki haliyle *kâmil* bir kanunname değildir. Ancak bu durumu anlayabilmek için dönemin İslam devletlerine hakim olan hukuk uygulamaları ve hukuki düzenleme anlayışından kısaca bahsetmek, Medeniyet sahnesinde bu kadar önemli yere sahip olan Selçuklularda “*neden kodifikasyon yoktu?*” sorusuna anlamlı cevaplar verme konusunda önemlidir. Bu soruyu dönemin İslam devletlerinde ve İslamiyet’i kabul ettikten sonra çeşitli devletler kurmuş olan Türk devletlerinde var olan hukuk hayatı, anlayışı ve yargı düzeni ile izah etmek mümkündür. Zira İslamiyet’in başlangıcına bakıldığında tarıma ve kısmen ticarete dayanan *kapalı toplumlar* ve bu toplumun hukuki ihtiyaçlarını karşılamak üzere *meseleci/kazuistik* bir yöntemin kullanıldığı ve bu metodun uzunca yıllar ihtiyaca cevap verdiği söylenebilir. Bu durumun tüm İslam tarihi ve dolayısıyla İslamiyet sonrası Türk devletlerinde de cari olduğu söylenebilir.

“İlk İslâm toplumlarında, her mesele, yine o meseleyi diğerlerinden ayıran özelliğinden dolayı bir hükümlerle karşılanmaktaydı. Hz. Peygamber döneminde, bir hadise meydana gelir ya da hadiseyle ilgili sorular sorulur veya birinin yaptığı uygulama Hz. Peygambere arz edilirdi. O da ya doğrudan vahiy ile ya da vahye dayanan hukukî hükümlerle problemlere çözüm üretirdi. Hz. Peygamberin vefatından sonra da sahabe aynı yolla, yani Kur’ân ve Sünnete müracaat ederek meseleleri çözmüştür. İslâm’ın hızla yayılması farklı kültür ve coğrafyalarda kabul görmesi sonucu, yeni meseleler çıkıyor, fakihler yeni metotlarla meselelere çözümler üretiyorlardı. Her meseleye ayrı bir hüküm koyma olarak ifade edebileceğimiz kazuistik metot zamanla yarı kazuistik ve nihayet mücerret metoda dönüşecektir.”⁶

İslam tarihine bakıldığında devlet eliyle hukuk birliğini sağlama adına sistematik bir kodifikasyon teşebbüsleri olmuşsa da bu en azından Mecelle ve diğer Tanzimat dönemi kodifikasyonları kadar başarılı olmadığı söylenebilir. Erken İslam tarihi dönemine bakıldığında Abbasî halifelerinden Mansur’un İmam Malik’in Muvatta adlı eserini kodlaştırmak isteğinin, bizzat İmam Malik tarafından engellendiği bilinmektedir. İmam Malik’in bu tutumu fikhin/hukukun sivil yönünün ağırlığını vurgulamak ve *cüziyyatı cüziyyat içinde ele almak* olarak formüle ettiği hayat-hukuk ilişkisini dinamik tutmak amacına matuf olduğu söylenebilir. Diğer bir ifadeyle belli bir dönemde belli şartlar tahtında ve sınırları belirli sosyal ve ferdi özellikler nedeniyle o olaya has olarak verilen hükmün, genele şamil kılınması istenmemiştir denilebilir.

İslam’ın yayılması, farklı kültürlerle karşılaşması kuşkusuz genele şamil hukuki düzenleme yapma ve hukuki istikrarı sağlama ihtiyacını doğurmuştur. Bu durum İslam devletlerinin, devlet ve idare kültürüne bağlı olarak

⁶ Yasin Kurban, Mecelle Günümüz Hukuku (Hukukun Doksan Dokuz İlkesi), seçkin Yay., Ankara 2020, s.13 vd.

berat, ferman, buyruk, talimatname, kanunname vb. şekillerle karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki devlet yönetimin son derece ciddi bir iş olduğunu ve belirli kurallara bağlanması gerektiğini düşünen Melikşah'ın, bu konuyla ilgili bir kitap yazımı yarışması tertiplettiği bilinmektedir. Çalışmanın Beyhaki'nin eleştirileri neticesinde akamete uğradığı bilinse de; Cüveyni'nin (1047) hiçbir mezhebe bağlı kalmadan el-Muhit adlı bir kitap kaleme aldığı bilinmektedir. Bu durum en azından bir kısım hukuk alanlarının kodlanması fikrinin erken İslam tarihi dönemlerinde varlığını göstermesi bakımından önemlidir.⁷

Tebliğimize konu olan kanunname (el-Mesâ'ilü'l-Melikşâhiyye fi'l-kavâ'idî's-şer'iyye) ile ilgili bir kısım bilgiler mevcut olsa da sadece 6 maddesinin elimizde olması bu konuda özellikle farsça kaynaklarda derinlikli araştırma yapmak gerektiğini ilham etmektedir. Zira bu kanunname ile ilgili

-İsimsiz bir yazara ait olduğu,

-Maverdi'nin Ahkamı Sultaniye adlı eserinin bir bölümü olduğu,

-Gazneliler döneminde Kazvinde *el-mesail'ül-İttifakiye* olarak kaleme alındığı vb. iddialar söz konusudur.⁸ Kanunname el Yezdi ye ait olan ve Farsça olarak telif edilen kısa adı el- Uraza olan (el-Uraza fi Hikayeti's- Selçukiyye) eserde yer almıştır.⁹

II. POZİTİF HUKUKTA ÇAĞRIŞTIRDIKLARI

Tarihe mal olmuş bir hukuk metni olan "*el-Mesâ'ilü'l-Melikşâhiyye fi'l-kavâ'idî's-şer'iyye*" diğer bir ifadeyle *Melikşah Kanunnamesi*'nin,¹⁰ bugün herhangi bir ülkenin hukuk düzeninde fiilen uygulamada olmadığı açıktır. Ancak bu Kanunname'nin üzerine eğildiği konular günümüzde de hukuk düzenlerini meşgul eden konulardır. Nitekim bildirimizin bu kısmı da Türk Pozitif hukukunda Kanunname'de düzenlenen hususların çağrıştırdığı hukuki kavram ve düzenlemelere ayrılmıştır. Çalışmamızda özellikle bu hükümlerin karşılıkları yerine çağrıştırdıklarından söz edilmektedir ki çok daha geniş bir perspektif ile konuyu ele almak mümkün olsun.

A. KADININ KORUNMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

Kanunname'nin iki maddesinin özellikle ve tamamen kadınların korunmasına ayrılmış olması dikkate değerdir. Bu maddeler ikinci madde ile altıncı maddedir. İkinci madde aile hukukuna ilişkindir. Eşler arası işlemlerle ilgili-

⁷ Krş: Ömer Menekşe, "Selçuklular'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak El-Mesâ'ilü'l-Melikşâhiyye fi'l-Kavâ'idî's-Şer'iyye", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 35 (2020),

⁸ Kanunname ilgili öncü çalışmayı kaleme alan Ömer Menekşedir. Kanunname ile ilgili tartışmalar için bak. Ömer Menekşe, "Selçuklular'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak El-Mesâ'ilü'l-Melikşâhiyye fi'l-Kavâ'idî's-Şer'iyye", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 35 (2020), 565-598, 591.

⁹ el-Yezdi, Muhammed b. Abdullah İbnü'n-Nizâm el-Hüseynî, "el-İsti'râz fi tarihi's-Selâcika", s.87-88.

¹⁰ İbrahim Kafesoğlu, Büyük Selçuklu İmparatoru Sultan Melikşah, Başbakanlık Kültür Müsteşarlığı Kültür Yayınları, İstanbul 1973. s. 141 vd.

dir. Sözleşmenin zayıf tarafının korunması ilkesi, evli kadının kocası yararına işlemlerine hukuk düzeninin yaklaşımı, bu bağlamda akla gelebilecek konulardır. Altıncı madde ise kadın aleyhine tanıklık konusunu düzenlemektedir. Bu iki maddeye yine evli kadını koruyucu sonuçlar doğurabilen beşinci madde de ilave edilebilir.

1. Kocası Yararına İşlemlerde Bulunan Kadının Korunması

Kanunname'nin ikinci maddesi, kadının mehir hakkı/alacağı ile ilgilidir. Kadının kocası yararına mehir alacağından vazgeçtiğine ilişkin sözleşmelerin hukuki sonucu ve ispatını konu edinmektedir. Bilindiği gibi mehir, nikâh sözleşmesinde **kocanın borcu, kadının ise hakkıdır**. Hakkı olan taraf kadın olduğunda, erkek egemen toplumlarda zaman zaman bu hakkın gasp edildiği durumların varlığı bilinmektedir. İşte bu durumu, zayıf tarafın korunması adına dikkate alan Melikşah Kanunnamesi'nin "Bir kadın, *ehl ü aşiretinin* yani evliliğe muttali yakın akrabalarının haberleri olmayacak şekilde ve mahkeme tarafından da kayıt altına alınmaksızın edilmeksizin- kendi mehrinden vazgeçtiğine dair eşi ile bir akit yapsa, sonra bizzat koca ya da vârisleri yapılan bu berâet akdinin gereğinin yerine getirilmesini iddia etseler, kadın bu durumu (*baskı olmaksızın*) ikrar etmediği sürece davaları dinlenmez, konu ile ilgili delilleri kabul edilmez"¹¹ şeklindeki 2. Maddesi kadının hakkını hukuki güvenceye bağlamıştır. Bu hüküm, dönemi itibarıyla bakıldığında kadın haklarının garanti altına alınması ve zayıfların korunma düşüncesinin tekamülü¹² açısından son derece manidardır. Nitekim İslam hukukuna göre kocanın, karısının rızası olmaksızın vermiş olduğu mehrin tamamını veya bir kısmını geri alması veya onu muhalea yapmaya mecbur bırakması helal/meşru değildir.

"Kadınlara mehirlerini gönül rızası ile (cömertçe) verin; eğer gönül hoşluğu ile o mehrin bir kısmını size bağışarlarsa onu da afiyetle yeyin."¹³

"Ey iman edenler! Kadınlara zorla vâris olmanız size helâl değildir. Apaçık bir edepsizlik yapmadıkça, onlara verdiğinizin bir kısmını ele geçirmeniz için de kadınları sıkıştırmayın. Onlara iyi geçinin. Eğer onlardan hoşlanmazsanız (biliniz ki) Allah'ın hakkınızda çok hayırlı kılacağı bir şeyden de hoşlanmamış olabilirsiniz."¹⁴

¹¹ Yaltkayanın tercümesi için bak: el-Yezdî, Muhammed b. Abdullah İbnü'n-Nizâm el-Hüseynî, el-Urâza f'l-hikâyeti's-Selcûkiyye, trc. M. Şerefeddin Yaltkaya, Millî Tetebbular Mecmuası, I/ 2, s. 257-304, II/3, s. 481-496; II/5, s.241-272. MTM., II, 250.

¹² Bu tekâmülün, ortaçağda siyasi gücün kadınlar tarafından kullanılması ya da kadın gücü olarak ifade edilmesi ilginç bir belirlemedir. Bak: Sevim Can, "Büyük Selçuklu Devleti'nde Siyasi Gücün Kadınlar Tarafından Kullanılması", Ortaçağda Kadın, ed. A. Çetin, Lotus Yayınevi, s. 395-419, Ankara 2011. Nitekim kanun maddesi kadınların haklarını mahkemeye tescil şartını ileri sürmek yoluyla garanti altına almaktadır.

¹³ Nisa, 4/4.

¹⁴ Nisa, 4/19.

“Eğer bir eşi bırakıp da yerine başka bir eş almak isterseniz, onlardan birine yüklerle mehir vermiş olsanız dahi ondan hiçbir şeyi geri almayın. Siz iftira ederek ve apaçık günah işleyerek onu geri alır mısınız?”¹⁵ Melikşah kanunnamesinin 2. Maddesi esas itibarıyla bu üç ayetin bir anlamda içeriğinin kodlanmasıdır denilebilir. Zira hem kadına zorla mirasçı olmak, hem onlara hak olarak verilen şeylerin zayı edilmemesinin haramlığı, hem de haklarından zorlanarak vazgeçmelerinin istenmesinin yasaklığı ifade edilmektedir.

743 sayılı eski/önceki Türk Medeni Kanunu’nda¹⁶ (eMK) da, kadının kocası yararına yaptığı işlemlere müdahale edildiği durumlar vardı. Nitekim Kanun’un 169. maddesine göre, karının mal birliği kapsamındaki kişisel malları¹⁷ ile mal ortaklığı rejimine tabi mallarına ilişkin eşler arası hukuki tasarruflar sulh hâkimi tarafından onaylanmadıkça geçerli değildi (f.1 c.2). Yine bu maddeye göre, “Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir” (f. 2). Bir başka deyişle, eMK döneminde, evli kadının kocası yararına üçüncü kişiler ile yaptığı işlemlerin¹⁸ geçerliliği de sulh hâkiminin onayına (onamına, tasdikine) bağlanmıştı.

O dönemde, Yargıtay, bu hükümlerin amacını şu şekilde değerlendirmekteydi: “Medeni Kanunun 169uncu maddesinin son fıkrasının hükmü; yaradılışı ve ailedeki durumu itibarıyla kocasına ve onun alacaklılarına karşı mukavemeti zayıf olan kadının himayesi maksadına matuf bir tedbirdir. Ve bu hüküm aynı zamanda kocanın mali durumundaki buhran ve felâketlerin kadına sirayetini önlemek ve dolayısıyla aile birliğini korumak maksadı ile vazolunmuştur”¹⁹.

1 Ocak 2022 tarihinden itibaren uygulanmakta olan 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu (TMK) ise kadın-erkek eşitliğini sağlamak genel amacı ile hazırlanmıştır. Nitekim yeni Kanun’un 193. maddesinin gerekçesinde eMK m. 169’daki gibi, kadının bazı işlemleri için hâkimden izin alınmasını öngören hükümlere eşler arasında kabul edilen eşitlik ilkesi gereği yer verilmediği belirtilmiştir. Anılan Kanun’un 193. maddesinde, kural olarak²⁰, eşlerden

¹⁵ Nisa, 4/20.

¹⁶ Bu Kanun 1926 yılında yürürlüğe girmiş ve 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁷ “Birliğe dahil olup da evlenme zamanında karının malı bulunan yahut evliliğin devamı sırasında miras veya ivazsız iktisap tariklerinden biriyle kendisine intikal eden malların mülkiyeti, kariya aittir. Bu mallara, karının şahsi malları denir. Koca, kendi şahsi mallarının ve karının şahsi malları hariç olmak üzere birliğe dahil diğer bütün malların mülkiyetine sahiptir. ...” (eMK m. 192).

¹⁸ Bkz. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu: Aile Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986), 198-199; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu: Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku, (İstanbul: Nurgök Matbaası, 1965), 135; Aydın Zevkliler; Mehmet Beşir Acabey ve Kadir Emre Gökyayla: Zevkliler Medeni Hukuk, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999), 290.

¹⁹ Yargıtay 2. HD, 21.12.1964 T., 6700 E., 6274 K. (Hilmi Yazıcı ve Hasan Atasoy: Şahıs, Aile ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı (1952-1970), (Ankara: 1970), 469; ayrıca bkz. August Egger: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C. II, Aile Hukuku, 1. Kısım, Evlenme Hukuku, çeviren Tahir Çağa, (İstanbul: Kenan Matbaası, 1943), m. 177 (169) N. 18.

²⁰ Bkz. örneğin TMK m. 194, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 584.

her birinin diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabileceği düzenlenmiş²¹; eMK'daki gibi tek yönlü sınırlamalara yer verilmemiştir.

2. Mehir

Kanunname'nin ikinci ve beşinci maddeleri, İslam (ve de Osmanlı) hukukunun mehir müessesesine ilişkin işlemleri konu edinmiştir. Bugün için Türk aile hukukuna mehir yabancı bir kavramdır. TMK'da mehir kurumu düzenlenmemiştir. Ancak Türk toplumunun büyük bir kesiminde mehir uygulaması devam etmiştir ve bugün de devam etmektedir. Yargısal içtihat mehir sözleşmesini taraflarını eşlerin oluşturduğu bir bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirmektedir²². Mehrin hemen verilmediği, ileride ödenmesinin taahhüt edildiği durumlarda ise bağışlama sözü vermenin (bağışlama vaa dinin) varlığı kabul edilmektedir²³.

3. Kadını Koruyucu İspat hükümleri

Kanunnamenin altıncı maddesi gerek özel hukuk gerekse ceza hukuku açısından kadın aleyhine sonuç doğuracak hususlarda âdeta ispat ölçüsünü yükselten, özellikle tek tanıkla ispatı yetersiz kabul eden bir hükümdür. Bu anlamda bu hükümle şüpheden sanık yararlanır ilkesi arasında bir ilişki kurulması isabetlidir²⁴.

4. Kanunnamenin Beşinci Maddesi

Kanunnamenin beşinci maddesi de mehir ile ilgili bir maddedir. Mehrin kadın için **hak**, koca için **borç** olduğunu ifade etmiştik. Bu madde ise kadının ya da onun hakkını koruma konusunda yetkisi olan velilerinin, kadının kocası lehine nikâh sözleşmesinde yer alan mehirden daha az bir mehre razı olmasını engellemeye yine kadının hakkını korumaya yönelik bir maddedir.

5. Maddede “Bir kadın veya hak sahibi velilerinden bazıları, -bir mülk veya bir hak elde etmek amacıyla- kadının aleyhine, kocasının lehine olacak bir hak karşılığında nikah akdi yapsa; sonra kadın kocasının hakkını ortadan kaldırmak ve mehri de ondan tam olarak alabilmek için, yapılan bu akde aykırı delil getirirse, buna itibar edilmez. Dava bu ikisinden en uygun olanı ile çözüme kavuşturulur:

²¹ “.....(bu hüküm).. karyı fiil ehliyeti yönünden kocasına eş bir konuma getirmiş durumdadır”. Mustafa Dural; Tufan Ögüz ve M. Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), N. 859.

²² Mehir sözleşmesini geçerliliği ve bağışlama niteliği hakkında bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 02.12.1959 T., E. 1959/14, K. 1959/30. Ayrıca bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 08.04.2019 T., E. 2019/482, K. 2019/3079 (HukukTürk).

²³ Bu konuda öğretildeki çeşitli görüşler için bkz. Ahmet Türkmen, “Yargıtayın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehrin Geri alınması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 22, S. 2 (2020), 541-576; ayrıca bkz. Kılınç Ayşe Nur ve Kılınç, Ahmet. “Mehrin Türk Pozitif Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10: S. 1 (2019),103-118.

²⁴ Ömer Menekşe, “Selçuklular'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak El-Mesâ'ülü'l-Melikşâhiyye fi'l-Kavâ'id-iş-Şer'iyye”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 35 (2020), 565-598, 591.

Ya kadının mehri mehr-i misle çevrilir, ya da, bir yargı kararı olarak nikâhın aslından (başlangıcındaki gibi) olan mehr-i müsemmaya göre hüküm verilir.”²⁵

Metnin netameli oluşu nedeniyle yanlış anlaşıldığını düşündüğümüz bu maddeyi şöyle izah etmek mümkündür. Esas itibarıyla bu maddede geçen “sadak” ifadesi anahtar konumdadır. Zira bu ifade **yüksek başlık parasını** ifade eder. Bir koca, yüksek başlık parası ancak düşük mehir verdiği bir kadınla nikâh yapsa, kadının bir mülk ve ya bir hak nedeniyle bu nikâh akdinde yer alan mehre ilave yapmak kaydıyla bir sözleşme yapsalar, daha sonra sonra kadın, hem kocanın hakkını ortadan kaldırmak; hem de sadakı tamamıyla almak için bu sözleşmeye aykırı başka delil ileri sürse bu iddiası dinlenmez. Ancak kadının düşük mehre razı olması da arzu edilmez. Bu durumda kadını korumak adına ya mehri misile ya da mehri müsemmaya göre hüküm verilir. Mehri misile hükmedilmişse, *sadakın başlık parası yüksek kadınlar için kullanılan bir kavram olması nedeniyle* yüksek mehir alır; yok eğer sözleşmede yer alan mehri müsemmaya göre hükmedilmişse bu durumda da zaten bir mülk ya da hak için mehrin düşüklüğü kabul edildiğinden bizzat o mülk ya da hak nedeniyle kadın yine mehri mislin altında kalmayan bir bedel almış olur. Böylece kadının hakkı zayi edilmemiş olur. Buna mukabil kocanın hakkı da düşük mehre ilave yapmaması yoluyla korunmuş olmaktadır.

Bu madde bir yönüyle yine evli kadını ve onun mehir hakkını korumaktadır. Ama öte yandan kocanın haklarını koruyucu bir karaktere de sahiptir. Dikkat edilirse bu ikisinin arasında adil bir denge kurmak adına mesele tek bir şekilde çözüme bağlanmamıştır. Somut olayın özelliğine göre, kadına ya mehr-i mislinin verilmesine ya da başlangıçtaki şartlar korunarak mehr-i müsemma çerçevesinde ona ödeme yapılmasına olanak sağlanmıştır. İlk ihtimalin gerçekleştiği düşünüldüğünde, kadının mehri mislin altındaki bir mehirle karşılaşması önlenmekte; günümüz bakış açısıyla bir bakıma asgari ücret, taban fiyat uygulaması vb. bir uygulama ile hakkı korunmaktadır.

B. KANUNNAMENİN DİĞER HÜKÜMLERİNİN ÇAĞRIŞTIRDIKLARI

Bu başlık altında Kanunnamenin yukarıda değinilmeyen dört hükmünün pozitif hukukta çağrıştırdıklarına yer verilecektir. Bu bağlamda önce muvazaa ve alacaklılardan mal kaçırma sorunu incelenecek, borçlandırıcı işlemler-tasarıf işlemlerine değinildikten sonra, şekil kurallarına aykırılığın sonuçlarına yer verilecektir.

1. Muvazaa ve Alacaklılardan Mal Kaçırma

Kanunnamenin dördüncü maddesi muvazaalı işlemler²⁶ ile ilişkilendirilebilecek bir hüküm içermektedir. Alacak hakkının korunmasına yönelik

²⁵ Yaltkaya tercümesi için bak: el-Yezdî, el-Urâza trc. Yaltkaya, MTM., II, 251.

²⁶ Muvazaa ve sonuçları hakkında bkz. Hüseyin Hatemi ve Kadir Emre Gökyayla: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011), 84; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), N. 417; yokluk görüşünde Fikret Eren: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2017), 373.

hükümlerden biridir. Bugün de sosyal bir yara haline gelen borçlunun haklı ve meşru bir gerekçe olmaksızın borcunu ödemekten imtina etmesi ve kanuna karşı hile yoluyla bir nevi alacaklılardan mal kaçırmasının yasaklığına ilişkindir. 4. Madde şöyledir. “Borçlu kişi, alacaklıları haklarını istediğinde, ödeme gücünü ileri sürerek borcunu ödemekten imtina etse; borçluya ait olduğu bilinen mallarının, mülkiyet nedeni belirtilmeksizin –muvazaa yoluyla- akrabalarının mülkiyetine intikal ettiği ifade edilse ve akrabalar buna dair delil getirirler, bu duruma itibar edilmez. Ya alacaklılara hakları ödenir ya da borçlu hapsedilir.²⁷ Genel anlamda bu maddenin kapsamına alacaklıdan mal kaçırmaya yönelik işlemlerin girdiği açıktır. Bu gibi işlemlerde sıklıkla muvazaa ile karşılaşıldığı ise bir gerçektir.

İcra ve İflas Kanunu²⁸'na (İİK'ya) göre de, “Haciz yolu ile takip talebinin sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlu; alacaklısını zarara sokmak amacıyla, mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkarak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya asıl olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltirse, aleyhine aciz belgesi aldığını veya alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği takdirde, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır” (m. 331/1).

Yine İİK'da borçlunun elindeki mal üzerinde üçüncü kişinin istihkak iddiası hâlinde nasıl hareket edileceği düzenlenmiştir (m. 96 vd.). Bu gibi durumlarda üçüncü kişinin istihkak iddiasına alacaklı veya borçlu itiraz ederse, üçüncü kişinin icra mahkemesinde istihkak davası açması gerekir. Bu davada taşınır malı elinde bulunduran kimse onun maliki sayılır. Borçlu ile üçüncü kişilerin taşınır malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi mal borçlunun kabul edilir (m. 97/a).

Kanunname'nin dördüncü maddesi, borçlunun malının üçüncü kişinin elinde olduğu durumları da kapsar niteliktedir. Pozitif hukukumuz açısından bu konuda İİK m. 99 hükmünü anımsatmakta yarar vardır. Bu hükme göre, hacz edilen şey, borçlunun elinde olmayıp da üzerinde mülkiyet iddia eden üçüncü kişi nezdinde bulunursa, icra müdürü, üçüncü kişi aleyhine icra mahkemesinde istihkak davası açması için alacaklıya yedi gün süre verir. Bu süre içinde icra mahkemesine istihkak davası açılmaz ise üçüncü kişinin iddiası kabul edilmiş sayılır.

2. Borçlandırıcı İşlemler ve Tasarruf İşlemleri

Kanunnamenin birinci maddesi muvazaalı sözleşmelere yöneliktir.²⁹ Ancak bu maddenin borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi yapısına da yorumlanabilecek bir kaleme alınış tarzı vardır. 1. Maddenin metni şöyledir.

²⁷ Yalıtıkaya tercümesi için bak: el-Yezdî, el-Urâza, trc. Yalıtıkaya, MTM., II, 251.

²⁸ 2004 sayılı Kanun, RG 19.06.1932, S. 2128.

²⁹ Menekşe, “Selçuklular'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak El-Mesâ'ilü'l-Melikşâhiyye fi'l-Kavâ'idü's-Şer'iyye”, 581.

“Bir kimse, kendisine ait olduğu bilinen bir mülkü, mülkiyetin naklini gerektiren akıtlardan herhangi biriyle, akit yaptığı kişiye teslim etse, bu mülk, söz konusu intikale herhangi bir itiraz eden çıkmaksızın bir süre yeni malikin mülkiyetinde dursa, daha sonra bizzat akit yapan şahsın kendisi ya da vârisleri önce yaptıkları bu akde muhalif başka bir akit ortaya koysalar, bu dava dinlenmez, şahitlerin şahitlikleri de kabul edilmez, zilyedin (malı elinde bulunduran kişinin) bunu elinden çıkarması için kendisine bir girişimde bulunulamaz, aksine şahsın tasarrufunda olduğu kabul edilir.”³⁰ Bu madde hukuki güvenlik ve istikrar adına mülkiyet hakkını koruyan bir madde olarak değerlendirilebilir.

Bilindiği gibi sözleşmelerde genellikle bir borçlandırıcı işlem bir de tasarruf işlemi aşaması vardır³¹. Kanunnamenin birinci maddesi bu bakış açısı ile okunursa, satış sözleşmesi yapıldıktan ve ifa edildikten yani o şeyin mülkiyeti alıcıya geçirildikten sonra satıcının o mal için bir başka sözleşme yaptığı mesela onu daha önce bir başkasına sattığı iddiası -bu ispat edilse bile mülkiyeti kazanan alıcıya karşı artık ileri sürülemez. Yukarıdaki açıklamayı örneklendirmek gerekirse, satıcı (S) bir malı önce (B)'ye satmış ve fakat teslim etmemiş; daha sonra o malı (A)'ya satmış ve teslim etmişse, malın mülkiyetini (A) kazanmış olur (tasarruf işlemi); artık (S) veya (B), onunkinden önce aynı mal için bir başka satış sözleşmesi yapıldığını ileri sürerek satılanı (A)'dan geri alamazlar.

3. Şekil Kuralına Uyulmadığının Dürüstlük Kuralına Aykırı Şekilde İleri Sürülmesi

Kanunnamenin üçüncü maddesi, güttüğü amaç bakımından, hukukumuzdaki geçerlilik şekline aykırılığın ileri sürülemediği durumları çağrıştırmaktadır. 3. Madde şöyledir. “Bir kimse kendisine ait olan bir akarı, rayice uygun ve düşük bedelle olmaksızın şahit göstermeden birine müşteri şahit olmadığı gerekçesiyle bu akarı satın almadığını ve kendisinin semeni yani satış bedelini geri alma hakkının olduğunu ileri sürse, bu iddiası dikkate alınmaz, davası dinlenmez.”³²

Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesine göre, sözleşmelerin geçerliliği kural olarak hiçbir şekle bağlı değildir. Ancak kanunda sözleşmeler için bir şekil öngörülmüşse, bu şekle uyulması gerekir.

Türk hukuk uygulamasında, yukarıdaki kurala mutlak şekilde bağlı kalmanın adaleti sarsıcı sonuçlara yol açtığı zaman içinde anlaşılmıştır. Böylece,

³⁰ Yaltkaya tercümesi için bak: el-Yezdî, el-Urâza, trc. Yaltkaya, MTM., II, 249 vd.

³¹ Borçlandırıcı işlemler malvarlığının aktifine etki etmeyip onun pasifini çoğaltan işlemlerdir. Bu nedenle borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımı “malvarlığına yaptıkları etkiye göre hukuki işlemler” başlığı altında toplanabilen bir ayrımdır. Bu husus hakkında bkz. Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 137; ayrıca borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri hakkında bkz. O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku, Genel hükümler, C. V/1,1, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), N. 555 vd., 596 vd.; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (İstanbul: Beta, 2012), 53-54.

³² Yaltkaya tercümesi için bak: el-Yezdî, el-Urâza, trc. Yaltkaya, MTM., II, 250.

TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralını ihlal ettiği takdirde, şekil kuralına aykırılığın ileri sürülmesine olanak tanınmamıştır. Nitekim bu uygulama içtihadı birleştirme kararı düzeyinde dayanağa sahiptir: “Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakimın M. K. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğinekarar verildi”³³.

SONUÇ

Türk tarih ve medeniyeti açısından mühim bir yere sahip olan Selçukluların yaşadıkları dönem, hüküm sürdükleri coğrafya ve ortaya koydukları eserler son derece önemlidir. Bilhassa hukuk-hayat ilişkisini çok net bir şekilde ortaya koyan *el-Mesâ’ilü'l-Melikşâhiyye fi'lkavâ'idî's-şer'iyye* diğer adıyla Melikşah Kanunnamesi yürürlüğe konulduğu dönem dikkate alındığında kadın hakları, hukuki güvenlik ve istikrar adına oluşturulmuş son derece önemli kodlardır. Melikşah kanunnamesinin tebliğimize konu olan sadece 6 maddesi elimizdedir. Bununla birlikte alan uzmanları ve araştırmacıların bilhassa farsça kaynak ve kroniklerde yapacakları derinlikli araştırmalara da ihtiyaç duymaktadır. Tebliğimizde mezkûr 6 maddenin günümüz hukukundaki izdüşümü ve bugüne neler söylediği üzerinde durulmaya çalışıldı. Söz konusu altı maddenin barındırdığı hukuki müktesebat dönemi dikkate alındığında bilhassa kadın hakları konusunda son derece ileri bir safhayı ifade ettiği söylenebilir.

Netice itibarıyla Melikşah Kanunnamesi’nin özellikle kadınların haklarını koruyucu hükümleri dikkat çekicidir. Evli kadını kocasına karşı korumaya yönelik Kanunname’nin ikinci maddesine benzer maksatlarla hazırlanan hükümler, Türk pozitif hukukunda eski Medeni Kanun döneminde 1926’dan 2002 tarihine kadar uygulama alanı bulmuştur. Kanunname’de sözleşmeler hukuku ile ilgili vazolunan ilkelerin benzerleri ise bugün pozitif hukukumuzda varlığını sürdürmektedir. Bu bağlamda, pozitif hukukumuzdaki; alacaklılardan mal kaçırmayı önlemeye yönelik eylemlerle mücadele, muvazaa, borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi, şekle aykırılığın/sözleşmenin geçersizliğinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde ileri sürülememesi, Kanunname’nin ilk bakışta çağırıştırdığı hukuki ilke, kavram, içtihat ve uygulamalardır.

³³ Yargıtay İBK., 30.09.1987 T., E. 1987/2, K. 1988/2 (RG. 21.12.1988, S. 2006).

KAYNAKÇA

- Abdülkerim Özaydın,, "Nizâmülmülk", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/nizamulmulk> (04.08.2022).
- _____. "Melikşah", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/meliksah--buyuk-selcuklu> (01.08.2022).
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku, Genel hükümler, C. V/1,1*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Can, Sevim. "Büyük Selçuklu Devleti'nde Siyasi Gücün Kadınlar Tarafından Kullanılması", Ortaçağda Kadın, ed. A. Çetin, Lotus Yayınevi, s. 395-419, Ankara 2011.
- Egger, August. *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C. II, Aile Hukuku, 1. Kısım, Evlenme Hukuku*. Çeviren Tahir Çağa, İstanbul: Kenan Matbaası, 1943.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Faruk Sümer, "Selçuklular", TDVİslâmAnsiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/selcuklular#1> (30.06.2022).
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986.
- Hatemi, Hüseyin ve Gökyayla, Kadir Emre. *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011.
- Kafesoğlu, İbrahim. *Büyük Selçuklu İmparatoru Sultan Melikşah*, Başbakanlık Kültür Müsteşarlığı Kültür Yayınları, İstanbul 1973.
- Kılınç Ayşe Nur ve Kılınç, Ahmet. "Mehrin Türk Pozitif Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10: S. 1 (2019),103-118.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Hatemi Hüseyin; Serozan Rona ve Arpacı, Abdulkadir. *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Kurban, Yasin. *Mecelle Günümüz Hukuku (Hukukun Doksan Dokuz İlkesi)*, seçkin Yay., Ankara 2020, s.13 vd.
- Küçüktiryaki Ahmet Yasin. *Osmanlı Aile Hukuku: Gelenek ve Modern Arasında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2017.
- Oğuzman M. Kemal ve Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. C. I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Osman Gazi Özgüdenli, "Selçuklular", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/selcuklular#2> (30.06.2022).

- Ömer Menekşe. "Selçuklular'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak El-Mesâ'ülü'l-Melikşâhiyye fi'l-Kavâ'idî's-Şer'iyye", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 35 (2020), 565-598
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul: Beta, 2012.
- Runciman, Steven., *Haçlı Seferleri Tarihi* (trc. Fikret Işıltan), I-III, Ankara 1986-87.
- Türkmen, Ahmet. "Yargıtayın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehrin Geri alınması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, S. 2 (2020), 541-576.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku*. İstanbul: Nurgök Matbaası, 1965.
- Yazıcı, Hilmi ve Atasoy, Hasan. *Şahıs, Aile ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı (1952-1970)*. Ankara: 1970.
- el-Yezdî, Muhammed b. Abdullah İbnü'n-Nizâm el-Hüseynî. "el-İsti'râz fi tarihî's-Selâcika", thk. Hüseyin Emin, Dârü'l-Medâ li's-Sekâfe, Beyrut 2011.
- _____. el-Urâza fi'l-hikâyeti's-Selcûkiyye, trc. M. Şerefeddin Yaltkaya, Millî Tetebbular Mecmuası, I/ 2, s. 257-304, II/3, s. 481-496; II/5, s.241-272.
- Yılmaz Yurtseven, "1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S.1-2 (2003), 199-250.
- Zevkliler, Aydın; Acabey, Mehmet Beşir ve Gökyayla, Kadir Emre. *Zevkliler Medeni Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999.

ÇİN HALK CUMHURİYETİ'NİN KÜRESEL POLİTİKALARININ GÜNEY ÇİN DENİZİ'NE YANSIMASININ GÜNEY ÇİN DENİZİ TAHKİM DAVASIYLA BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Ümit Melih METİNTAŞ**

GİRİŞ

Güney Çin Denizi, Pasifik Okyanusu'nun batısındaki Güneydoğu Asya Ana Karası'nı çevreleyen bir deniz olup bu deniz kuzeydoğuda Doğu Çin Denizi ile bağlantısını sağlayan Tayvan Boğazı, doğuda Tayvan ve Filipinler, güneydoğuda ve güneyde Borneo Adası, Tayland Körfezi'nin güney sınırı ve Malay Yarımadası'nın doğu kıyısı, kuzeyde ve batıda da Asya Ana Karası ile çevrelenmiştir. Denizin toplam hacmi 3.685.000 kilometre kare, ortalama derinliği ise 1.212 metredir. Deniz yaşamı açısından oldukça zengin olan bölge, bu yönüyle yoğun nüfuslu Güneydoğu Asya Bölgesi için önemli bir besin kaynağıdır. Ayrıca deniz tabanının altında büyük ölçekli petrol ve doğal gaz rezervleri de keşfedilmiştir. Borneo Adası'nın kuzeyi, Malay Yarımadası'nın doğusu ve Palawan Adası'nın kuzeybatısı hidrokarbon üretimi açısından önem arz etmektedir. Güney Çin Denizi, yeryüzünün en önemli nakliye rotalarından bazılarında da ev sahipliği yapmaktadır. Pasifik ve Hint Okyanusu limanları için kullanılan ana rota Malakka Boğazı da Güney Çin Denizi'nden geçmektedir.¹

Dünya ticaretinin yaklaşık üçte birinin geçiş yaptığı, bu yönüyle ticaret ve gemi taşımacılığı açısından büyük öneme sahip olan Güney Çin Denizi, kıyısı olan ülkelerin birtakım hak iddiaları nedeniyle yeryüzünde her an çatışmanın yaşanabileceği bölgelerden bir tanesidir. Bu bölge üzerinde hak iddia eden ülkeler Çin, Tayvan, Vietnam, Filipinler, Malezya ve Brunei olup tartışma konusu olan alanlar ise Pratas Adaları, Paracel Adaları, Scarborough Sığılığı ve Spratly Adaları'dır.² Çin, Tayvan ve Vietnam Paracel Adaları üzerinde; Çin, Tayvan, Vietnam, Filipinler, Malezya ve Brunei Spratly Adaları üzerinde ve Çin, Tayvan ve Filipinler Scarborough Sığılığı üzerinde hak iddia et-

* Araş. Gör., Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı / Çankırı-Türkiye. E-posta: umitmelihmetintas@karatekin.edu.tr.

¹ "South China Sea," Encyclopedia Britannica, Erişim Tarihi: Mayıs 12, 2021, <https://www.britannica.com/place/South-China-Sea>.

² Cemre Pekcan, "Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Güney Çin Denizi Krizinin Değerlendirilmesi," Uluslararası Kriz ve Siyaset Araştırmaları Dergisi 1, S.3 (2017): 55-56.

mektedir. Bu adaların bazıları hak iddia eden devletlerin fiilî kontrolü altındadır ve Çin bu konuda başı çekmektedir.³

Spratly ve Paracel Adaları'na ilişkin anlaşmazlıkların başlangıcı, II. Dünya Savaşı'nın öncesine kadar gitmektedir. Fransa 1930'larda bu iki ada grubu üzerinde egemenlik iddiasında bulunmuş, Japonya ise II. Dünya Savaşı sırasında bu adaları işgal etmiş, savaşın ardında da Çin'e iade etmiştir. Hem 1951 tarihli San Francisco Barış Antlaşması'nda hem de 1952 tarihli Çin-Japon Barış Antlaşması'nda, Japonya Spratly ve Paracel Adaları üzerindeki hak iddiasından vazgeçmiştir. Fakat 1951 tarihli San Francisco Barış Konferansı'nda Vietnam temsilcileri bu adalar üzerinde egemenlik iddiasında bulunmuş, Çin ise her seferinde diğer ülkelerin adalara ilişkin iddialarını reddetmiştir.⁴

1973'ten 1988'e kadar Spratly ve Paracel Adaları'nda Vietnam ile Çin arasında silahlı çatışmalar meydana gelmiş, Vietnam adalara saldırılarda bulunmuş, Filipinler ve Malezya da Spratly Adaları'nın bazılarını işgal etmiştir.⁵ 1974 yılına gelindiğinde Çin, Paracel Adaları'nı güç kullanarak Vietnam'dan almıştır. Spratly Adaları'nın tamamında Çin ve Vietnam'ın, bazı kısımlarında da Filipinler, Malezya ve Brunei'nin hak iddiaları hâlen devam etmektedir.⁶

Spratly Adaları, aidiyet ve deniz yetki alanları noktasında hak iddia eden devletler arasında en karmaşık sorunlara neden olan ada grubudur. Çin'in bu adalar üzerinde yürütmüş olduğu ıslah çalışmaları ile inşa ettiği birtakım sivil ve askerî tesisler var olan uyuşmazlığı daha da artırmıştır.⁷

Spratly Adaları dışında Çin ile Filipinler'i karşı karşıya getiren bir diğer coğrafi oluşum Scarborough Sığılığı'dır. 1971'den 1994'e kadar Güney Çin Denizi, Çin ile Filipinler arasında önemli bir anlaşmazlık konusu değilken, 1995 yılında Çin'in hak iddiasında bulunduğu Mischief Resifi'ni işgal ederek buradaki askerî varlığını artırması, iki ülke arasındaki gerginliğin başlamasına neden olmuştur. Bu tarihten itibaren Scarborough Sığılığı da Çin ile Filipinler arasında tartışmalı hâle gelmiştir. Scarborough Sığılığı Filipinler'in yaklaşık 100 deniz mili uzağındayken Çin'in 500 deniz mili uzağındadır. Filipinler, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) gereği

³ Uğur Bayilloğlu, "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması," Türkiye Barolar Birliği Dergisi 0, S.130 (2017): 421.

⁴ Teh-Kuang Chang, "China's Claim of Sovereignty over Spratly and Paracel Islands: A Historical and Legal Perspective," Case Western Reserve Journal of International Law 23, S.3 (1991) 400-401.

⁵ Chang, "China's Claim of Sovereignty over Spratly and Paracel Islands: A Historical and Legal Perspective," 401.

⁶ Pekcan, "Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Güney Çin Denizi Krizinin Değerlendirilmesi," 55-56.

⁷ Bayilloğlu, "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması," 421.

200 deniz miline kadarki bölgede hak sahibi olduğunu ve söz konusu sığığın da kendisine ait olduğunu savunmakta, Çin ise uyuşmazlık konusu yerlerin kendi topraklarının bir parçası olduğunu ifade ederek Filipinler'in hak iddialarını reddetmektedir.⁸

I. ÇİN'İN TARTIŞMALI ALANLARDAKİ ARAZİ ISLAH ÇALIŞMALARI

Çin, Güney Çin Denizi'ndeki birçok adada yapay yapılar inşa etmektedir. Buna karşın Filipinler yapay adalarla ilgili şikâyetlerini Mischief Resifi'ndeki inşaat faaliyetiyle sınırlı tutmuştur. Mischief Resifi yaklaşık olarak 6,5 kilometre genişliğinde, oval biçimli büyük bir mercan adasıdır. 1930'larda Japon ve İngiliz Deniz Kuvvetleri, resifi deniz uçağı üssü olacak şekilde olası bir askerî kullanım için araştırmışlardır. 1990'larda ise Çin; açık deniz balıkçılığı faaliyetleri kapsamında resifi kullanmış, 1999 yılına kadar da resifte muhtelif çok katlı bina ve rıhtımlar inşa etmiş, fakat tüm bu gelişmelere rağmen Ocak 2015'e kadar büyük ölçekli arazi ıslah çalışmalarına başlamamıştır.⁹

Filipinler'in iddiasına göre Çin, Kasım 2015 itibarıyla Mischief Resifi'ndeki inşaat faaliyetleriyle 5,5 milyon metrekareden fazla yeni arazi elde etmiştir.¹⁰ Elde edilen bu arazi yaklaşık olarak 1.028 futbol sahası büyüklüğündedir.¹¹ Yeni arazinin yanı sıra, Çin faaliyetleriyle güçlendirilmiş setler, geçici yükleme iskeleleri, çimento fabrikaları ve büyük gemilerin lagüne geçişini sağlamak için 250 metre genişliğinde bir kanal inşa etmiştir. Ayrıca Filipinler, resif üzerindeki düzleştirilmiş bir alana Çin'in uçak pisti inşa etmeye hazırlandığı yönünde bir tahminde bulunmuş, bu tahminin Temmuz 2016'da Çin'in Mischief Resifi'ne bir Airbus A319'u başarıyla indirdiğini duyurmasıyla gerçek olduğu anlaşılmıştır.¹²

Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki coğrafi oluşumlara gerçekleştirdiği müdahaleler Mischief Resifi ile sınırlı değildir. Çin, yaklaşık olarak 2013 yılının sonlarından bu yana Spratly Adaları içinde yer alan yedi resifte arazi ıslah çalışmaları yürütmektedir. Bu çalışmalarda yeni araziler elde etmek için dip tarama (dredger) gemileri kullanılmakta, gemiler vasıtasıyla denizin dibindeki doğal malzemeler buradan resiflere doldurulmaktadır. Bu alanlar bugün bir dizi sivil/askerî tesise ev sahipliği yapmaktadır.¹³

⁸ Özlem Zerrin Keyvan, "Güney Çin Denizi'nde Tahkim: Çin-Filipinler Rekabeti," Bölgesel Araştırmalar Dergisi 1, S.3 (2017): 254.

⁹ Imogen Saunders, "The South China Sea Award, Artificial Islands and Territory," Australian Yearbook of International Law 34, (2016): 32.

¹⁰ Saunders, "The South China Sea Award, Artificial Islands and Territory," 32.

¹¹ Metrekarenin futbol sahası büyüklüğüne dönüştürülmesinde bkz. "Convert Square Meters to Football Fields," Erişim Tarihi: Mayıs 14, 2021, <https://www.justintools.com/unit-conversion/area.php?k1=square-meters&k2=football-fields>.

¹² Saunders, "The South China Sea Award, Artificial Islands and Territory," 32-33.

¹³ Daniel Andreeff, "Legal Implications of China's Land Reclamation Projects in the Spratly Islands," New York University Journal of International Law and Politics 47, S.4 (2015): 864.

Spratly Adaları'ndaki resiflerden biri olan Cuarteron Resifi'nde Çin, arazi ıslah çalışmalarına Eylül 2013'te başlamıştır. Burada yürütülen faaliyetler sonucu yaklaşık 231.100 metrekare arazi elde etmiştir. Şu an resifte bir askerî karakol, iki helikopter pisti ve birkaç dalgakıran bulunmaktadır. Bir diğer resif olan Fiery Cross Resifi'ni ise Çin, 1988 yılında işgal etmiş ve ardından resifin üzerine sekiz kenarlı, içinde bir deniz feneri olan beyaz bir kule inşa etmiştir. Buradaki arazi ıslah çalışmaları da Ağustos 2014'te başlamıştır. Yürütülen faaliyetler sonucu yaklaşık 3.000 metre uzunluğunda ve 200-300 metre genişliğinde, resifin eski hâlini tamamen içine alan bir arazi elde edilmiş, 2015 yazı itibarıyla yaklaşık 2.740.000 metrekare arazi ıslah edilmiştir. 2014 yılında arazi ıslah çalışmalarının başlatıldığı bir diğer resif Kuzey Gaven'dir. Tıpkı Fiery Cross Resifi'nde olduğu gibi Kuzey Gaven Resifi'nde de yürütülen faaliyetler sonucu yaklaşık 300 metre uzunluğunda ve 250 metre genişliğinde, resifin eski hâlini tamamen içine alan bir arazi elde edilmiş, 2015 yazı itibarıyla burada da yaklaşık 136.000 metrekare arazi ıslah edilmiştir. Çin on yıldan fazla bir süredir resif üzerinde asker ve ikmal birlikleri bulundurmakta ve resifteki garnizonda büyük bir ikmal platformu, birkaç top mevzii, radar ve haberleşme ekipmanı yer almaktadır. Ayrıca deniz feneri işlevi gören bir yapı da inşa edilmiştir.¹⁴

Çin'in 2014 yılındaki ıslah faaliyetleri başlamadan önce Hughes Resifi'nde, üzerinde bir adet karakolun yer aldığı sadece 380 metrekare yüz ölçümünde beton bir platform bulunmaktaydı. Yürütülen faaliyetler sonucunda, doğal hâli dikkate alındığında sadece gelgit cezir zamanı suyun üzerinde kalan bu resifte, 2015 yazı itibarıyla yaklaşık 76.000 metrekare arazi elde edildi. Bu iki rakam göstermektedir ki Çin yürüttüğü çalışmalar ile resifin sahip olduğu alanı önceki boyutunun yaklaşık 200 katına çıkardı. Mevcut karakolun çevresine yeni bir tesisin inşa edildiği ve birkaç dalgakıranın tamamlandığı resifte, karakolun tepesindeki direğe de bir ışık¹⁵ monte edildi. Bir diğer resif olan Johnson Resifi'nde de Hughes Resifi'nde olduğu gibi, 2014 yılından önce bir haberleşme tesisi, garnizon ve iskeleyi içeren neredeyse aynı tip kare bir karakolun yer aldığı beton bir platform bulunmaktaydı. Buradaki karakolun tepesine de tıpkı Hughes Resifi'ndeki gibi ışık monte edildi. Yürütülen faaliyetler sonucunda 19 Eylül 2014 tarihi itibarıyla en geniş noktası yaklaşık 400 metre olan ve 2015 yazı itibarıyla da toplam alanı yaklaşık 109.000 metrekare olan bir arazi elde edildi. Hâlihazırda Çin burada büyük bir tesisin inşaatını sürdürmekte ve arazide ayrıca deniz suyu arıtma pompaları, beton tesisi ve yakıt boşaltma sistemi de bulunmaktadır.¹⁶

¹⁴ Andreeff, "Legal Implications of China's Land Reclamation Projects in the Spratly Islands," 865-870.

¹⁵ Benzer bir işlem Kuzey Gaven Resifi'nde inşa edilen yapıda da gerçekleştirilmiştir. Böylece monte edilen ışığın bir deniz feneri işlevi görmesi amaçlanmıştır. Andreeff, "Legal Implications of China's Land Reclamation Projects in the Spratly Islands," 870.

¹⁶ Andreeff, "Legal Implications of China's Land Reclamation Projects in the Spratly Islands," 871-874.

Çin'in Spratly Adaları'nda yapısını değiştirdiği resiflerden biri de Subi Resifi'dir. Orijinal formunda gelgit cezir zamanı bazı bölümlerinin suyun üzerinde kaldığı bu resifte, arazi ıslah çalışmalarına başlanılmadan önceki mevcut tek yapı, ahşaptan yapılmış iki kışlaya, bir uydu iletişim antenine ve bir helikopter pistine destek sağlayan betondan inşa edilmiş karakoldu. 200 kadar askerden oluşan bir garnizona da ev sahipliği yapan resifteki komplekse, 2011 ya da 2012 yılında kubbe şeklinde bir radar tesisi ilave edildi. Temmuz 2014'te Çin, resifte arazi ıslah çalışmalarına başladı. Bu yolla 2015 yazı itibarıyla yaklaşık 3.950.000 metrekare arazi elde etti. Ayrıca resifin yakınındaki kaynakları tespit etmek ve avlamak için de en az bir kez büyük bir balıkçı filosunu resife gönderdi. Bugün resifte gözlem noktası ve deniz feneri olan, sekiz kenarlı silindirik şekilde beyaz beton bir kule bulunmaktadır. Filipinler Savunma Bakanlığı'na göre bu kule en az 2002 yılından beri oradadır.¹⁷

Rakamlar ve yürütülen çalışmalar Çin'in Güney Çin Denizi'nde kendi lehine ciddi bir dönüşüm gerçekleştirmeye çalıştığını göstermektedir. Bir kısmı met yüksekliği dahi olmayan resiflerde büyük inşaat çalışmaları yürütülmektedir. Kimsenin yaşamadığı bu alanlarda yüzlerce askerin bulunduğu tesislerin kurulması ve buraları destekleyecek sistemlerin oluşturulması, yapılan müdahalenin ne denli ciddi olduğunu göstermektedir. Çin bu sayede Güney Çin Denizi'ni yeniden şekillendirmek istemekte, bu çalışmaları da bölge ülkeleri tarafından endişe ile takip edilmektedir.

II. ÇİN'İN TARTIŞMALI ALANLARI ASKERİLEŞTİRMESİ

Güney Çin Denizi'ndeki tartışmalı alanların egemenliğinin hangi ulusa ait olduğunun belirsiz olması, Çin'in hem Güney Çin Denizi hem de Doğu Çin Denizi'ndeki bazı yerleri askerileştirme konusundaki motivasyonunu yükseltti. Güney Çin Denizi'nin Asya deniz ticaret yollarının yaklaşık üçte ikisini etkilemesi ve bu bölgede tartışmalı birçok balıkçılık sahasının bulunması, son zamanlarda görülen bölgeyi askerileştirme çabalarını artırdı.¹⁸

Güney Çin Denizi'ndeki toprak ve su kullanım hakları üzerindeki gerginlik sadece diplomatik anlaşmazlıklara değil, aynı zamanda bölgede askerî cephelenmelere de neden oldu. 1995 yılında Çin gemilerinin Filipinler'in işgali altındaki Mischief Resifi'ne gelerek burada Çin bayrağını dalgalandırması, var olan anlaşmazlıkları şiddetlendirdi. Bu olaydan sonra Çin ve Filipinler, anlaşmazlıkları barışçıl yollarla çözmeyi taahhüt ettikleri bir antlaşmayı imzaladı. Fakat anlaşmaya varıldığı tarihten bugüne iki ülke arasında Güney Çin Denizi konusunda iki önemli gerilim yaşandı. 8 Nisan 2012 tarihinde

¹⁷ Andreeff, "Legal Implications of China's Land Reclamation Projects in the Spratly Islands," 877-878.

¹⁸ Theodore S. Kontopoulos, "Fish, Friends, and Flashpoints in the South China Sea," University of Illinois Law Review 2018, S.5 (2018): 1887.

Filipinler Donanması Scarborough Sığılığının açıklarında sekiz adet Çin balıkçı teknesini fark etti. Filipinler Donanması Çinli balıkçıları tutuklama girişiminde bulunduysa da Çin gemilerinin balıkçıları kurtarmaya gelmesiyle Filipinler'in girişimi engellenmiş oldu. İki aylık belirsizlik Çin'in sığılığın etrafına bariyer kurmasıyla sonuçlandı. Ancak bu bölgeye ilişkin egemenlik veya yetki alanı konularında herhangi bir netice alınamadı. Müzakerelere rağmen 2 Mart 2011 tarihinde Reed Bank yakınlarında Çin nakliye gemileri ile Filipinler petrol arama gemileri arasında, tartışmalı denizlerle ilgili çekişmenin altında yatan nedenlerden birini oluşturan başka bir gerilim meydana geldi. İki Çin gemisi Filipinler'e ait bir gaz arama gemisine yanaşarak gemiden bölgenin Çin'in yetki alanında olduğu gerekçesiyle faaliyetlerini durdurmasını istedi. Filipinler Hükümeti geri adım atmazarak çalışmalarını tamamlayana kadar arama gemisine eşlik etmesi için bir askerî uçak ve iki sahil koruma gemisi görevlendirdi. Ayrıca Filipinler Spratly Adaları'ndaki askerî varlığını güçlendirdi, askerî uçak pistini iyileştirdi ve Kalayaan Adaları'ndaki¹⁹ keşif uçaklarının ve gemilerinin sayısını artırdı. Tüm bu askerî önlemlere ek olarak Filipinli milletvekilleri Pagasa Adası'nı ziyaret etti ve buranın altyapısını geliştirmek için kaynak sözü verdi.²⁰

Güney Çin Denizi'nde gerilime yol açan bir diğer gelişme ABD'nin bölgedeki varlığı oldu. 2016 yılının Mayıs ve Haziran ayları arasında ABD, Güney Çin Denizi'nde birkaç deniz tatbikatı gerçekleştirdi ve bu tatbikatlar Çin tarafında hoşnutsuzluk yarattı.²¹

Çin'in en azından 1950'lerden beri bölgedeki belli adalar ve sulara ilişkin öne sürdüğü iddialar, ABD tarafından uluslararası deniz hukuku ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle reddedilmektedir ve ABD'nin söz konusu tatbikatları da tıpkı diğerlerinde olduğu gibi, Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki birtakım iddialarına devam eden itirazlarını yansıtmaktadır.²²

ABD'nin son deniz tatbikatlarının ilki 10 Mayıs 2016 tarihinde gerçekleşen, USS William P. Lawrence adlı güdümlü roket destroyerinin Fiery Cross

¹⁹ Kalayaan Adaları, Spratly Adaları'nda yer alan ve Filipinler'in kontrolü altında olan sekiz tane adadır. Suzanne S. Kimble, "Is China Making Waves in International Waters by Building Artificial Islands in the South China Sea," *Tulane Journal of International and Comparative Law* 24, S.1 (2015): 272. 1978 yılında Filipinler Yönetimi, Güney Çin Denizi'ndeki bir ikizkenar yamuk şeklindeki alanı ve bu alan içindeki adalar ile "deniz tabanı, toprak altı, kıta kenarı ve hava sahası" dâhil olmak üzere diğer arazi özellikleri üzerinde hak iddia eden bir yasa çıkardı ve Kalayaan olarak adlandırılan bölgeyi de Palawan Eyaleti'nin bir belediye birimi hâline getirdi. Rodolfo C. Severino, "The Philippines' National Territory," *Southeast Asian Affairs*, (2012): 259.

²⁰ Kimble, "Is China Making Waves in International Waters by Building Artificial Islands in the South China Sea," 276-277.

²¹ "United States Continues to Challenge Chinese Claims in South China Sea: Law of the Sea Tribunal Issues Award against China in Philippines-China Arbitration," *American Journal of International Law* 110, S.4 (2016): 795.

²² "United States Continues to Challenge Chinese Claims in South China Sea: Law of the Sea Tribunal Issues Award against China in Philippines-China Arbitration," 795.

Resifi'nin 12 deniz mili dâhilinde yürüttüğü bir "seyrüsefer serbestisi" tatbikatıydı. Bölgede o yılki bir diğer ABD tatbikatı, USS Curtis Wilbur adlı roket destroyerinin 29 Ocak'ta Triton Adası'nın 12 deniz mili dâhilindeki geçişinin sonrasında gerçekleştirildi. William P. Lawrence destroyerinin geçişine karşılık olarak Çin'e ait üçer savaş uçağı ve gemi, destroyeri bölgeden ayrıldığı ana kadar takip etti. Dönemin Çin Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Lu Kang, ABD'nin tatbikatını "yasadışı" olarak nitelendirerek bu faaliyetlerin Çin'in egemenliğine ve güvenliğine ilişkin çıkarlarını tehdit ettiği, resifteki personel ve tesislerin güvenliği ile bölgesel barış ve istikrarı tehlikeye attığı iddiasında bulundu. Dönemin Beyaz Saray Basın Sözcü Josh Earnest da aksine tatbikatın görece rutin bir tatbikat olduğunu ve kışkırtıcı bir eylem olmasının amaçlanmadığını öne sürdü.²³

Yakın tarihte meydana gelen olaylar gösterdi ki Batı'nın güçlü devletlerinin zararına bile olsa Çin bölgedeki kontrolünü kaybetmemek adına kuvvete başvurmaktan çekinmemektedir. Ülke, donanmasını hızla genişletmiş ve Mischief Resifi'nde olduğu gibi yapay adalar inşa etmiştir. Bu adalar önemli operasyon üsleri ve stratejik destek hattı noktaları olarak hizmet vermektedir. Kurduğu altyapı sayesinde Çin, geniş su alanları üzerinde kontrol sağlama, yabancı gemiler üzerinde de baskı yaratma olanağını elde etmiştir.²⁴

Güney Çin Denizi'ndeki anlaşmazlıkların büyümemesi adına, yürütülen uzun müzakerelerin ardından Çin ve Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği (ASEAN) arasında, 4 Kasım 2002 tarihinde Kamboçya'nın Phnom Penh Kenti'nde bir bildiri imzalanmıştır. Tarafların Güney Çin Denizi'ndeki davranışlarını düzenlemeye yönelik olan bu Bildiri, siyasi bir metin olup tartışmalı bölgeler üzerindeki gerilimin daha fazla büyümemesini ve Güney Çin Denizi'nde ortaya çıkabilecek askerî çatışma risklerinin azaltılmasını hedeflemiştir. Fakat Bildiri'nin Güney Çin Denizi'ne ilişkin anlaşmazlıkların merkezinde yer alan toprak sorunlarını çözmediği ve taraflara bağlayıcı ve uygulanabilir yükümlülükler getirmedeği gerçeği de ortadadır.²⁵

Bildiri'nin 3. maddesinde taraflar, BMDHS de dâhil olmak üzere uluslararası hukukun evrensel ölçüde kabul görmüş ilkelerinin öngördüğü şekilde, Güney Çin Denizi'nde seyrüsefer ve uçuş serbestisine bağlı kalacaklarını ve serbestîye saygı duyacaklarını bir kez daha teyit etmişlerdir. 5. madde de anlaşmazlıkları karmaşıklataştırarak veya tırmandıracak ve şu an üzerinde yerleşim bulunmayan ada, resif, sığılık, mercan adası ve diğer coğrafi oluşum-

²³ "United States Continues to Challenge Chinese Claims in South China Sea: Law of the Sea Tribunal Issues Award against China in Philippines-China Arbitration," 796.

²⁴ Steve Lorteau, "China's South China Sea Claims as Unprecedented: Sceptical Remarks," Canadian Yearbook of International Law 55, (2017): 99-100.

²⁵ Shicun Wu ve Huaifeng Ren, "More than a Declaration: A Commentary on the Background and Significance of the Declaration on the Conduct of the Parties in the South China Sea," Chinese Journal of International Law 2, S.1 (2003): 311.

ları yerleşime açacak faaliyetler de dâhil olmak üzere barış ve istikrarı etkileyecek eylemlerden kaçınmayı ve yapıcı bir tutum sergilemeyi taahhüt etmişlerdir.²⁶ ASEAN üyeleri Çin'in de taraf olduğu 2002 tarihli düzenlemele- rin, bir ortak kullanım alanı yaratacağını ve seyrüsefer ve uçuş serbestisine izin vereceğini beklemişler, fakat tüm bu gelişmelere rağmen fiilî durumda herhangi bir büyük değişiklik yaşamamışlardır.²⁷

Güney Çin Denizi'ndeki tartışmalı alanların varlığı ve bu alanların bölge ülkelerini sık sık karşı karşıya getirmesi, o bölge için yapılan askerî harcamalara temel oluşturmaktadır. Son yıllarda ABD'nin de bölgede varlık göstermesi, anlaşmazlık yaşayan tarafların silahlanmaya her geçen gün daha fazla kaynak aktarmasına neden olmaktadır.

III. FİLİPİNLER'İN DAIMÎ TAHKİM MAHKEMESİ'NE BAŞVURUSU VE MAHKEME'NİN KARARI

Nisan 2012'de Filipinler'in Scarborough Sığılığı'nda demirlemiş Çinli balıkçıları gözaltına almak istemesi ve yine aynı tarihlerde Filipinler'in kendi toprağı olan Palawan Adası'nın açıklarındaki Çin'in de hak iddia ettiği bir resifte ABD ile askerî tatbikat gerçekleştirmesi iki ülke arasındaki gerginliği artırmıştır.²⁸ Filipinler, 2012 ASEAN Ortak Bildirisi'ne Scarborough Sığılığı ile ilgili bir madde koydurmak istemiş, fakat bu talebi Kamboçya'nın muhalefetine takılmıştır. Diğer ASEAN ülkelerine kıyasla Kamboçya'ya en fazla yatırımı yapan ve ona en yakın ülke olan Çin'in baskıları sonucu Kamboçya, ortak bildirisinin yayınlamasına engel olmuştur.²⁹ En son Scarborough Sığılığı'nda bu sefer Filipin balıkçı teknelerinin Çin tarafından engellenmesi sonucu Filipinler, Çin'i uluslararası hukuku ve Manila Deklarasyonu'nu ihlal etmekle suçlamış ve 22 Ocak 2013 tarihinde Daimî Tahkim Mahkemesi'ne başvurarak Güney Çin Denizi'nde yaşanan anlaşmazlığın çözümü için hukuki süreci başlatmıştır.³⁰

Filipinler başvurusu ile Mahkeme'den üç talepte bulunmuştur. Bunlardan birincisi, Çin'in ileri sürdüğü ve bütün Güney Çin Denizi'ni içine alan "dokuz çizgili hattın"³¹ geçersizliğine hükmedilmesi; ikincisi Güney Çin Denizi'ndeki Çin'in üzerinde hak iddia ettiği coğrafi oluşumların hukuken ada

²⁶ Bildiri metni için bkz. "Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea," Erişim Tarihi: Mayıs 17, 2021, <https://asean.org/declaration-on-the-conduct-of-parties-in-the-south-china-sea-2/>.

²⁷ Lorteau, "China's South China Sea Claims as Unprecedented: Sceptical Remarks," 101.

²⁸ Keyvan, "Güney Çin Denizi'nde Tahkim: Çin-Filipinler Rekabeti," 255-256.

²⁹ Pekcan, "Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Güney Çin Denizi Krizinin Değerlendirilmesi," 64.

³⁰ Keyvan, "Güney Çin Denizi'nde Tahkim: Çin-Filipinler Rekabeti," 257.

³¹ Dokuz çizgili hat ile Çin, karşısındaki devletler ile arasındaki bu sınırları potansiyel bir deniz sınırı olarak görmekte ve bu sınırlar içinde kalan ada grupları üzerinde egemenlik iddiasında bulunmaktadır. Zhiguo Gao ve Bing Bing Jia, "The Nine-Dash Line in the South China Sea: History, Status, and Implications," *American Journal of International Law* 107, S.1 (2013): 109.

olmadığının, BMDHS madde 121 fıkra 3 gereğince kaya veya cezir yüksekliği olduğunun tespiti ile bu coğrafi oluşumlara ait münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının bulunmadığına hükmedilmesi; üçüncü olarak da Çin'in BMDHS ve uluslararası hukuka aykırı olarak Filipinler'in egemenlik haklarını kullanmasına engel olduğuna hükmedilmesidir.³²

Mahkeme ilk olarak BMDHS'ye göre gelgit cezir zamanı ortaya çıkan, met zamanı ise suyun altında kalan yerlerin cezir yüksekliği (low-tide elevation) olarak adlandırıldığını ifade etmiş; gelgit met zamanı suyun üstünde kalan yerlerin genel olarak ada şeklinde tanımlandığını, fakat bir adanın sahip olacağı deniz alanlarını Sözleşme madde 121 fıkra 3 gereğince kendi başına ekonomik bir yaşamın veya insan yerleşiminin sürdürülebilmesi noktasındaki kapasitesinin tayin edeceğini belirtmiştir. İnsan yerleşiminin veya kendi başına ekonomik bir yaşamın sürdürülemediği ve bu nedenle madde 121 fıkra 3 gereğince münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığı olmayan met yükseklikleri (high-tide features) için kaya terimini kullanmıştır. Kaya olmayan ve Sözleşme madde 121 fıkra 2 gereğince diğer kara parçaları ile aynı haklara sahip olan met yükseklikleri için de "tam yetkili adalar" terimini tercih etmiştir. Böylece "kayalar" ve "tam yetkili adalar" daha geniş bir kategori olan met yüksekliklerinin altında değerlendirilmiştir.^{33,34}

Mahkeme, Uluslararası Adalet Divanı'nın Nikaragua/Kolombiya Kararı'na atıfta bulunarak, "kayaların" Sözleşme madde 121 fıkra 3 gereğince sadece kayadan oluşması gerekmediğine hükmederek Filipinler'le aynı görüşü paylaşmıştır. Divan, Sözleşme madde 121 fıkra 3'te tanımı yapılmış olan "kayalar" için birtakım jeolojik kriterler getirmenin "saçma bir sonuca" yol açacağına karar vermiş ve Sözleşme madde 121 fıkra 3'teki diğer koşulları karşıladıkları takdirde kum, balçık, çakıl ya da mercandan oluşan met yüksekliklerine deniz alanları hakkı tanınması gerektiğini ifade etmiştir.³⁵

³² Bayıllıoğlu, "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması," 423.

³³ "In The Matter Of The South China Sea Arbitration –before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People's Republic Of China, Award, Temmuz 12, 2016," PCA Case No: 2013-19, Erişim Tarihi: Mayıs 18, 2021, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>, para 280. Çalışmanın geri kalanında bu dava için "The South China Sea Arbitration Award" kısaltması kullanılmıştır.

³⁴ Bu çalışmada, Daimî Tahkim Mahkemesi'nin kararında "low-tide elevation" ve "high-tide feature" şeklide ifade ettiği terimler için sırasıyla, Doç. Dr. Uğur Bayıllıoğlu'nun "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması" başlıklı çalışmasında söz konusu terimlerin Türkçe karşılığı olarak kullandığı "cezir yüksekliği" ve "met yüksekliği" ifadeleri tercih edilmiştir.

³⁵ Nilüfer Oral, "Rocks or Islands: Sailing towards Legal Clarity in the Turbulent South China Sea," AJIL Unbound 110, (2016-2017): 281.

Mahkeme yaptığı terminolojik tespitin ardından cezir yüksekliklerinin sahip olduğu deniz alanlarına değinmiştir. Kararında, Sözleşme'nin madde 13 fıkra 2'de bir cezir yüksekliğinin, bir met yüksekliği veya ana karanın karasuları dışında kalması hâlinde kendi karasularının olmayacağını hüküm altına aldığını, bununla birlikte bu düzenlemenin açıkça cezir yüksekliğinin münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığına sahip olmadığı yönünde bir hüküm içermediğini, fakat bir cezir yüksekliğinin şayet karasuları yoksa *ipso facto* (kendiliğinden) münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının da olmayacağını ifade etmiştir. Aynı durumun Sözleşme madde 121 fıkra 3 gereği, kaya olarak kabul edilen met yükseklikleri için de geçerli olduğunu ve bu alanların da münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının olmayacağını belirtmiştir.³⁶ Bu tespitleri ile Mahkeme, karasuları dışında kalan cezir yükseklikleri ile kayaların deniz yetki alanları bakımından aynı rejime tabi olduğunu, her iki gruba giren coğrafi oluşumların da münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının bulunmadığını ortaya koymuştur.³⁷ Tüm bu değerlendirmelerin sonrasında da kararında uyumsuzluk konusu alanların statüsünün tespitine geçmiştir.

Filipinler, başvurusunun 3 numaralı başlığında Scarborough Sığılığı'nın münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığının bulunmadığına hükmedilmesini Mahkeme'den talep etmiştir.³⁸ İhtilaf konusu olan Scarborough Sığılığı 1866 ve 1932 yıllarında ayrıntılı bir şekilde incelenmiş ve yapılan incelemeler sonucunda sığılıkta yer alan beş ila yedi arasındaki kayanın deniz seviyesinden bir ila üç fit³⁹ yükseklikte bulunduğu tespit edilmiştir. Mahkeme de sığılığı oluşturan birkaç kayanın gelgit met zamanı suyun üstünde kaldığı sonucuna varmıştır.⁴⁰

Kararda, Scarborough Sığılığı'nın gelgit met seviyesinin üstündeki çıkıntılarının çok küçük olduğu; bu sebeple sığılığın doğal yapısının sürdürülebilir insan yerleşimini mümkün kılmadığı; sığılıkta tatlı suyun, bitki örtüsünün veya yaşam alanının bulunmadığı gibi sığılığın bu özelliklere sahip herhangi bir şeyi de bünyesinde barındırmadığı belirtilmiştir.⁴¹ Mahkeme karasuları ile ilgili olarak farklı bir hesaplama yönteminin geçerli ve gelgit met seviyesinin karasularını çizmek için yeterli olduğunu ifade etmiş, fakat yine de BMDHS madde 121 fıkra 3'e atıfta bulunarak ekonomik yaşamın coğrafi oluşumun kendi özelliğiyle bağlantılı olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye

³⁶ "The South China Sea Arbitration Award," para 308.

³⁷ Bayilloğlu, "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması," 430-431.

³⁸ "The South China Sea Arbitration Award," para 385.

³⁹ Bir fit 30,5 santimetreye karşılık gelmektedir. Bkz. "Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük," Erişim Tarihi: Mayıs 20, 2021, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁴⁰ "The South China Sea Arbitration Award," para 333-334.

⁴¹ "The South China Sea Arbitration Award," para 556.

göre küçük bir kayayı çevreleyen karasularının balıkçılar tarafından kullanılması veya o karasularının deniz tabanındaki mineral kaynakların işletmeler tarafından çıkarılması, o coğrafi oluşuma tek başına ekonomik bir yaşam kazandırmayacaktır.⁴² Scarborough Sığılığı'nın kayalarını kullanan balıkçıların, bu sığılıkta balık tutmasının ötesinde herhangi bir ekonomik faaliyetin olduğuna dair bir bulgu da mevcut değildir. Tüm bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, Scarborough Sığılığı'nın bağımsız olarak tek başına ekonomik bir yaşamı sürdürebileceğine dair bir durumunun söz konusu olmadığını vurgulanmış, BMDHS madde 121 fıkra 3 gereğince bu sığılığın kaya statüsünde olduğuna hükmetmiştir.⁴³

Filipinler, başvurusunun 7 numaralı başlığında coğrafi açıdan Spratly Adaları'nın bir parçası olan Johnson, Cuarteron ve Fiery Cross Resifleri'nin münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığının bulunmadığına hükmedilmesini Mahkeme'den talep etmiştir.⁴⁴

Mahkeme, Johnson Resifi'nin BMDHS madde 121 fıkra 3 gereğince kaya statüsünde olduğuna hükmetmiş, söz konusu resifin ortalama deniz seviyesinin 1,2 metre yukarısına ulaşan en az bir kayasının olduğunu ve bu hâliyle resifin gelgit met seviyesinin üstünde kaldığını tespit etmiştir. Bununla birlikte resifin Scarborough Sığılığı'ndaki kayalarda olduğu gibi, gelgit met seviyesinin üstündeki kısmının tatlı sudan, bitki örtüsünden ve yaşam alanından mahrum olduğu; çorak yapısı ve çok küçük olması nedeniyle kendi başına ekonomik bir yaşamın ve insan yerleşiminin sürdürülebilmesi noktasında yetersiz kaldığı da mahkeme tarafından ifade edilmiştir.⁴⁵

Mahkeme kararında, Çin'in Johnson Resifi üzerinde gerçekleştirmiş olduğu inşaat çalışmalarına da değinmiş ve her ne kadar Çin bir tesis inşa ederek resif üzerindeki varlığını devam ettiriyor olsa da bu tesisin denizin gelgit met seviyesinin altında kalan kısmına ancak inşa edilebilmiş olduğuna dikkat çekmiştir. Kararın devamında, söz konusu varlığın resif dışındaki kaynaklara mecburi olarak bağlı olduğuna ve 1988 yılında Çin'in resif üzerindeki varlığının başlamasından önce burada herhangi bir insan faaliyetinin bulunduğu dair bir bulgunun da mevcut olmadığına değinmiştir. Mahkeme resifin statüsünü değerlendirirken, BMDHS madde 121 fıkra 3'ün amacına uygun olarak resifin insan eliyle gerçekleştirilen müdahalelerden önceki doğal hâlinin dikkate alınacağını ve Çin'in yapmış olduğu inşaatın resifin statüsünü kayadan adaya yükseltmeyeceğini belirtmiştir.⁴⁶

⁴² "The South China Sea Arbitration Award," para 503.

⁴³ "The South China Sea Arbitration Award," para 554 ve 556.

⁴⁴ Bayilloğlu, "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması," 423.

⁴⁵ "The South China Sea Arbitration Award," para 557-558.

⁴⁶ "The South China Sea Arbitration Award," para 559.

Mahkeme, Spratly Adaları'nın bir diğer parçası olan Cuarteron Resifi'nin de kaya statüsünde olduğu kanaatine ulaşmış, resifin gelgit met zamanı bir ile iki metre suyun üstünde kalan kayalardan oluştuğunu, bu kayaların çok küçük ve çorak olduğunu ve bu yapısı nedeniyle resifin kendi başına ekonomik bir yaşamın ve insan yerleşiminin sürdürülebilmesi noktasında yetersiz olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Çin'in Cuarteron Resifi'ne yapmış olduğu tesisin ve bu resifte yürütmüş olduğu ıslah çalışmasının ancak resifin gelgit met zamanı suyun altında kalan kısmının yükseltilmesi ve su altı kazısı ile mümkün olabildiğini de vurgulamıştır. Tıpkı Johnson Resifi'nde olduğu gibi, 1988 yılından önce burada da herhangi bir insan faaliyetinin bulunduğu dair bir bulgunun mevcut olmadığını, resifin statüsünün tespitinde insan eliyle gerçekleştirilen müdahalelerden önceki doğal hâlin dikkate alınacağını ve Çin'in resif üzerinde yapmış olduğu inşaatın, kapsamı ne olursa olsun, resifi ada statüsüne yükseltmeyeceğini ifade etmiştir.⁴⁷

Spratly Adaları'nın bir diğer parçası da Fiery Cross Resifi'dir. Kararda, gelgit met zamanı suyun yaklaşık olarak bir metre üstünde kalan belirgin bir kayanın bu resifte bulunduğu ve bu dönemlerde söz konusu kayanın yüzey alanının sadece iki metre kare olduğu tespitine yer verilmiştir. Tıpkı Johnson ve Cuarteron Resifleri'nde olduğu gibi, Fiery Cross Resifi'nin de doğal yapısı nedeniyle kendi başına ekonomik bir yaşamın ve insan yerleşiminin sürdürülebilmesi noktasında yetersiz olduğu belirtilmiştir. Mahkeme Fiery Cross Resifi'nin de kaya statüsünde olduğuna karar vermiş ve Çin'in yürütmüş olduğu inşaat çalışmalarının bu durumu değiştirmeyeceğini ve orayı bir ada hâline getirmeyeceğini de kararına eklemiştir.⁴⁸

Kararın devamında Kuzey Gaven ve McKennan Resifleri'ne de yer verilmiştir. Kuzey Gaven Resifi'nin kuzeydoğu köşesinde gelgit met zamanı suyun üstünde kalan küçük bir kum adasının bulunduğu, fakat tıpkı karara konu olan diğer resifler gibi bunun da bir kaya olduğu ve Çin'in faaliyetlerinin bu gerçeği değiştirmeyeceği belirtilmiştir. Mahkeme, McKennan Resifi'nin de gelgit met zamanı suyun üstünde kalan bir kısmının olduğunu, fakat bunun önem arz edecek bir boyutta olmadığını, yapısının ne insan yerleşimini ne de kendi başına ekonomik bir yaşamı sürdürmeyi mümkün kıldığını ve herhangi bir insan faaliyeti ya da varlığını gösteren bir bulgunun da var olmadığını belirtmiş ve bu resifin de kaya statüsünde olduğuna hükmetmiştir.⁴⁹

Filipinler, başvurusunun 4 numaralı başlığında coğrafi açıdan Spratly Adaları'nın bir parçası olan Second Thomas Sığılığı ile Mischief ve Subi Resifleri'nin bir cezir yüksekliği olduğunun ve buna bağlı olarak bu resiflerin karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olamayacağını

⁴⁷ "The South China Sea Arbitration Award," para 560-562.

⁴⁸ "The South China Sea Arbitration Award," para 563-565.

⁴⁹ "The South China Sea Arbitration Award," para 566-570.

tespitini mahkemeden talep etmiştir⁵⁰. 12 numaralı başlık altında ise Çin'in Mischief Resifi'ndeki faaliyetlerinin tespitine yönelik talepte bulunmuştur.⁵¹

Çin'in Mischief Resifi'nde yürüttüğü faaliyetlere ilişkin Mahkeme'nin vermiş olduğu kararın ayrıntılarına geçmeden önce uluslararası hukuktaki ada-yapay ada ayırımına ve bunlarla ilgili deniz alanlarına değinmek faydalı olacaktır.

Uluslararası deniz hukuku açısından ada kavramının hukuksal tanımının ne olduğu, insan yapımı oluşumların ada olarak kabul edilip edilmeyeceği, gelgit met zamanı suyun altında kalan coğrafi oluşumların ada sayılıp sayılmayacağı ve bütün adaların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olup olmayacağı uzun süre tartışılmış; özellikle insan yaşamına elverişsiz adacık veya kayalıkların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olup olmayacağı noktasında ciddi tartışmalar yaşanmıştır.⁵² Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi madde 1 fıkrası b'de adaların kıta sahanlığına sahip olduğu,⁵³ BMDHS madde 121'de de adaların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olduğu, fakat insanların oturmasına elverişli olmayan veya kendilerine özgü ekonomik bir yaşamı bulunmayan kayalıkların bu geniş deniz alanlarına sahip olmayacağı ifade edilmiştir.⁵⁴

Uluslararası deniz hukukuna göre; doğal olarak oluşmuş, normal şartlarda sürekli su üzerinde kalan, su ile çevrili kara parçaları ada olarak tanımlanmış ve bu özellikleri taşıyan coğrafi oluşumların bütün deniz alanlarına (karasuları, bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı) sahip olduğu yönünde düzenlemeye gidilmiştir. Doğal olmayan veya sürekli su yüzeyinde kalamayan coğrafi oluşumlara ise deniz alanlarına sahip olma hakkı tanınmamıştır. Ayrıca BMDHS madde 121 fıkrası 1'deki tanıma uymasına rağmen, insanların oturmasına elverişli olmayan veya kendilerine özgü ekonomik bir yaşamı bulunmayan kayalıklara, karasularına sahip olma hakkı tanınmış, fakat bu coğrafi oluşumların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olamayacağı yönünde düzenlemeye gidilmiştir. Özetle bir coğrafi oluşumun münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olabilmesi için her şeyden önce doğal olarak oluşmuş olması ve sürekli su yüzeyinde kalabilmesi ve insan oturmasına elverişli olması veya kendine özgü ekonomik bir yaşama sahip olması, başka bir ifadeyle kendi ekonomik haya-

⁵⁰ Bayılloğlu, "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması," 423.

⁵¹ "The South China Sea Arbitration Award," para 994-995.

⁵² Yücel Acer ve İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 220-221.

⁵³ Kıta Sahanlığı Hakkında Cenevre Sözleşmesi için bkz. "Kıta Sahanlığı Hakkında Cenevre Sözleşmesi," DergiPark, Erişim Tarihi: Mayıs 21, 2021, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/37648>, 90.

⁵⁴ Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi için bkz. "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi," T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, Erişim Tarihi: Mayıs 21, 2021, <https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararasi-sozlesmeler/denizhukuku.pdf>, 39.

tını sürdürebilmesi gerekmektedir. Bu noktada söz konusu coğrafi oluşumların büyüklüğü sahip olacağı deniz alanlarının tespitinde önem arz etmemektedir.⁵⁵

Doğal ada tanımının dışında kalan ve insanın katkısıyla yapılmış olan her türlü su yüzeyinde kalan çıkıntılar yapay ada⁵⁶ olarak tanımlanmaktadır. Bu tür adalara doğal adaların aksine herhangi bir deniz alanına sahip olma hakkı tanınmayıp yapay adaların varlığı deniz alanlarının sınırlandırılmasında da dikkate alınmamaktadır. Buna karşılık kıyı devletine yapay adaların etrafında en fazla makul boyutlarda güvenlik bölgesi oluşturma hakkı tanınmaktadır.⁵⁷ BMDHS madde 60 fıkra 4'te sahildevletinin gerektiği takdirde yapay adalar, tesisler veya yapıların etrafında hem seyir güvenliğini hem de bu tür platformların güvenliğini sağlamak için makul boyutlarda olmak koşuluyla sadece güvenlik bölgeleri kurabileceği belirtilmiş, devamındaki fıkrada da bu bölgelerin platformun dış sınırından başlayarak en fazla 500 metreye kadar genişleyebileceği vurgulanmıştır. Aynı maddenin yedinci fıkrasında da yapay ada, tesis veya yapıların ve bunların etrafındaki güvenlik bölgelerinin uluslararası ulaşımda kullanılan belli başlı deniz yollarını engelleyecek şekilde tesis edilemeyeceği düzenlenerek kıyı devleti uluslararası ulaşımı engellemeye yükümlülüğü altına sokulmuştur.⁵⁸

BMDHS yapay adalara deniz yetki alanları hakkı tanımayarak devletlerin bu yolla denizlerdeki yetkisini genişletmesine engel olmuştur. Bir kıta veya adanın karasuları genişliğini aşmayan uzaklıkta bulunan cezir yükseklikleri hariç, su üzerinde sürekli kalamayan oluşumlara da karasularına sahip olma hakkı tanınmamıştır.⁵⁹ Mahkeme uluslararası deniz hukukunda teamül hâline gelmiş bu kuralları pekiştirerek insan eliyle gerçekleştirilen müdahalelerin coğrafi oluşumların statüsünde değişiklik meydana getirmeyeceğine hükmetmiştir. Kararda, yapılacak müdahalelerin deniz yatağını bir cezir yüksekliğine ya da bir cezir yüksekliğini bir adaya dönüştüremeyeceği ve inşa edilen adanın ya da yapılan montajın boyutuna bakılmaksızın bir cezir yük-

⁵⁵ Acer ve Kaya, Uluslararası Hukuk, 221-222.

⁵⁶ Yapay ada; deniz tabanından ve toprak altından petrol, doğal gaz gibi kaynakları çıkarmak amacıyla kurulan ve tümüyle insan yapımı olan bir tesis olabileceği gibi, deniz üzerine kurulan barınak ya da sığınakların doldurulması yoluyla elde edilen fener gibi, kimi doğal unsurların insan eliyle tamamlanmasıyla ortaya çıkarılan bir yapı da olabilir. Hâliyle yapay adanın ne tümüyle insan yapısı olması ne de malzemesinin doğal olmayan maddelerden meydana gelmesi gerekmektedir. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 300-301.

⁵⁷ Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, 300-301.

⁵⁸ "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi," 19.

⁵⁹ "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi," m. 13/2. Benzer bir düzenleme için bkz. "1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri: Kara Suları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi," Türk-Yunan İlişkileri Forumu, Erişim Tarihi: Mayıs 22, 2021, <http://www.turkishgreek.org/kuetuephane/item/134-1958-cenevre-deniz-hukuku-soezlesmeleri-kara-sulari-ve-bitisik-boelge-soezlesmesi>, m. 11/2.

sekliğinin Sözleşme kapsamında cezir yüksekliği olarak kalmaya devam edeceği ifade edilmiştir.⁶⁰

Mischief Resifi ile ilgili bir sonuca varmadan önce Mahkeme, HMS Herald adlı korvetin ve Çin Deniz Kuvvetleri Deniz Yolculuğu Yönergeleri'nin resifle ilgili bilgilerini dikkate almıştır. HMS Herald, Mischief Resifi'ni ortalama düşük su seviyesinden beş fit yüksekliğe sahip bir kaya olarak tanımlamış, Çin'in 18500 numaralı haritası da benzer şekilde resifi, ortalama deniz seviyesinden bir metre yüksekliğe sahip bir kaya olarak göstermiştir.⁶¹

Mahkeme, Mischief Resifi'ndeki gelgit koşullarına ilişkin doğrudan bir kanıtın bulunmadığına dikkat çekmiş ve HMS Herald ile Çin Deniz Kuvvetleri Deniz Yolculuğu Yönergeleri'nin doğrudan gözlem sonucu elde ettiği kesin kanıtlarını daha inandırıcı bulmuş ve daha önceden elde edilen bilgilerin ışığında Mischief Resifi'nin bir cezir yüksekliği olduğu sonucuna varmıştır.⁶²

Second Thomas Sığılığı da Mischief Resifi gibi ilk olarak 1930'lı yıllarda incelenmiş ve HMS Iroquois adlı araştırma gemisi sığığa ilk ziyaretini 1931 yılında gerçekleştirmiştir. Kraliyet Donanması'nın tehlikeli sular için hazırlattığı 1944 Deniz Yolculuğu Yönergeleri'nde sığığın şu şekilde tanımlanmıştır:

Second Thomas Sığılığı'nın kuzey ucu, Mischief Resifi'nin yaklaşık 20 mil doğusunda yer almaktadır. Sığığın, doğudan orta draftlı (su çekimi orta derece olan) gemilerin muhtemelen yaşayabileceği yaklaşık 15 kulaç derinliğindeki bir lagünü içermektedir. Lagünün doğu tarafı, bir dizi izole toprak parçasıyla birlikte yaklaşık 5 kulaç genel derinliğe sahip görünmektedir. Sığığın batı ucundaki olası tek geçit geçişler için uygun değildir. Sığığın güney ucunun yakınlarında da denizin en düşük çekilme noktasına geldiği durumda görünürlüğü neredeyse kesin olan iki ya da üç büyük kaya bulunmaktadır. HMS Iroquois bu bölgede demirlemeye uygun yer bulamamıştır.⁶³

Mahkeme, denizin en düşük çekilme noktasına geldiği durumda görünürlüğünü neredeyse kesin olan kayaların varlığını özellikle dikkate almış ve bu durumu, denizin gelgit met zamanı oluşan maksimum su seviyesinde sığığın hiçbir kayanın görünmeyeceğinin bir göstergesi olarak kabul etmiştir.⁶⁴ Nihayetinde Second Thomas Sığılığı'nın da bir cezir yüksekliği olduğu sonucuna varmıştır.⁶⁵

Mahkeme, Spratly Adaları'na ilişkin olarak yapmış olduğu tüm bu değerlendirmelerin sonucunda, bu adaların gelgit met zamanı suyun üstünde kalan kısımlarına ait münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının olmayacağına

⁶⁰ "The South China Sea Arbitration Award," para 305.

⁶¹ "The South China Sea Arbitration Award," para 377.

⁶² "The South China Sea Arbitration Award," para 377-378.

⁶³ "The South China Sea Arbitration Award," para 379.

⁶⁴ "The South China Sea Arbitration Award," para 380.

⁶⁵ "The South China Sea Arbitration Award," para 381.

ve bu adalar gibi ada gruplarının bir bütün olarak deniz alanları doğurmaya-
cağına hükmetmiştir.⁶⁶

Yaptığı tüm değerlendirmelerin sonucunda Mahkemeye göre; Scarborough Sığılı, Cuarteron Resifi, Fiery Cross Resifi, Johnson Resifi, McKennan Resifi ve Kuzey Gaven Resifi birer met yüksekliği;⁶⁷ Hughes Resifi, Güney Gaven Resifi, Subi Resifi, Mischief Resifi ve Second Thomas Sığılı da birer cezir yüksekliğidir.⁶⁸

Cezir yüksekliklerinin ihrazı noktasında Uluslararası Adalet Divanı'nın konuya ilişkin yaklaşımına burada bakmak faydalı olacaktır. Divan, cezir yüksekliklerinin ihraz edilebilir bölgeler olup olmadığına ilişkin ilk kararını El Salvador ve Honduras Arasındaki Kara, Ada ve Deniz Sınırlarına İlişkin Uyuşmazlık Davası'nda vermiştir. Kararında Divan, Fonesca Körfezi'ndeki çok küçük bir adacığın⁶⁹ cezir yüksekliği olmaması ve tatlı sudan yoksun olmasına rağmen bitki örtüsü ile kaplı olması nedeniyle ihraz edilebilir olduğu sonucuna varmıştır. Divan yaklaşık 10 yıl sonra Katar/Bahreyn Davası'nda bu konuyu yeniden ele almıştır. Bahreyn, dava konusu olan Fasht ad Dibal adındaki cezir yüksekliğinin ihraz edilebilir bir bölge olduğunu ileri sürmüştür. Divan ise cezir yüksekliklerinin ihrazına izin veren veya buna olanak tanımayan uluslararası pozitif hukukun yokluğunda, cezir yüksekliklerinin üzerinde egemenlik kurulması noktasında, adalar veya diğer kara alanları ile özdeş kılınamayacağı tespitinde bulunmuştur. Burada Divan, cezir yüksekliklerinin ihraz edilemeyeceği yönünde bir kuralın olduğu sonucuna varmamıştır. Fakat bunun aksi yönünde bir kural da söz konusu değildir.⁷⁰

SONUÇ

İçinde bulunduğumuz yüzyılın ikinci yarısına gelmeden bir süper güç olmayı hedefleyen Çin, hayata geçirdiği büyük altyapı projeleri ve imzaladığı çok sayıda ticari anlaşma ile sahip olduğu ekonomik gücünü her geçen gün daha da artırmaktadır. Fakat Çin, yeryüzündeki nüfuzunu genişletmek için sadece bunların yeterli olmayacağı kanaatini taşımakta ve sınır bölgeleri ile yakın coğrafyalarda bazı egemenlik iddialarında bulunmaktadır.

⁶⁶ Selahattin Doğan, "Güney Çin Denizi Tahkim Davası Filipinler Cumhuriyeti/Çin Halk Cumhuriyeti," Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi 6, S.21 (2016), 35.

⁶⁷ "The South China Sea Arbitration Award," para 382.

⁶⁸ "The South China Sea Arbitration Award," para 383.

⁶⁹ Bahsi geçen adanın adı Meanguerita'dır. Üzerinde kimsenin yaşamadığı bu ada toplam 26 hektarlık bir alana sahiptir. Bkz, "El Salvador ve Honduras Arasındaki Kara, Ada ve Deniz Sınırlarına İlişkin Uyuşmazlık Davası (El Salvador v Honduras) [1992]," ICJ GL No 75, Erişim Tarihi: Haziran 2, 2021, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/75/075-19920911-JUD-01-00-EN.pdf>, 223 para 356.

⁷⁰ Saunders, "The South China Sea Award, Artificial Islands and Territory," 33.

Egemenlik iddiasında bulunduğu alanlardan biri olan Güney Çin Denizi'nde Çin, iddiasını daha da ileri taşıyarak bu denizdeki tartışmalı alanlarda arazi ıslah çalışmaları yürütmekte, kayalık ve cezir yüksekliklerini tam yetkili ada formuna dönüştürmeye çalışmaktadır. Böylece elde edeceği yeni arazilerle Güney Çin Denizi'ndeki deniz yetki alanlarını artırmayı hedeflemektedir. Ayrıca Çin, arazi ıslah çalışmalarının yanı sıra bu alanlarda deniz fenerleri, uçak ve helikopter pistleri, kanal ve dalgakıranlar, gemilerin yanaşabileceği tesisler, deniz suyu arıtma pompaları, yakıt boşaltma sistemleri ve çimento fabrikaları inşa etmektedir. Dahası bölgeyi askerileştirmeye çalışmakta, bu alanlara gözlem noktaları, top mevziileri, radarlar ve haberleşme ekipmanları ile askerî karakollar kurmakta ve askerî birlikleri konuşlandırmaktadır. Yürüttüğü çalışmalar ile Güney Çin Denizi'ni mümkün olduğu ölçüde kendi lehine dönüştürmeyi hedeflemektedir.

Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki genişlemesini hukuki yoldan durdurabilmek adına Filipinler Daimî Tahkim Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme, bir kayanın ya da cezir yüksekliğinin insan müdahalesi ile tam yetkili bir adaya dönüşmeyeceğine karar vermiştir. Böylece kayalar ile karasuları dışında kalan cezir yüksekliklerinin insan müdahalesi yoluyla deniz yetki alanlarına sahip olmasına hukuki açıdan olanak tanınmamıştır. Karar, sadece doğal yapıya karşı gerçekleştirilen müdahalelerin aleyhine sonuç doğurduğu sahilدار devletlerin deniz yetki alanlarını değil, insanlığın ortak mirasını oluşturan deniz alanlarını da korumaktadır. Ayrıca kaya ve cezir yüksekliklerinde yürütülen inşaatların bu alanların özelliklerinde değişikliğe yol açmayacağı ve beklenen menfaatleri karşılamayacağı gerçeği, sonrasında benzer girişimlerde bulunmayı düşünen devletler için caydırıcı olacak ve belki tamamını olmasa da bazı inşaat projelerini rafa kaldıracığından denizlerdeki fauna ve floranın korunmasına da katkı sağlayacaktır.

Çin en başından beri Filipinler'in başlatmış olduğu tahkim sürecini kabul etmemiş ve yargı sürecinin hiçbir aşamasında yer almamıştır.⁷¹ Konunun uluslararası bir zemine taşınıp, bir devletin arabuluculuğuna veya çok taraflı görüşmelere sevk ettirilmesini istemeyerek, sorunu iki tarafın kendi arasında çözebileceği noktasında ısrarcı davranmaktadır.⁷² Çin'in şu anki politikalarının başta Filipinler olmak üzere diğer sahilدار devletler tarafından kabul görmeyeceği ortadadır. Mevcut politikalarda herhangi bir değişikliğe gidilmeden Güney Çin Denizi'nde bir uzlaşmaya varılabilmesi ise pek olası görünmemektedir.

⁷¹ Bayilloğlu, "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması," 422.

⁷² Keyvan, "Güney Çin Denizi'nde Tahkim: Çin-Filipinler Rekabeti," 255.

KAYNAKÇA

- Acer, Yücel ve Kaya, İbrahim. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Andreeff, Daniel. "Legal Implications of China's Land Reclamation Projects in the Spratly Islands.", *New York University Journal of International Law and Politics* 47, S.4 (2015): 855-910.
- Bayilloğlu, Uğur. "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması.", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 30, S.130 (2017): 419-456.
- Chang, Teh-Kuang. "China's Claim of Sovereignty over Spratly and Paracel Islands: A Historical and Legal Perspective.", *Case Western Reserve Journal of International Law* 23, S.3 (1991): 399-420.
- DergiPark. "Kıt'a Sahaneliği Hakkında Cenevre Sözleşmesi." Erişim Tarihi: Mayıs 21, 2021. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/37648>.
- Doğan, Selahattin. "Güney Çin Denizi Tahkim Davası Filipinler Cumhuriyeti/Çin Halk Cumhuriyeti.", *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi* 6, S.21 (2016): 21-38.
- Encyclopedia Britannica. "South China Sea." Erişim Tarihi: Mayıs 12, 2021. <https://www.britannica.com/place/South-China-Sea>.
- Gao, Zhiguo ve Jia, Bing Bing. "The Nine-Dash Line in the South China Sea: History, Status, and Implications.", *American Journal of International Law* 107, S.1 (2013): 98-124.
- ICJ GL No 75. "El Salvador ve Honduras Arasındaki Kara, Ada ve Deniz Sınırlarına İlişkin Uyuşmazlık Davası (El Salvador v Honduras) [1992]." Erişim Tarihi: Haziran 2, 2021. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/75/075-19920911-JUD-01-00-EN.pdf>.
- Keyyan, Özlem Zerrin. "Güney Çin Denizi'nde Tahkim: Çin-Filipinler Rekabeti.", *Bölgesel Araştırmalar Dergisi* 1, S.3 (2017): 251-267.
- Kimble, Suzanne S.. "Is China Making Waves in International Waters by Building Artificial Islands in the South China Sea.", *Tulane Journal of International and Comparative Law* 24, S.1 (2015): 263-289.
- Kontopoulos, Theodore S.. "Fish, Friends, and Flashpoints in the South China Sea.", *University of Illinois Law Review* 2018, S.5 (2018): 1885-1920.
- Lorteau, Steve. "China's South China Sea Claims as Unprecedented: Sceptical Remarks.", *Canadian Yearbook of International Law* 55, (2017): 72-112.
- Oral, Nilüfer. "Rocks or Islands: Sailing towards Legal Clarity in the Turbulent South China Sea.", *AJIL Unbound* 110, (2016-217): 279-284.

- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- PCA Case No: 2013-19. "In The Matter Of The South China Sea Arbitration – before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People’s Republic Of China, Award Temmuz 12, 2016." Erişim Tarihi Mayıs 18, 2021. <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>.
- Pekcan, Cemre. "Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Güney Çin Denizi Krizinin Değerlendirilmesi.", *Uluslararası Kriz ve Siyaset Araştırmaları Dergisi* 1, S.3 (2017): 54-80.
- Saunders, Imogen. "The South China Sea Award, Artificial Islands and Territory.", *Australian Yearbook of International Law* 34, (2016): 31-40.
- Severino, Rodolfo C.. "The Philippines' National Territory.", *Southeast Asian Affairs*, (2012): 257-262.
- T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı. "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi." Erişim Tarihi: Mayıs 21, 2021. <https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararasi-sozlesmeler/denizhukuku.pdf>.
- Türk-Yunan İlişkileri Forumu. "1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri: Kara Suları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi." Erişim Tarihi: Mayıs 22, 2021. <http://www.turkishgreek.org/kuetuephane/item/134-1958-cenevre-deniz-hukuku-soezlesmeleri-kara-sulari-ve-bitisik-boelge-soezlesmesi>.
- Wu, Shicun ve Ren, Huaifeng. "More than a Declaration: A Commentary on the Background and Significance of the Declaration on the Conduct of the Parties in the South China Sea.", *Chinese Journal of International Law* 2, 1 (2003): 311-319.
- "Convert Square Meters to Football Fields." Erişim Tarihi: Mayıs 14, 2021. <https://www.justintools.com/unit-conversion/area.php?k1=square-meters&k2=football-fields>.
- "Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea." Erişim Tarihi: Mayıs 17, 2021. <https://asean.org/declaration-on-the-conduct-of-parties-in-the-south-china-sea-2/>.
- "Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük." Erişim Tarihi: Mayıs 20, 2021. <https://sozluk.gov.tr/>.
- "United States Continues to Challenge Chinese Claims in South China Sea: Law of the Sea Tribunal Issues Award against China in Philippines-China Arbitration.", *American Journal of International Law* 110, 4 (2016): 795-802.

MASUMİYET KARİNESİ İLE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇATIŞMASI

*İlayda OTER**

GİRİŞ

İnsan sosyal bir varlıktır. Toplumda belirli kurallara ve kanunlara uyarak yer bulur; toplum tarafından kabul görür. Hem sosyal yaşamın sürdürülebilmesi bakımından hem de kişinin psikolojik varlığı bakımından bireyin itibarı, büyük önem taşımaktadır. Kişinin toplum içinde varolabilmesi adına önemi büyük olan bu itibar kavramı, birçok yol ile zarar görebilmektedir. Bu zararı bireyin kendisi verebileceği gibi devlet veya üçüncü kişilerce de itibara zarar verilebilir.

Bahsedilen kurallara ya da kanunlara uyulmaması durumu; toplumun kişiden uzaklaşmasına, bireyin dışlanmasına ve birçok diğer olumsuz sonuca yol açabilir. Kanunlara uyulmadığına dair şüphenin oluşması durumunda kişi hakkında devlet tarafından soruşturma ve kovuşturma süreçleri yürütülür. Ancak bu süreçlerin sonunda kişinin suçu işlediği tarafsız ve bağımsız mahkemelerce karara bağlanıp kesinleşinceye değin; kişi suçsuz sayılır. Bu da ilgili süreçlerde kişinin itibarını ve toplumdaki yerini korur. Bu mekanizmanın hukuk literatüründeki adı masumiyet karinesidir. Bu karinede bahsedilen “suçsuz sayılma” tabiri kişinin masum olduğunun kabulü anlamına gelmez. Anlatılmak istenen kişinin suçlu olarak damgalanamayacağıdır.

Kişinin itibarının bu denli korunmasının yanında bir başka korunan hakkı da ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğü; düşünen bir varlık olan insanın, kendini özgürce ifade edebilme, özgürce haber, bilgi ve başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi anlamına gelir. Ancak bu hak mutlak bir hak değildir ve her hak gibi bazı sınırlamalara tabiidir.

Bazı vakalar birden fazla hakkı içerisinde bulundurur. Ve bu hakların tamamı her zaman ihlal iddiasında bulunan tarafın iddiasına konu ettiği haklar değil; savunma yapan tarafın savındaki haklar da olabilir. Bu tip durumlarda iki hukuki çıkar çatışır. Ve sonuca varmaya çalışan mahkeme tarafından hukuki çıkarlar yarıştırlarak hakkaniyetli bir karar verilmeye çalışılır.

* İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat, İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi, ilaydaoter1998@gmail.com.

İfade özgürlüğü ve masumiyet karinesi de karşı karşıya gelebilen ve yarıştırılmak durumunda kalınabilen haklardır. Çalışmamda; bu iki hakkın içeriği açıklandıktan sonra mahkeme, hakların yarışması durumu ve bu iki hakkın yarışması durumuna mahkemelerin bakış açısı incelenecektir

1. MASUMİYET KARİNESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6.madde 2.fıkra:

“Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.”

Devletin, suçların araştırılması, soruşturulması ve ilgililerin yargılanması hususunda vatandaşlarına emniyeti sağlama ödevinden doğan bir yükümlülüğü vardır.¹ Bu yükümlülüğü gerçekleştirirken devlet; somut gerçeğe ulaşmak için gerekeni yapmalı ancak şüpheli ve/veya sanığın haklarına saygı göstermelidir.² Yargılama sürecinin iddia makamını teşkil eden savcı; devletin bir organıdır. Haliyle savunma makamı ve iddia makamı arasında güç bakımından tartışılmaz bir fark ortaya çıkmaktadır.

Bu farkın, savunma makamındaki birey üzerinde ezici bir güç haline gelmemesi için ulusal ve uluslararası mekanizmalar oluşturulmuştur. Bu mekanizmalardan biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi, bireyi odak haline alıp devlete negatif ve pozitif yükümlülüklerini hatırlatan Sözleşme'nin, bireyin yargılanma sürecini güvence altına alan başlıca maddesidir. Maddenin 2.fıkrasında yer verilen masumiyet karinesi ya da bir diğer adıyla suçsuzluk karinesi bireyin yargılama sürecindeki emniyet kemeridir.

Mahkemeler her ne kadar bağımsız ve tarafsız olsalar da; yargıçlardan oluşmaktadır. Mahkemelerdeki yargıçlar –insan unsuru- ister istemez mahkemeyi bir şekilde dış tepkilerden etkilenebilir ya da önyargıları ile yargılama sürecine haksız bir yön verilebilir kılmaktadır. Bu durumu tamamen değiştirmek imkansız olsa da yargılanan birey bakımından etkileri olabildiğince azaltmak ve dengeyi kurmak adına bir koruma kalkını oluşturmak mümkündür.

Masumiyet kavramının mı yoksa suçsuzluk kavramının mı kullanılması gerektiği hususunda ayrımlar görülmektedir. Kanaatimizce gereken; kavram üzerine yoğunlaşmaktan ziyade karinenin ruhu üzerine yoğunlaşarak değerlendirmede bulunmaktır.

¹ Gökhan Çayan, “Masumiyet Karinesi Doktrini”, Türk Adalet Akademisi Dergisi 11, S.42, 2020, 49-88.

² Ahmet Bozdağ, Sibel Sariusta, “Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı ve Delil Değeri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8, S.2, 2017, 573-602; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2010), 6; Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (Beta Basım Yayım, 2012), 6.

Masumiyet karinesi; kişilerin doğrudan masum olduklarının kabul edilmesi manasına gelmez. Karinenin anlamı: hüküm kesinleşinceye kadar kişinin suçlu olduğu varsayılmayacağı, kişi suçlu olarak nitelendirilemeyeceğidir. Nihai karar bağımsız ve tarafsız mahkemelere aittir.

Bu karine kişiye yalnız yargılama aşamasında değil, yargılama dışında da bir güvence sağlamaktadır.³ Yani burada ifade edilmek istenen koruma, yalnız yargı mekanizmasına karşı sağlanan bir koruma değil, kamu gücünü kullanan tüm mercilere karşı bireylere sağlanan bir güvencedir.⁴ Bu bireyler üzerindeki korumanın kişi hayatında sürekli geçerli olduğu anlamını taşır. Kişinin itibarı devlet güvencesindedir ve devlet bu korumayı kendine karşı da sağlamakla yükümlüdür.

1.1. SUÇ İSNADI

Suç isnadı, suç işlendiğine dair iddiayı içeren resmi bildirim yetkili merci tarafından yapılması anlamına gelmektedir.⁵ Burada bahsedilen resmi bildirim her zaman doğrudan bir yargı mensubu tarafından yapılması beklenmemelidir. Suç isnadının oluşması için bir ceza yargılamasına başlanmasına da gerek yoktur.⁶ Aynı şekilde resmi bildirim birden fazla yöntemle yapılabilir ve yalnızca yazılı yapılan tebliğleri bu kapsamda görmek doğru olmamaktadır.⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, suçlamanın varlığı için; suçlama şekli, zamanı ya da suçlayan makamın sıfatını değil, isnadın içeriğini incelemektedir.⁸ Isnadın içeriğinden kasıt, kişiye yöneltilen suçun niteliği, suç sonucunda verilebilecek cezanın ağırlığı ve kişinin hayatına bu isnadın etkisi olarak açıklanabilir.

Bu ifadelerle hapsedildiğinde suç isnadı çok dar bir kavram olarak önümüze gelmiş olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geniş yorumu ve insancıl içtihatları durumu değiştirmektedir. Yetkili merci kavramı; kamu gücünü kullananlar ve hatta 3.kişiler bakımından gelecek müdahaleleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁹ Mahkeme'nin ilgilendiği ve değerlendirme konusu yaptığı başat unsur; suçlamanın içeriğidir.¹⁰

³ Dilara Yüzer, Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:0, 2013, s.1677.

⁴ Fatih Akıncı, Lekelenmeme Hakkı, Türk Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:11, Sayı:43, 2020, s.184.

⁵ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018, s.295.

⁶ İlhan Üzülmez, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:58, 2005, s.47.

⁷ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, s.295.

⁸ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaası, 2007, s.93.

⁹ Wolfgang Benedek, İnsan Haklarını Anlamak İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 3.Baskı, 2014, s.219.

¹⁰ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, s.93.

İnsan hakları odaklı yargılamada bu bakış açısı daha doğru ve desteklenmesi gereken bir bakış açısıdır.

1.2. İSPAT YÜKÜ

Karinenin bir başka sonucu da; ispat yükünü iddia makamına yani savcılığa yüklemesidir. Yani kişi masum olduğunu kanıtlamakla yükümlü değildir; asıl olan zaten kişinin masum sayılmasıdır. Tam tersine iddia makamı; suçluluğa dair iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür.

İddia makamının sorumluluğu yalnız suçluluğa işaret eden kanıtları mahkemeye sunmak değil; aynı zamanda elde ettiği ve masumiyete işaret eden kanıtları da aynı şekilde mahkemeye sunmaktır.¹¹ Yani savcı tek taraflı bir işlem yapmamakta, bir nevi adalet hafiyeliğiyle görevlendirilmektedir. Bu görev, bazı belirsizlikleri doğurmaktadır. Savcı hem iddia makamını oluşturma, hem de masumiyet ile ilgili delilleri mahkemeye sunma yükümü altındadır. İnsan unsuru merkeze alınarak bu vazife çatışması incelendiğinde; yargılama bakımından hakkaniyetli bir sonuç çıkmasının önlenebileceği görülmektedir. Yargı mekanizmaları insanlardan oluşmaktadır ve bir makine gibi tamamen nötr bir çizgide ilerlemeleri beklenemez.

Masumiyetini kanıtlamak gibi bir yükümlülüğü olmayan şüpheli veya sanık, yargılama sürecine katkı sağlamak ve masum olduğu iddiasını kanıtlamak için faaliyetlerde bulunabilir.¹² Böylelikle sanık veya şüpheli de hakkında devam eden sürece katkı sağlayabilme imkanı verilmektedir.

2. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10.Madde:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasa ile öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkini yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

İfade özgürlüğü, tüm insan hak ve özgürlükleri içerisinde en önemli olanlardan biridir. Demokratik, çoğulcu toplumun temelini oluşturur.

¹¹ Hüseyin Şık, Suçsuzluk Karinesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:0, Sayı:1, 2012, s.117.

¹² Bozdağ ve Sariusta, Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı ve Delil Değeri, s.577.

Kişinin özgürce düşünmesi ve düşüncelerini herhangi bir endişe duymaksızın ifade edebilmesi bu hakkın omurgasıdır. İfade özgürlüğü, yalnız kişinin kendini hür olarak kınanmadan ifade edebilmesi değil; aynı zamanda serbestçe haber, bilgi ve başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi anlamına da gelir.

İfade hürriyetinin önemini vurgulayan bir başka mesele de bu hakkın birçok başka hakla doğrudan ilişkili olması ve bazı hakların da temelini oluşturmasıdır.¹³ Ancak her hak gibi bu hak da mutlak değildir ve devletler tarafından sınırlamalara tabii tutulabilir. Bu hak, Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi'nin içtihatları ışığında oluşan kriterlere uygun olarak sınırlandırılabilir.¹⁴ İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlama Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.maddesinin 2.fıkrasında sayılan meşru amaçlardan bir ya da birkaçına dayanmalıdır.¹⁵

Son zamanlarda görsel ve işitsel faaliyetlerin globalleşmesi yoluyla, internet ve sosyal medya üzerinden bilgi ve ifadelere sınırsız bir ulaşım sağlanmasıyla; kişilerin itibarı ve özel yaşamın gizliliği bakımından büyük bir tehlike ortaya çıkmış ve ihlaller artmıştır.¹⁶

Bu hakkın en aktif görünümü olan basın, demokratik toplumlarda çok önemli bir işleve sahiptir. Halkı bilgilendirme görevini icra eden basın, yer yer yönetimleri denetler, eleştirir; bu yolla halkın yönetimlerin icraatları hakkında bilgi sahibi olmasını sağlar.

Yalnız yönetimin faaliyetleri bakımından haber ve yayınlar yapmayan basın, çok daha geniş bir perspektiften ulusal ve uluslararası bilgi aktarımı yapmaktadır. Basında yer alan haber ve bilgilerin, kamuoyunu bilgilendirme amacı güttüğü ve olayların gerçekleri yansıttığı açıksa Mahkeme bunu ihlal kabul etmemekte; müdahalenin meşru bir amaca hizmet ettiğini savunmaktadır.¹⁷

İfade özgürlüğü de sınırsız olmadığı gibi bir alt dalı olan basın özgürlüğü de sınırsız değildir. Özellikle basının kitleleri harekete geçirme gücü kötü amaçlar için kullanılabilir. Bu kötü kullanımın önüne geçmek için devletler bazı kanun ve kurallar ile bu özgürlüğü sınırlandırmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki maddeler devletler bakımından bir çerçeve oluşturmakta, ancak devletlere bir takdir yetkisi bırakarak çerçevenin içini doldurma imkanı tanımaktadır. Bu doğrultuda devletlerin bu

¹³ Nehare Mecit, Kemal Mecit, "İham Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Yargı Mensupları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, Sayı:33, 2018, s.829.

¹⁴ Hasan Tahsin Fendoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:25, 2016, s.17.

¹⁵ Mehmet Yüksek, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:25, 2016, s.110.

¹⁶ Ayşe Elif Ulusu Karataş, Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar, On İki Levha Yayınları, 2020, s.198.

¹⁷ Ivana Roagna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, 1.Baskı, 2012, s.41.

özgürlüklerin kısıtlanması bakımından sahip olduğu takdir yetkisi, yerel bakış açısına göre değişiklik gösterebilmektedir.

Yine Sözleşme'nin tarafı olmayan devletler bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa; ifade özgürlüğü kavramı yer yer daralmakta yer yer genişlemektedir. Örneğin; Amerika Birleşik Devletleri bakımından bu özgürlük son derece geniş kapsamda yorumlanmakta ve neredeyse hiçbir sınırlandırmaya tabii tutulmamaktadır. Ancak Türkmenistan gibi Diktatör bir yönetici tarafından yönetilen ülkelerde bu özgürlüğün neredeyse varlığını yitirdiğini söylemek de mümkündür.

3. HAKLARIN YARIŞMASI

İfade özgürlüğü ve adil yargılanma hakları kapsamalarının genişliği dolayısıyla birçok hakla çatışmakta ve haliyle yarışmak durumunda kalmaktadır. Bu iki hak aynı zamanda kendi içlerinde de yarıştığından; bu iki hakkın karşı karşıya geldiği durumlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için adeta bir gri alan teşkil etmektedir.¹⁸

Bu tip hakların birbiriyle çatıştığı durumlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; korunan hukuki çıkarları ve somut olaydaki olguları sanki terazi kefesine yerleştirir gibi tespit edip buna göre kararını oluşturmaktadır.

Özellikle bu iki hak bakımından denge kurulmasının anahtarı; "demokratik toplumda gereklilik" değerlendirmesidir.¹⁹

Burada ifade özgürlüğü ya da basın özgürlüğü bakımından önemli olan değer "kamu yararı"dır. Adil hakkı bağlamında ise kişinin yargılanma süreci üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak oluşan zararlar ve bu zararların hükümü etkileme düzeyidir.

4. MASUMİYET KARİNESİ İLE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇATIŞMASI

İfade özgürlüğünün temeli, düşüncelerini dile getirme ve yaymaya dayanır.²⁰ Bu dile getirme ve yayma fiilini en aktif ve efektif olarak kullanan kurum, basın kurumudur. Başlıca görevi halkı bilgilendirmek olan basın aynı zamanda bir denetleme görevine de haizdir.²¹ Denetleme görevi bakımından Mahkeme, basını "kamunun bekçi köpeği" olarak görmektedir.²² Bu görevler

¹⁸ Selami Demirkol, Emrah Özcan ve Emre Erman, "Radyo ve Televizyon Yayıncı Kuruluşlarına Uygulanan İdari Yaptırımlar Hakkında Danıştay'ın İfade ve Basın Özgürlüğü Yaklaşımı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:25, 2016, s.39.

¹⁹ Aysenur Ocak, "Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, Sayı:33, 2018, s.524.

²⁰ Murat Tümay, Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:31, Sayı:1, 2015, s.361.

²¹ Sezer Akarcalı, Basının Görevleri ve Basın Özgürlüğü, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:44, Sayı:1, 1989, s.268.

²² Dominika Bychawska-Sınıarska, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması, Avrupa Konseyi, 2018, s.97.

ve teknolojinin getirdiği erişim gücü ile basın, kamuoyuna bilgi verdiği gibi; kamuoyu üzerinde derin bir güce sahiptir. Basın, kamuoyunu yönlendirebilir ve kamu vicdanını etkileyebilir.

İnternetin ortaya çıkışı ile birlikte haberleşme takip edilmesi mümkün olmayan bir hız kazanmıştır. Ortaya atılan bilgilerin doğruluğu denetlenene değin bilgiler kitlelere ulaşmakta ve tamiri imkansız sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Bu bilgilerin sansürlenmesi ya da filtrelenmesi de güç ve aşılabilir bir tedbirdir.²³ Globalleşen dünyada hızlanan iletişimin ve denetimin zorluğunun bir sonucu da kişilik hakkı ihlallerinin artmış olmasıdır.²⁴

İnsan sosyal bir varlıktır ve toplumun içinde varlığını sürdürmesinde itibarı önemli bir rol oynamaktadır. Kişiye bir suç isnadının yöneltmesi bile toplum içerisindeki konumunu etkilemektedir. Bu halde; kişinin suçlu olduğuna dair kesin ifadeler kişiyi ister istemez toplumdan ayırıştırarak, kişi ve çevresi üzerinde olumsuz etkiler meydana getirecektir.

Haberleşmenin bu denli hızlandığı, internet kullanımının yaygınlaştığı ve kitle iletişim araçlarının etkisinin arttığı bu dönemde, kişiler hakkında yayınlanan haberler etkisini hızlı ve güçlü bir şekilde göstermektedir.

İfade özgürlüğü şemsiyesi altında masumiyet karinesini ya da lekeleneme hakkını ihlal eder nitelik taşıyabilecek söylemler oluştuğunda; bu iki hukuki çıkar çatışır duruma gelmektedir. İlgili iki hukuki çıkarın çatışması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bakışı ve değerlendirmede göz önünde bulundurduğu hususlar iki başlık altında incelenecektir.

4.1. RESMİ YETKİLİLERİN AÇIKLAMALARI

“Devlet kurumlarının veya yetkililerinin, bir kimsenin mahkumiyetine kesin olarak karar verilmeden önce, o kimsenin suçlu olduğuna dair yorumları yazılı ya da sözlü olarak ifade etmeleri halinde masumiyet karinesinin ihlali ortaya çıkabilir.”²⁵

Devlet yetkilileri tarafından yalnız ifade edildiği gibi suçlu olduğuna dair doğrudan yorumlar değil; suçlu olduğuna dair bir “bakış açısı” sunulması dahi masumiyet karinesinin ihlali sonucunu doğurabilmektedir.²⁶

Özellikle resmi yetkililerin kamuyu bilgilendirme bakımından yaptıkları açıklamalarda özenli ve ketum davranmaları; suçluluğu ima eden ve önyargıya yol açabilecek ifadelerden uzak durmaları gerekmektedir.²⁷ Yalnız

²³ Wolfgang Benedek, Matthias C.Ketteman, İfade Özgürlüğü ve İnternet, Avrupa Konseyi, s.36.

²⁴ Karataş, Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar, s.198.

²⁵ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, s.296.

²⁶ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, s.96.

²⁷ Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, 2018, s.128.

mevcut resmi yetkililer değil; geçmişte önemli ve bilindir bir kamu görevi gerçekleştirmiş kişiler bakımından da bu husus dikkate alınmaktadır.

Burada Mahkeme'nin göz önünde bulundurduğu husus; açıklamayı yapan kişinin itibar edilirliliğinin açıklamanın kamuoyu üzerindeki etkisini güçlendirmesidir.

4.1.1. **Allenet de Ribemont v.Fransa**²⁸

Maddi Olay: Eski devlet başkanı ve hâlihazırda parlamento üyesi olan Michel Poniatowski, finans danışmanını ziyaret edeceği sırada finans danışmanının evinin önünde öldürülmüştür.

Başvurucu eski devlet başkanının finans danışmanı ile aynı binada yaşamaktadır ve bir ticari ilişki içerisine girme planı yapmaktadır.

1976'da Fransız İçişleri Bakanı, yüksek rütbeli polis memurları ile birlikte bir basın açıklaması yapmış ve bu basın açıklamasında başvurucuyu "gerçekleştirilen suikastın sorumlusu" olarak nitelendirmiştir.

Başvurucunun İddiaları: Basın açıklaması ile henüz yargılama aşamasındaki suçtan doğrudan sorumlu tutulduğunu ve bunun sonucu olarak hem mahkeme hem de halk tarafından kendisine karşı önyargı oluştuğunu belirtmiştir. Üstelik kendisi hakkında başlatılmış bir soruşturma da bulunmadığının üstünde durmuştur. Lekelenmeme Hakkı'nın ihlal edildiğini öne sürmüştür.

Devletin Savunması: İlgili basın açıklamasının kamuyu bilgilendirme adına yapıldığını ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savını sunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı: Yetkililer yürütülmekte olan bir ceza kovuşturması hakkında kamuoyunu bilgilendirebilir. Ancak bu yapılırken masumiyet karinesini ihlal etmeyecek dikkat ve titizliğin gösterilmesi gerekmektedir.

Davaya konu olayda; yetkililer tarafından yapılan açıklamalar, başvurunun suçlu olduğuna kamuoyunu inandırmıştır. Ayrıca yetkili yargısal makamın olayları takdir tarzına da zarar vermiştir. Bu sebeplere dayanarak masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

4.1.2. **Y.B.**²⁹ **ve Diğerleri v.Türkiye**³⁰

Maddi Olay: Başvurucular, Marksist Leninist Komünist Partisi üyesi oldukları ve bazı terör faaliyetleri gerçekleştirdikleri iddiasıyla gözaltına alınmıştır. Polis tarafından itiraf ettiklerine dair tutanaklar düzenlenmiş ve erte-

²⁸ AİHM Başvuru No: 15175/89

²⁹ Başvurucunun isminin gizlenmesinin sebebi 18 yaşını doldurmamış olmasıdır.

³⁰ AİHM Başvuru No: 48173/99 ve 48319/99

si gün Emniyet Müdürlüğü tarafından bir basın açıklaması yapılmıştır. Bu açıklamada ilgili örgütün birçok terör faaliyetini gerçekleştirdiğinin tespit edildiği açıklanmıştır. Bu açıklama sırasında da yakalanmış bulunan başvurucular açıklamayı yapan görevlilerin arkasında bekletilmiş ve basın görevlileri tarafından fotoğraflanmalarına müsaade edilmiştir.

17 Ocak 1997 tarihinde, başvuranların, terörle mücadele şubesinde çekilmiş bir fotoğrafıyla birlikte Yeni Asır gazetesinde yayınlanan makalede: «“Suçlarını itiraf ettiler! Özellikle belediye otobüslerini ateşe vermekle gündeme gelen yasadışı Marksist Leninist Komünist Partisi üyesi 11 kişi yakalandıktan sonra Terörle Mücadele Şubesi’nde suçlarını itiraf ettiler. Örgüt üyeleri geçen yıl İzmir’de birçok eyleme katıldıklarını açıkladı.» ibareleri yer almıştır.

Başvurucunun İddiaları: 16 Ocak 1997 tarihinde yapılan basın açıklaması sırasında, fotoğraflarının çekilmesinin ve “bir suçlu” gibi kamuoyuna gösterilmelerinin lekelenmeme haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

Devletin Savunması: Basının yürütülen cezai soruşturmaların sadece kamuoyunu bilgilendirme amacını taşıdığını bildirmiştir. Hükümet, mezkur basın açıklaması sırasında başvuranların hiçbir şekilde suçlu olarak tanıtılmadığının ve makamların sözü edilen yasadışı örgütün faaliyetleri ve başvuruların yakalama şekilleri hakkında bilgi vermekle yetindiklerinin altını çizmiştir. Ve ilgili açıklamanın İfade Özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereği üzerinde durmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kararı: Şüphesiz, yetkililer kamuoyunu bilgilendirerek suç konusunda polisin etkinliğini ortaya koymak istemektedir. Aynı şekilde, haber alma ve ifade özgürlüklerinin cezai yargılama süreçlerini aktarma hakkını kapsadığı kabul edilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu unsurların suçluluk önyargısından ve değerlendirmesinden uzak olması gerektiği kanısındadır.

Oysa, polis tarafından düzenlenen basın açıklamasının içeriğinde, başvuranlar hiçbir fark gözetmeksizin yasadışı örgüt olan Marksist Leninist Komünist Parti’nin mensubu olarak gösterilmiştir. Aynı şekilde, söz konusu basın açıklamasına göre adı geçen şahısların, İzmir’in farklı mekanlarında birçok suç işledikleri belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin görüşüne göre bu iki atıf başvuruların itham edildikleri suçları işlediklerini onaylayan değerlendirmeler gibi yorumlanabilmektedir.

Bir bütün olarak ele alındığında, polis yetkililerinin tutumları, kanıtların başvuranların aleyhinde kullanılması yönünde önceden değerlendirildiği ve kimliklerini kolayca ortaya koyan bilgilerin basına verildiği göz önünde bulundurulduğunda; bu durum, masumiyet karinesine saygı gösterilmesi ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Düzenlenen basın açıklaması, bir yandan kamuoyunun başvuranların suçlu olduğuna inanmasını teşvik etmiş ve diğer

yandan da yetkili hakimlerin olayları değerlendirmesinde ön yargılı davranmalarına neden olmuştur.

Dolayısıyla, AİHS'nin 6.maddesinin 2.fıkrasının ihlal edildiği karara bağlanmıştır.

4.2. BASININ AÇIKLAMALARI

Kitle iletişim araçları aracılığıyla halka ulaşan basın, hem kamuoyu oluşturma görevi hem de gücü vardır.³¹ Büyük toplulukları yönlendirebilen bu gücün, doğru kullanımının sağlanması ve denetlenmesi gereği açıktır.

Basın, yargılama aşamasına da dahil olmakta ve adaletin sağlandığının görülmesiyle devlete güveni sağlamaktadır.

Basının yapacağı yayınlar bakımından özerk bir alanı olsa dahi; kişilik haklarına saygı ve gerekli etik kurallara uyması gereği devam etmektedir.³² Kişilik haklarından biri olan ve kişi itibarını güvenceye alan lekelenmeme hakkı da basının temkinli davranması gereken ince bir husustur.

4.2.1. News Verlags GmbH ve CoKG v.Avusturya³³

Dergideki haberler sanık B.'nin birçok fotoğrafıyla birlikte okuyucuya sunulmuştur. Haberlerde; "Suçluların Çılgın Dünyası", "Führer İçin Terör", "Naziler ve Memurlar" gibi başlıklara yer verilmiştir.

Yerel mahkeme B.'nin fotoğraflarının yayınlanmasının yasaklanmasına karar vermiştir.

Başvurucunun İddiaları: Bu yasağın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Devletin Savunması: Yerel mahkeme B.'nin fotoğraflarının makalelerdeki metinlerle ilişkilendirilerek yayımlanmasının B.'yi küçük düşürmekle kalmayıp, masumiyet karinesini de ciddi şekilde ihlal ettiği gerekçesiyle yasak kararı verildiği savını ileri sürmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı: Mahkeme ilk olarak yargılanan kişiye isnat edilen suçları dikkate almış ve bu suçların demokratik toplumun temellerine yönelik politik içerikli suçlar olduğunu tespit etmiştir. İlgili saldırılar ile ilgili haberler, kamuoyunu geniş çapta ilgilendiren haberlerdir.

³¹ Onur Bekiroğlu, Yerel Kamuoyunun Oluşumunda Yerel Basının Rolü-Trabzon Örneğinde Bir Araştırma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:19, 2008, s.132.

³² Ulaş Karan, İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi, 2018, s.50.

³³ AİHM Başvuru No: 31457/96

B. aşırı sağcı kimliği sebebiyle toplum tarafından yargılama öncesinde de tanınan bir kimsedir. Mahkeme, B.'nin kişilik haklarının korunmasındaki yarar ile bu fotoğrafların yayınlanmasındaki kamu yararı arasındaki dengeyi kamu yararından yana kullanmıştır ve ihlal olduğuna karar vermiştir.

Başvurucu News adlı bir derginin yayıncısı ve editörüdür. Dergi; 1993 yılı aralık ayında, bombalı mektup kampanyası, aşırı sağcıların faaliyetleri ve özellikle şüpheli B. gibi konuları içeren özel bir sayı çıkarmış, daha sonra bir sayısında başvurucu bu konularda bir makale yayınlamıştır.

Maddi Olay:

4.2.2. Anayasa Mahkemesi S.S.A. Başvurusu³⁴

Maddi Olay: Başvurucu, Akşam gazetesinin basılı nüshalarında ve internet sitesinde kendisinin temel haklarını ihlal eden nitelikte haber ve köşe yazıları yayımlandığını, belirtilen haberlerle ilgili olarak yaptığı şikayet sonucunda eksik incelemeye ve hatalı değerlendirmeye dayalı olarak şüpheliler hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiğini, hakkındaki haberlerin «tecevüzcü», «işkenceci» gibi ifadelerle ve kışkırtıcı bir üslupla kamuoyuna sunulduğunu ve kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi Kararı: Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Ancak Devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığına yönelik olarak üçüncü kişilerce yapılan müdahalelere karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesindeki pozitif yükümlülüğü, mutlaka cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerekli kılmaz. Üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı bireyin korunması hukuk muhakemesi yoluyla da mümkündür. Nitekim üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma öngörülmüştür. Hakaret ceza hukuku anlamında suç, özel hukuk anlamında ise haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve tazminat davasına konu edilebilmektedir. Dolayısıyla bir bireyin, üçüncü kişilerce şeref ve itibarına müdahale edildiği iddiasıyla, hukuk davası yoluyla da bir giderim sağlaması mümkündür.

Yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulduğu ve somut başvuru açısından daha etkili bir giderim yolu olan hukuk davası açma imkânı kullanılmaksızın bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının "başvuru yollarının tüketilmemesi" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

³⁴ AYM Başvuru No: 2013/2355 Karar tarihi: 07/11/2013

SONUÇ

Ayrıntılı olarak açıklanan hukuksal çıkarlar birçok olayda çatışmıştır. Çatışmalar ve mahkeme kararları incelendiğinde mahkemelerin bu haklar hakkında yer verdiği değerlendirme ölçütlerinin bir kısmı belirlenebilmiştir.

Masumiyet karinesi ve ifade özgürlüğü çatışması bakımından değerlendirme ölçütlerinden biri suç isnadını yapan kişi veya kurumun niteliğidir. Burada önem verilen husus açıklama yapan kişi veya kurumun kamuoyunda oluşturduğu veya oluşturabileceği etkidir. Açıklamalarda bulunan ifadelerin çıktığı ağzın toplumdaki yer ve kamuoyu tarafından dinlenilirliği; açıklamanın doğuracağı sonuçları doğrudan etkileyeceğinden mahkeme bu hususu bir ölçüt kabul etmiştir.

Bir diğer ölçüt ise açıklamanın içeriğinin kamuoyunu ilgilendirip ilgilendirmedir. Bir diğer deyişle kamuoyu bakımından haber niteliği taşıyan, güncel hususların açıklamada yer bulması bir değerlendirme ölçütü olarak kabul edilmiştir. Açıklamanın içeriğinin doğruluğu, ihlal kararı verilmesinde direkt etkili olacağı için ayrıca bir ölçüt olarak incelenmeyecektir.

İsnat edilen suçun niteliği ve ağırlığı; yani kişinin itibarında yaratacağı etki bir başka ölçüt olarak kabul edilmiştir. Örneğin; bir kişinin hafif yaralama ile itham edilmesi ve tecavüz ile itham edilmesinin sonuçları elbet farklı olacaktır. Mahkemeler de yaptıkları birey odaklı yargılamalarda bu meseleyi göz önünde bulundurmışlardır.

Bir başka ölçüt ise suçun isnat edildiği kişinin tanınırlığı ve kamuoyu tarafından denetlenmesi gereken bir iş yapıp yapmadığıdır. Yani siyasetçilerin üzerindeki koruma daha düşükken sade vatandaşın üzerindeki koruma daha yüksektir. Aynı şekilde kamuoyuna mal olmuş kişiler üzerindeki koruma da sade vatandaşlara göre daha düşüktür. Ancak bu korumadan en az faydalanan siyasetçilerdir. Mahkemeler, siyasetçilerin eleştiriye daha açık olması gereği üzerinde durmuş ve kararlarını bu yönde vermişlerdir.

Yapılan açıklamaların yargı üzerinde etki oluşturup oluşturmadığı mahkemelerce önemsenen bir ölçüttür. Yargılama evresini doğrudan etkileme riski olan bir açıklama söz konusu ise ihlal sonucuna varılması çok olasıdır. Ancak bu kararın verilmesinde jürili yargılama mı yapıldığı, hakimli yargılama mı yapıldığı önem arz etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; jürinin daha kolay, hakimlerin daha zor etkilendiği değerlendirmesi yapmıştır.

Canlı bir varlık olan hukuk, her geçen gün gelişmekte ve değişmektedir. Haliyle kararlardan yola çıkarak yaptığımız inceleme ile belirlenen ölçütler; gün geçtikçe gelişmeye ve değişmeye devam edecek, yeni kanun ve içtihatlarla yön bulacaktır.

KAYNAKÇA

- Akarcalı, Sezer, Basının Görevleri ve Basın Özgürlüğü, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:44, Sayı:1, 1989.
- Akıncı, Fatih, Lekelenmeme Hakkı, Türk Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:11, Sayı:43, 2020.
- Bekiroğlu, Onur, Yerel Kamuoyunun Oluşumunda Yerel Basının Rolü-Trabzon Örneğinde Bir Araştırma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:19, 2008.
- Benedek Wolfgang, C.Ketteman Matthias, İfade Özgürlüğü ve İnternet, Avrupa Konseyi.
- Benedek, Wolfgang, İnsan Haklarını Anlamak İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 3.Baskı, 2014.
- Bozdağ, Ahmet; Sariusta, Sibel, Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı ve Delil Değeri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:2, 2017.
- Bychawska-Sınıarska, Dominika, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması, Avrupa Konseyi, 2018.
- Çayan Gökhan, Masumiyet Karinesi Doktrini, Türk Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 11, Sayı: 42, 2020.
- Demirkol Selami; Özcan Emrah ve Erman Emre, “Radyo ve Televizyon Yayıncı Kuruluşlarına Uygulanan İdari Yaptırımlar Hakkında Danıştay’ın İfade ve Basın Özgürlüğü Yaklaşımı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:25, 2016.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:25, 2016.
- Gülsün, Ramazan, İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı, International Journal of Legal Progress, Cilt:1, Sayı:2, 2015.
- İnceoğlu, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018.
- İnceoğlu, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaası, 2007.
- Karan, Ulaş, İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi, 2018.
- Mecit, Nehare; Mecit Kemal, “İham Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Yargı Mensupları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, Sayı:33, 2018.
- Ocak, Ayşenur, “Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, Sayı:33, 2018.

- Roagna Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, 1.Baskı, 2012.
- Şık Hüseyin, Suçsuzluk Karinesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:0, Sayı:1, 2012.
- Turgut Cemile, Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Tümay Murat, Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:31, Sayı:1, 2015.
- Ulus Karataş, Ayşe Elif, Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar, On İki Levha Yayınları, 2020.
- Üzülmez İlhan, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:58, 2005.
- Vitkauskas, Dovydas; Dikov, Grigoriy, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, 2018.
- Yüksek, Mehmet, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:25, 2016.
- Yüzer, Dilara, Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:0, 2013.

ULUSLARARASI NİTELİKTE SİLAHLI ÇATIŞMALAR KARŞISINDA İNSAN HAKLARININ KORUNMASI BAĞLAMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ UYGULAMASININ YETERLİLİĞİ

Ali SAÇAR¹

GİRİŞ

Avrupa kamuoyunu meşgul eden ve Avrupa kamu düzenini tehdit eden güncel gelişmeler doğrultusunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi² sisteminin, Ukrayna ile Rusya arasındaki silahlı çatışmadan kaynaklanan hak ihlali iddiaları başta olmak üzere uluslararası nitelikte silahlı çatışmalar karşısında, Avrupalılara nasıl bir koruma sağladığı veya sağlayabileceği tekrar düşünülmelidir. Rusya'nın Sözleşme sisteminden çıkarılması³, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir süre daha devam edecek yargı yetkisi (16 Eylül 2022'de son bulacaktır) de göz önünde bulundurulduğunda⁴, bu sorgulamanın uygulamadaki önemini azaltmamaktadır. Dahası, Avrupa ulusları arasında başlayabilecek yeni silahlı çatışmalar bakımından, Ukrayna ile Rusya arasındaki meseleyle sınırlı olmadan, daha geniş boyutlu bir tartışmanın şimdiden yapılması, Sözleşme sisteminin etkili biçimde varlığını sürdürmesi için önemlidir.

¹ Dr., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ali.sacar01@gmail.com.

² Tam adıyla İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 4 Kasım 1950'de kabul edilmiş ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girmesi süreci hakkında ayrıca bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt: Bölgesel Sistemler, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010), 5-6.

³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Resolution CM/Res(2022)2 on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe, Adopted by the Committee of Ministers on 16 March 2022 at the 1428ter meeting of the Ministers' Deputies. Kararda, Rusya ile Ukrayna arasındaki uyumsuzluk, Rusya'nın Ukrayna'ya saldırısı olarak nitelendirilmektedir ve Avrupa Konseyi'nden çıkarılmanın temel gerekçesini oluşturmaktadır.

⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights, 22.03.2022; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Resolution CM/Res(2022)3 on legal and financial consequences of the cessation of membership of the Russian Federation in the Council of Europe, Adopted by the Committee of Ministers on 23 March 2022 at the 1429bis meeting of the Ministers' Deputies.

Bu çalışmada öncelikle, İnsan Hakları Hukuku'nda barış hakkının bireysel şikayet başvurusu⁵ usulüyle korunabildiği tek sistem olan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı⁶ sistemindeki gelişmeler ışığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde bireysel hak olarak barış hakkının korunamaması üzerinde durulacaktır. Doğrudan veya dolaylı yoldan, ayrı bir barış hakkının açıkça ifade edilmemesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi'nin⁷ barış hakkının bireysel yönünü ortaya koyan son dönem uygulaması dikkate alınarak tartışmaya açılmalıdır. Barışa yönelik talebin bireysel görünümü olarak askerlik hizmetinin veya belirli askeri emirlerin reddedilmesi⁸ meselesi de benzer bir soruna işaret etmektedir. Kamuoyunda vicdani ret olarak da adlandırılan, zorunlu askerlik hizmetinin reddi, daha çok askerlik hizmetine karşı dini topluluklar üzerinden tartışılmaktadır. Oysa, bireysel bir barış talebi olarak vicdani reddin korunması gündeme geldiğinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerçekten vicdani ve dini saiklerle askerlik hizmetinin reddedildiğinin açıklığa kavuşturulması için öngörülen sistemin usuli yükümlülüklerin gereklerini karşılama yeterli bulmakta ve devletlere geniş bir takdir marjı tanımaktadır. Dolayısıyla, uygulamada Yehova Şahitleri gibi Avrupalı devletlerin çoğunda meşruiyeti kabul gören dini topluluklar dışındaki bireyler bakımından, yeterli bir koruma alanı oluşturulamamıştır. Bir kere askerlik mesleğine girildiğinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün askeri disiplin karşısında, özel yaşama kıyasla daha dar yorumlanması da göz önünde bulundurulduğunda, barışa yönelik bireysel vicdani ve dini kanaatlerin yeterli bir koruma gördüğü söylenemez. Son olarak, Gürcistan ile Rusya arasındaki silahlı çatışmalara ilişkin devletlerarası ve bireysel şikayet başvurularında, silahlı çatışmaların devam ettiği aşama bakımından hak ihlali iddialarının esastan incelenmemesi, sadece kontrolün sağlandığı sonraki aşamada usuli yükümlülüklerin gündeme gelmesi, insan hakları sözleşmelerinin savaş koşullarında uygulanabilirliği tartışmasını yeniden gündeme getirerek, Mahkeme'nin bu konudaki aleyhte görüşlere kapıyı kapattığı önceki kararlardan geriye dönüşü temsil etmektedir⁹.

⁵ Şikayet başvurusu usulü hakkında bilgi için bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 2, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 732-746.

⁶ Afrika Birliği Örgütü Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi tarafından 27 Haziran 1981 tarihinde kabul edilmiş ve 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Gemalmaz, Belgeler I, 967-987.

⁷ Afrika Birliği Örgütü Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi tarafından 9 Haziran 1998 tarihinde kabul edilen ve 25 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe giren Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının, Bir Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi Kurulmasına Dair Protokolü'yle kurulmuştur. Gemalmaz, Belgeler I, 1063-1074.

⁸ Vicdani ret, barış hakkı ve militarist kültürün reddedilmesi ilişkisi hakkında bkz.: Kuvılcım Turanlı Yücel, Barış Hakkı ve Hayata Geçirilmesi, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012) 107-147.

⁹ Bu yeni yaklaşım, sadece Mahkeme'nin kendi uygulamasıyla değil Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku güncel uygulamasıyla da çelişki içerisindedir. Marco Longobardo and Stuart Wallace, "The 2021 ECHR Decision in Georgia v Russia (II) and the Application of Human Rights Law to Extraterritorial Hostilities", Israel Law Review 55, 2 (2022): 162-166.

I. SİLAHLI ÇATIŞMALAR KARIŞI BARIŞ TALEBİNİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ TARAFINDAN YETERİNCE KORUNAMAMASI

Uluslararası nitelikte silahlı çatışmalar karşısında İnsan Hakları Hukuku'nun ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bireylere nasıl bir koruma sağlayabileceği konusunda ilk olarak bakılması gereken aşama, silahlı çatışmaların önlenmesidir. Bir bütün olarak savaş koşullarının getirdiği yıkımı ve bu çalışma bakımından daha önemli yönüyle insan haklarının ihlalini önleyebilmek için öncelikle barışın korunması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde barış hakkı açıkça düzenlenmemiştir. İnsan Hakları Hukuku kapsamında incelenen uluslararası belgelerden, şikayet başvurusu usulünde sonuç doğurabilecek biçimde barış hakkını düzenleyen tek belge Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'dır¹⁰.

Erken aşamada barışa yönelik talebin korunmasında ele alınması gereken bir diğer husus da askerlik hizmetini veya belirli askeri emirleri reddetme meselesidir. Silahlı çatışmalara köktenci bir yaklaşımla karşı çıkan veya belirli askeri faaliyetleri vicdani ve dini kanaatlerine veya Uluslararası Hukuk'a aykırı gören bireylerin talepleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen (9. madde) düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında yeterli seviyede korunamamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, askerlik hizmetini reddeden dini topluluklar bakımından yerleşik bir uygulama geliştirse de herhangi bir dini topluluğa bağlı olmadan veya kurumsallaşmış bir öğretiye atif yapmadan vicdani ret hakkından yararlanmak isteyenler veya bir kere askerlik hizmetini kabullendikten sonra askeri disipline karşı gelenler bakımından geniş kapsamlı bir koruma sağlayamamaktadır.

A. BARIŞ TALEBİNİN BARIŞ HAKKINA DÖNÜŞMEMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almayan bir barış hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, doğrudan ve açıkça korunması beklenmemektedir¹¹. Bununla birlikte barış hakkının bireysel hak talebi olarak diğer haklarla bağlantısının nasıl kurulabileceğini gösteren yakın tarihli bir gelişme, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi'nin, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda lafzi olarak kolektif hak görünümündeki barış hakkını bireysel şikayet başvurusunda uygulanabilir bulmasıdır¹². Benin Cumhuriyeti'ndeki se-

¹⁰ 23. maddede, Afrika halklarının ulusal ve uluslararası düzlemde barış ve güvenlik hakkı düzenlenmektedir.

¹¹ Bununla birlikte, barış hakkının dolaylı yoldan korunması gündeme getirilebilir. Örneğin, açıkça düzenlenmiş bir barış hakkının bulunmadığı bir düzlemde, Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulan insan hakları denetim organlarının, genel yorum veya genel tavsiye gibi usuller yoluyla barış hakkıyla diğer haklar arasında kurduğu bağlantı hakkında bkz.: Ali Saçar, *Ulus Devletin ve Modern Yurttaşlığın Oluşumunda ve Gelişiminde Düzenli Ulusal Orduların Rolü*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 237-240.

¹² Saçar, *Düzenli Ulusal Ordular*, 236-237. Afrika sisteminde barış hakkı, daha önce Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'na yapılan ilk devletlerarası şikayet başvurusunda incelenmiştir. 227/99 Democratic Republic of Congo v. Burundi, Rwanda, Uganda, Decision on Merits, 29.05.2003, §§51, 68.

çim sistemi tartışmalarından kaynaklanan toplumsal olaylarla bağlantılı olarak ileri sürülen barış hakkı ihlali iddiaları önüne geldiğinde Mahkeme, bu gibi olaylarda barış hakkının uygulanabilirliğini kabul etmiştir¹³. Ancak sadece birisinde barış hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılan¹⁴ üç dava, bu çalışmada soyutlama yapılmasına imkan verebilecek ölçütler içermemektedir. İlginç olan husus şudur ki seçim sistemi tartışmalarının neden olduğu toplumsal olaylara müdahale bakımından ileri sürülen hak ihlali iddialarında, somut olayda yeterli dayanak sunulmadığı gerekçesiyle barış hakkı ihlali bulunmazken¹⁵, demokratik ve hukuki olmayan anayasa değişikliğinin ulusal barışa tehdit oluşturmakla barış hakkını ihlal ettiği, ekonomik, sosyal ve kültürel gelişme hakkıyla bağlantı kurularak kabul edilmiştir¹⁶. Benzer olaylarda, ayrıntılı biçimde farklılıklar ortaya konulmadan ulaşılan farklı sonuçlar, henüz barışa yönelik bireysel taleplerin korunması bakımından belirsizlik oluştursa da bundan sonraki gelişmeler için önemli bir potansiyel oluşturmaktadır. Uygulamadan anlaşılmaktadır ki ulusal barışa tehdit edecek seviyede anayasal gelişmeler barış hakkı kapsamındadır ve bireyler tarafından da ileri sürülebilir.

Avrupa'ya dönecek olursa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin diğer hakların da korunabilmesi için varlığı gerekli bir barış hakkına atıf yapmaktan kaçınması, silahlı çatışmalar karşısında insan haklarına dayalı Avrupa kamu düzeninin korunabilmesi açısından önemli bir eksikliktir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde açıkça düzenlenmeyen hakların belirli unsurlarının Sözleşme'de düzenlenen haklar kapsamında korunmasında¹⁷ olduğu gibi uluslararası veya diğer nitelikte silahlı çatışmalarda da barış hakkının unsurları daha açık ve sistemli biçimde tartışılabilir. Birleşmiş Milletler insan hakları denetim sistemi organlarının genel yorumlarından da çıkarılabildiği üzere, barış hakkıyla dolaylı yoldan ilgisi kurulabilecek, yaşam hakkı ve savaş ve nefret söyleminin yasaklanması¹⁸ ve kadına karşı şiddetin önlenmesiyle silahlı çatışmaların önlenmesi arasındaki bağlantı¹⁹ gibi hususlar Mahkeme'nin yargı yetki alanına girmektedir. Silahlı çatışmalar söz konusu oldu-

¹³ XYZ v. Republic of Benin, Application No. 059/2019, Judgment, 27.11.2020, §§142-145; XYZ v. Republic of Benin, Application No. 010/2020, Judgment, 27.11.2020, §§135-137; Houngue Eric Noudehouenou v. Republic of Benin, Application No. 003/2020, Judgment, 04.12.2020, §§112-113.

¹⁴ XYZ v. Republic of Benin, Application No. 010/2020, §§135-137.

¹⁵ XYZ v. Republic of Benin, Application No. 059/2019, §§142-145; Houngue Eric Noudehouenou v. Republic of Benin, §§112-113.

¹⁶ XYZ v. Republic of Benin, Application No. 010/2020, §§133-137, 159.

¹⁷ Örneğin, sosyal güvenlikle ilgili meseleler, mülkiyet hakkı çerçevesinde ele alınabilmektedir. H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, (İstanbul: Beta, 2009), 375-390.

¹⁸ İnsan Hakları Komitesi, General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life, Adopted at the 124th Session, 30.10.2018 (CCPR/C/GC/36), §§59, 66, 69.

¹⁹ Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, General Recommendation No. 30 on Women in Conflict Prevention, Conflict and Post-Conflict Situations, 01.11.2013 (CEDAW/C/GC/30), §29.

ğunda gündeme gelen pek çok ağır hak ihlali de düşünüldüğünde, Avrupalı devletlerin öncelikle silahlı çatışmalardan uzak durmasını uygun bir hukuki dille ifade ederek uygulamayla geliştirilecek bir barış hakkı²⁰, silahlı çatışmalara ilişkin davalarda daha bütünselci ve tutarlı bir uygulamaya da kapı aralayabilecektir.

B. ASKERİ MESELELERDE VİCDANİ VE DİNİ KANAATLERİN BARIŞIN KORUNMASINA KATKI SAĞLAYACAK SEVİYEDE KORUNMAMASI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün zorunlu askerlik hizmetinin reddini kapsaması, uzunca bir süre tartışma konusu olmuştur. Birleşmiş Milletler bünyesinde, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi sisteminde bu hak görece erken aşamada kabul edilmiştir²¹. Avrupalı devletler arasında konsensüsün belirmesiyle birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vicdani ret olarak da adlandırılan kurumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi çerçevesinde korunacağını tespit etmiştir²². Dahası, askeri hizmete alternatif olarak getirilen zorunlu sivil kamu hizmetinin hiçbir biçimde askeri unsurlar barındırmaması gibi hassasiyetler de koruma kapsamındadır²³. Bununla birlikte, uygulamada daha çok Yehova Şahitleri örneğindeki gibi Avrupalı uluslarca varlığı önemli ölçüde kabullenilmiş dini toplulukların mensupları dışındakilerin vicdani ret taleplerini kapsayacak, görece daha bireysel bir koruma sağlayan yoruma henüz ulaşılammıştır.

Rusya'ya karşı bir davada pasifist olduğu için zorunlu kamu hizmetini asker olarak yerine getirmek istemeyen başvuruçunun hak ihlali iddiası, ulusal düzlemde askerlik hizmeti adaylarının vicdani ret taleplerinin incelenmesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin usuli boyutu açısından sorun bulunmadığından reddedilmiştir²⁴. Karşı görüşteki yargıçların da belirttiği üzere, değerlendirme sistemindeki diğer sorunlar bir yana, ispat yükünü birey aleyhine yorumlayarak pasifist olduğunu kişinin ispatlamasını beklemek, başlı başına ciddi bir eleştiriyi hak etmektedir²⁵. Burada

²⁰ Barış hakkıyla ilgili bilgi için ayrıca bkz.: Turanlı Yücel, Barış Hakkı; Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 1, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 594-633; Gemalmaz, Genel Teori II, 676-680.

²¹ İnsan Hakları Komitesi uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Hitomi Takemura, International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders, (Berlin, Heidelberg: Springer, 2009) 56-80; Özgür Heval Çınar, Conscientious Objection to Military Service in International Human Rights Law, (New York: Palgrave Macmillan, 2013) 68-84.

²² Bayatyan v. Armenia, Application No. 23459/03, Grand Chamber, Judgment, 07.07.2011, §§101-111.

²³ Adyan and Others v. Armenia, Application No. 75604/11, First Section, Judgment, 12.10.2017, §§67-69.

²⁴ Dyagilev v. Russia, Application No. 49972/16, Third Section, Judgment, 10.03.2020, §§88-95.

²⁵ Dyagilev v. Russia, Joint Dissenting Opinion of Judges Pinto de Albuquerque, Keller and Schembri Orland, §§20-25.

esas sorun, çok daha erken bir örnekte dile getirildiği üzere, gerçekten ve samimi olarak vicdani ve dini kanaatler dolayısıyla askerlik hizmetinin reddinin ölçütünün belirlenmesidir²⁶. Herhangi bir dini topluluğa dahil olmadan veya toplumda kabul gören veya en azından hoş görülen dini öğretilere atf yapmadan, kendi başına barışa ve barış hakkına atıfla askerlik hizmetinin reddi korunmamaktadır. Mahkeme, başvurucunun gerçekten pasifist olup olmadığı değerlendirmesini, usuli yükümlülükler uygun oluşturulduğunu kabul ettiği ulusal sisteme bırakmıştır. Oysa ulusal sınırları aşan insan hakları taleplerinin mahiyeti gereği, eğer askerlik hizmetinin reddi hak olarak görülüyorsa, bu noktada daha ayrıntılı bir inceleme yapılabilmesi gerekmektedir. Şu haliyle, Sözleşme'nin 9. maddesindeki koruma, bireylerin salt barış talebini kapsamamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi kapsamında görülen vicdani ret lehinde en geniş yorum da yine Rusya'ya karşı davalarda yapılmaktadır. Buradaki durum, vicdani ve dini kanaatin ciddiyetine ilişkin ölçütlerin belirlenmesinden değil, Moldova ile Rusya arasında uyumsuzluk konusu olan ve Rusya'ya bağlı bir yönetim bulunduğu tespit edildiğinden eylem, işlem ve ihmallerinden bu ülkenin sorumlu tutulduğu²⁷, Transdniestria'nın söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır. Sovyetler döneminden kalan ve Avrupa kamu düzeniyle uyduğuna ilişkin bir veri bulunmayan hukuk sistemi kendi başına Sözleşme sistemine aykırı görüldüğünden²⁸, bu bölgede yapılan tüm kişiyi özgürlüğünden alıkoyma işlemleri, askeri disiplin yaptırımını gibi durumlarda kişi özgürlüğü ve güvenliği ve kendi başına zorunlu askerlik uygulaması gibi görece hafif durumlarda da seyahat özgürlüğü haklarının ihlalini oluşturabilmektedir²⁹. Aynı biçimde zorunlu askerlik hizmeti uygulaması, hukukilik koşulunun yerine getirilmemesi sebebiyle Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlalini oluşturmaktadır³⁰. Dolayısıyla, istisnai bir durum olarak, bu bölgede vicdani ret çok geniş kapsamlı biçimde korunmaktadır.

²⁶ Tsaturyan v. Armenia, Application No. 37821/03, Third Section, Judgment, 10.01.2012, Concurring Opinion of Judge Ziemele, §§4.

²⁷ Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, Application No. 48787/99, Grand Chamber, Judgment (Merits), 08.07.2004, §§392-394; Catan and Others v. Moldova and Russia, Application No. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, Grand Chamber, Judgment, 19.10.2012, §§121-123; Mozer v. The Republic of Moldova and Russia, Application No. 11138/10, Grand Chamber, Judgment, 23.02.2016, §§110-111.

²⁸ Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, §§436, 461-463; Ivantoc and Others v. Moldova and Russia, Application No. 23687/05, Former Fourth Section, Judgment, 15.11.2011, §§132-134; Mozer v. The Republic of Moldova and Russia, §§142-150; Dobrovitskaya and Others v. The Republic of Moldova and Russia, Application No. 41660/10 and 5 others, Second Section, Judgment, 03.09.2019, §§76-79, 87-89, 96-99.

²⁹ Golub v. The Republic of Moldova and Russia, Application No. 48020/12, Second Section, Judgment, 30.11.2021, §§47-71.

³⁰ Aslanian v. The Republic of Moldova and Russia, Application No. 74433/11, Second Section, Judgment, 13.07.2021, §§29-39.

Yehova Şahitleri'nin de sorunları henüz son bulmamıştır. Güncel olarak, zorunlu askerlik hizmetinin reddinden veya bu yöndeki tutumları da gerekçe gösterilerek, genel olarak dini topluluğa yöneltilen işlemlerden dolayı hak ihlali tespitleri devam etmektedir³¹.

Uluslararası Hukuk'a aykırılık başta olmak üzere³², genel olarak vicdani ve dini kanaatler çerçevesinde askeri emirleri yerine getirmeme ve askeri disipline direnme bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi henüz yeterli seviyede koruma sağlayacak bir ölçüt geliştirmemiştir. Dahası, ileride karşılaşılabilecek olaylarda uygulanması muhtemel önemli bir tespitle, askeri disiplin karşısında özel yaşamın daha geniş korunduğunu, kişi özgürlüğü ve güvenliği, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve örgütlenme ve toplanma özgürlüğü bakımındansa devletlerin takdir marjının daha geniş olduğunu açıkça belirtmiştir³³. Dolayısıyla, bir kere askerlik hizmetine veya mesleğine girildiğinde, askeri disiplinin gerekleri ağır basacaktır. Bu da daha geniş bir vicdani ret koruması önünde engel teşkil edebilecektir.

³¹ Avanesyan v. Armenia, Application No. 12999/15, Fourth Section, Judgment, 20.07.2021, §§55-59; Christian Religious Organization of Jehovah's Witnesses in the NKR v. Armenia, Application No. 41817/10, Fourth Section, Judgment, 22.03.2022, §§68-69, 77-81; Teliatnikov v. Lithuania, Application No. 51914/19, Second Section, Judgment, 07.06.2022, §§95-111; Taganrog LRO and Others v. Russia, Application No. 32401/10 and 19 others, Third Section, Judgment, 07.06.2022, §§166-170, 189, 271-273.

³² Örneğin, Avrupa'da Afganistan ve Irak işgaline katılmak veya katkı sağlamak istemeyen askerlerin durumu için bkz.: Takemura, Conscientious Objection to Military Service, 200-203; Çınar, Conscientious Objection to Military Service, 35-37; Osman Can, "Vicdani Red ve Anayasa", Çarklardaki Kum: Vicdani Red: Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, editörler, Özgür Heval Çınar ve Coşkun Üsterci, 2. Baskı, (İstanbul: İletişim Yayıncılık: 2014), 308-309. Almanya'da yargı yerleri birey lehine sonuca ulaşabilirken, Birleşik Krallık'ta aksi yönde kararlar alınmıştır.

³³ Konstantin Markin v. Russia, Application No. 30078/06, First Section, Judgment, 07.10.2010, §§51-53; Konstantin Markin v. Russia, Application No. 30078/06, Grand Chamber, Judgment, 22.03.2012, §§134-137.

II. SİLAHLI ÇATIŞMALAR ESNASINDA YAŞANAN OLAYLARIN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNDEN DIŞLANMASI

İnsan Hakları Hukuku'nun veya başka bir deyişle insan hakları sözleşmelerinin silahlı çatışmalar esnasında veya henüz barış durumuna geçilmeyen ara bir evre olarak işgal halinde uygulanabilirliği, tarihsel olarak görece erken aşamada Uluslararası Adalet Divanı tarafından kabul edilmiştir³⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yargı yetkisi dahilindeki belge olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin silahlı çatışmalarda yaşanan olaylarda uygulanabilirliğini kabul etmiştir. Silahlı çatışmaların durulduğu ama Uluslararası Hukuk uyarınca tarafların barış koşullarına ulaşamadığı işgal durumlarında³⁵, ilgili tartışmalı bölgede egemenlik yetkilerini doğrudan veya dolaylı yoldan kullanan devletlerin insan hakları sorumluluğu, Türkiye ile Kıbrıs arasındaki uyuşmazlık bölgesi Kuzey Kıbrıs³⁶, Azerbaycan ile Ermenistan arasındaki uyuşmazlık bölgesi Dağlık Karabağ³⁷, Moldova ile Rusya arasındaki uyuşmazlık bölgesi Transdniestria³⁸, Gürcistan ile Rusya arasındaki uyuşmazlık bölgeleri Güney Osetya ve Abhazya³⁹ ve Ukrayna ile Rusya arasındaki uyuşmazlık bölgesi Kırım⁴⁰ bakımından açıkça tespit edilmektedir. Aktif olarak silahlı çatışmaların yaşanmadığı yerlerde Sözleşme, görece erken dönemde yerleşen yaklaşım doğrultusunda uygulanabilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından, silahlı çatışmaların aktif olarak sürdüğü aşamada karşılaşılan önemli bir sorun, Yugoslavya coğrafyasının dağılması sürecinde olduğu gibi Avrupalı devletlerin belki coğrafi açıdan aksi düşünülse de hukuki olarak Avrupalı görülmeyen, teknik olarak da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olunmadığı için yargı yetkisi kapsamı dışında kalan

³⁴ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 08.07.1996, International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 1996, 226-267, 239-240, §§24-25; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 09.07.2004, International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 2004, 136-203, 177-192, §§102-134; Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, 19.12.2005, International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 2005, 168-283, 239-245, §§206-221.

³⁵ İşgalin hukuki sonuçları için bkz.: Ayşe Nur Tütüncü, İnsancıl Hukuka Giriş, (İstanbul: Beta, 2006), 135-151.

³⁶ Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Application No. 15318/89, Grand Chamber, Judgment, 23.03.1995, §§62-64; Loizidou v. Turkey, Application No. 15318/89, Grand Chamber, Judgment, 18.12.1996, §§56-57; Cyprus v. Turkey, Application No. 25781/94, Grand Chamber, Judgment, 10.05.2001, §§77-81.

³⁷ Chiragov and Others v. Armenia, Application No. 13216/05, Grand Chamber, Judgment (Merits), 16.06.2015, §§169-187.

³⁸ Bkz.: Bu çalışmada, dipnot 26.

³⁹ Bkz.: Bu çalışmada, dipnot 43.

⁴⁰ Ukraine v. Russia (Re Crimea), Application No. 20958/14 and 38334/18, Grand Chamber, Decision, 16.12.2020, §§308-351.

yerlerdeki eylemlerinden doğacak sorumluluktur⁴¹. Bu sorun, Amerika Birleşik Devletleri'yle birlikte Irak'ın işgaline katılan Avrupalı devletlerle ilgili içtihadi dönüşümle aşılmıştır⁴². Öyle ki Avrupa kamu düzeninin gerekleri, artık Avrupa coğrafyasıyla sınırlı biçimde yorumlanmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kısaca değinilen uygulaması⁴³, Gürcistan ile Rusya arasındaki silahlı çatışmalarla ilgili devletlerarası şikayet başvurusunda önemli bir dönüşüm geçirmiştir. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Hukuk'a göre tartışmalı da olsa egemenlik yetkilerinin kullanılabilirdiği işgal aşamasında uygulanabilmektedir. Aktif silahlı çatışmalar esnasında yaşanan olaylar, esastan hak ihlali incelemesine konu olamamaktadır, sadece çatışmalar sona erdiğinde ilgili devletin yerine getirmek durumunda olduğu usuli yükümlülükler boyutuyla Mahkeme önünde tartışılabilir⁴⁴. Karşı görüşteki yargıçların bir kısmının isabetle belirttiği üzere, Sözleşme sisteminde zamansal ve mekansal boşluk oluşmuştur⁴⁵. Dahası, aynı akıl yürütme, ulusal hukuk sisteminde uluslararası olarak nitelendirilmeyen ve Mahkeme tarafından da buna aykırı yorum yapılmayan, Almanya'nın Afganistan'da gerçekleştirdiği hava saldırısıyla ilgili olayda da sürdürülmüştür⁴⁶. Öyle ki, bu davada karşı görüşler, başvurunun

⁴¹ Bankovic and Others v. Belgium and Others, Application No. 52207/99, Grand Chamber, Decision, 12.12.2001, §§80-82.

⁴² Al-Skeini and Others v. The United Kingdom, Application No. 55721/07, Grand Chamber, Judgment, 07.07.2011, §§130-150.

⁴³ Genel olarak, İnsan Hakları Hukuku'nun silahlı çatışmalarda uygulanması ve İnsancıl Hukuk'la ilişkisi hakkında ayrıca bkz.: Rene Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004); Peter Rowe, *The Impact of Human Rights Law on Armed Forces*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006); Chandra Lekha Sriram, Olga Martin-Ortega ve Johanna Herman, *War, Conflict and Human Rights: Theory and Practice*, (London, New York: Routledge, 2010); Gerd Oberleitner, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015); Daragh Murray, *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Consultant Editors: Dapo Akande, Charles Garraway, Françoise Hampson, Noam Lubell and Elizabeth Wilmshurst, (Oxford: Oxford University Press, 2016).

⁴⁴ Georgia v. Russia (II), Application No. 38263/08, Grand Chamber, Judgment (Merits), 21.01.2021, §§125-144, 162-175, 328-337. Oysa daha önceki tarihli bir davada, aktif silahlı çatışmalar esnasındaki hak ihlali iddialarıyla ilgili olarak Birleşik Krallık tarafından yapılan aynı yöndeki savunma reddedilmiştir. Hassan v. The United Kingdom, Application No. 29750/09, Grand Chamber, Judgment, 16.09.2014, §§76-77. Gürcistan kararının ayrıntılı eleştirisi için ayrıca bkz.: Kanstantsin Dzehtsiarou, "International Decisions: Georgia v. Russia (II), Merits. App. No. 38263/08. European Court of Human Rights (Grand Chamber), January 21, 2021", *The American Journal of International Law* 115, 2 (2021): 288-294; Floris Tan and Marten Zwanenburg, "Case Note: One Step Forward, Two Steps Back? Georgia v Russia (II), European Court of Human Rights, Appl No 38263/08", *Melbourne Journal of International Law* 22, (2021): 136-155; Longobardo and Wallace, "Georgia v Russia (II)", 145-177.

⁴⁵ Georgia v. Russia (II), Partly Dissenting Opinion of Judge Grozev; Partly Dissenting Opinion of Judge Chanturia §§52-55.

⁴⁶ Hanan v. Germany, Application No. 4871/16, Grand Chamber, Judgment, 16.02.2021, §§134-145, 198.

esas ve usul ayrımı yapılmadan tamamen Sözleşme sistemi dışında görülerek reddedilmesi yönündedir⁴⁷. İkinci Dünya Savaşı sonrasında hem askeri hem siyasi yapıların geçirdiği dönüşümle birlikte, silahlı çatışmaların nitelendirilmesinde yaşanan sorunlar göz önünde bulundurulduğunda, eleştiri konusu yorumun ulusal sınırlar içerisindeki olaylara kadar genişletilebilmesi tehlikesi dikkate alınmalıdır. Kavramların belirsizleşmesi, Mahkeme'nin bilhassa insan haklarının korunması ve geliştirilmesi lehine işlevi olmayan yorumlardan kaçınmasını daha çok gerektirmektedir. Gürcistan ile Rusya arasındaki silahlı çatışmaya dair bireysel şikayet başvurularında da aktif silahlı çatışmalara ilişkin esastan hak ihlali iddiaları incelenmemektedir⁴⁸.

SONUÇ

Rusya ile Ukrayna arasındaki silahlı çatışmalar, son yıllarda verilen güncel kararlarındaki önemli sorunlar dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uluslararası nitelikte silahlı çatışmalar karşısında etkili bir koruma sağlamasını tartışmaya açmayı gerektirmektedir. Öncelikle bireylerin barış talebi olarak barış hakkı ve geniş yorumlandığında bununla bağlantısı kurulabilen, vicdani ve dini sebeplerle askerliğin tamamen veya kısmen reddi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yeterince korunmamaktadır. Bir barış hakkından ayrıca söz edilebilmesi ve özellikle bu çalışmada ele alınan türde davalarda açıkça dile getirilmesi, uluslararası nitelikte silahlı çatışmalarla ilgili uygulamanın daha tutarlı ve insan hakları lehinde dönüşümü için faydalı olabilecektir. Bunu destekleyecek şekilde, bireylerin zorunlu askerlik hizmeti veya vicdani ve dini kanaatlerine aykırı askeri emirler karşısında daha fazla korunması, Avrupa kamu düzeninde barış talebinin de daha fazla korunması anlamına gelecektir. Bununla birlikte, aktif silahlı çatışmalar esnasında yaşanan olayların, sadece uluslararası nitelikte olanlarla da sınırlanmadan Sözleşme kapsamı dışında görülmesi, Avrupa'da yaşanması muhtemel silahlı çatışma durumlarında ciddi bir hukuki boşluğa neden olacaktır. Mahkeme'nin tüm bu hususları gözeterek, barış ve insan hakları lehinde tutarlı ve öngörülebilir bir uygulama geliştirmesi elzemdir.

⁴⁷ Hanan v. Germany, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Grozev, Ranzoni and Eicke.

⁴⁸ Shavlokhova and Others v. Georgia, Application No. 45431/08, Second Section, Decision, 05.10.2021, §§27-35; Bekoyeva and Others v. Georgia, Application No. 48347/08, Second Section, Decision, 05.10.2021, §§32-40. Bu başvurularda, başka gerekçelerle kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

KAYNAKÇA**KİTAPLAR VE MAKALELER**

- Can, Osman. "Vicdani Red ve Anayasa". *Çarklardaki Kum: Vicdani Red: Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, editörler, Özgür Heval Çınar ve Coşkun Üsterci, 2. Baskı, (İstanbul: İletişim Yayıncılık: 2014), 291-311.
- Çınar, Özgür Heval. *Conscientious Objection to Military Service in International Human Rights Law*. New York: Palgrave Macmillan, 2013.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin. "International Decisions: Georgia v. Russia (II), Merits. App. No. 38263/08. European Court of Human Rights (Grand Chamber), January 21, 2021". *The American Journal of International Law* 115, 2 (2021): 288-294.
- Gemalmaz, H. Burak. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*. İstanbul: Beta, 2009.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri*. I. Cilt: Bölgesel Sistemler, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. 2 Cilt, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.
- Longobardo, Marco and Wallace, Stuart. "The 2021 ECtHR Decision in Georgia v Russia (II) and the Application of Human Rights Law to Extraterritorial Hostilities". *Israel Law Review* 55, 2 (2022): 145-177.
- Murray, Daragh. *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*. Consultant Editors: Dapo Akande, Charles Garraway, Françoise Hampson, Noam Lubell and Elizabeth Wilmshurst, Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Oberleitner, Gerd. *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Provost, Rene. *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Rowe, Peter. *The Impact of Human Rights Law on Armed Forces*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Saçar, Ali. *Ulus Devletin ve Modern Yurttaşlığın Oluşumunda ve Gelişiminde Düzenli Ulusal Orduların Rolü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Sriram, Chandra Lekha; Martin-Ortega, Olga and Herman, Johanna, *War, Conflict and Human Rights: Theory and Practice*. London and New York: Routledge, 2010.
- Takemura, Hitomi. *International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2009.

Tan, Floris and Zwanenburg, Marten. "Case Note: One Step Forward, Two Steps Back? Georgia v Russia (II), European Court of Human Rights, Appl No 38263/08". *Melbourne Journal of International Law* 22, (2021): 136-155.

Turanlı Yücel, Kıvılcım. *Bariş Hakkı ve Hayata Geçirilmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Tütüncü, Ayşe Nur. *İnsancıl Hukuka Giriş*. İstanbul: Beta, 2006.

KARARLAR

AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI KOMİSYONU

- *227/99 Democratic Republic of Congo v. Burundi, Rwanda, Uganda*, Decision on Merits, 29.05.2003.

AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI MAHKEMESİ

- *Houngue Eric Noudehouenou v. Republic of Benin*, Application No. 003/2020, Judgment, 04.12.2020.
- *XYZ v. Republic of Benin*, Application No. 059/2019, Judgment, 27.11.2020.
- *XYZ v. Republic of Benin*, Application No. 010/2020, Judgment, 27.11.2020.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

- *Adyan and Others v. Armenia*, Application No. 75604/11, First Section, Judgment, 12.10.2017.
- *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Application No. 55721/07, Grand Chamber, Judgment, 07.07.2011.
- *Aslanian v. The Republic of Moldova and Russia*, Application No. 74433/11, Second Section, Judgment, 13.07.2021.
- *Avanesyan v. Armenia*, Application No. 12999/15, Fourth Section, Judgment, 20.07.2021.
- *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, Application No. 52207/99, Grand Chamber, Decision, 12.12.2001.
- *Bayatyan v. Armenia*, Application No. 23459/03, Grand Chamber, Judgment, 07.07.2011.
- *Bekoyeva and Others v. Georgia*, Application No. 48347/08, Second Section, Decision, 05.10.2021.
- *Catan and Others v. Moldova and Russia*, Application No. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, Grand Chamber, Judgment, 19.10.2012.
- *Chiragov and Others v. Armenia*, Application No. 13216/05, Grand Chamber, Judgment (Merits), 16.06.2015.

- *Christian Religious Organization of Jehovah's Witnesses in the NKR v. Armenia*, Application No. 41817/10, Fourth Section, Judgment, 22.03.2022.
- *Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, Grand Chamber, Judgment, 10.05.2001.
- *Dobrovitskaya and Others v. The Republic of Moldova and Russia*, Application No. 41660/10 and 5 others, Second Section, Judgment, 03.09.2019.
- *Dyagilev v. Russia*, Application No. 49972/16, Third Section, Judgment, 10.03.2020.
- *Georgia v. Russia (II)*, Application No. 38263/08, Grand Chamber, Judgment (Merits), 21.01.2021.
- *Golub v. The Republic of Moldova and Russia*, Application No. 48020/12, Second Section, Judgment, 30.11.2021.
- *Hanan v. Germany*, Application No. 4871/16, Grand Chamber, Judgment, 16.02.2021.
- *Hassan v. The United Kingdom*, Application No. 29750/09, Grand Chamber, Judgment, 16.09.2014.
- *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, Application No. 48787/99, Grand Chamber, Judgment (Merits), 08.07.2004.
- *Ivantoc and Others v. Moldova and Russia*, Application No. 23687/05, Former Fourth Section, Judgment, 15.11.2011.
- *Konstantin Markin v. Russia*, Application No. 30078/06, First Section, Judgment, 07.10.2010.
- *Konstantin Markin v. Russia*, Application No. 30078/06, Grand Chamber, Judgment, 22.03.2012.
- *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Application No. 15318/89, Grand Chamber, Judgment, 23.03.1995.
- *Loizidou v. Turkey*, Application No. 15318/89, Grand Chamber, Judgment, 18.12.1996.
- *Mozer v. The Republic of Moldova and Russia*, Application No. 11138/10, Grand Chamber, Judgment, 23.02.2016.
- *Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights*, 22.03.2022.
- *Shavlokhova and Others v. Georgia*, Application No. 45431/08, Second Section, Decision, 05.10.2021.
- *Taganrog LRO and Others v. Russia*, Application No. 32401/10 and 19 others, Third Section, Judgment, 07.06.2022.

- *Teliatnikov v. Lithuania*, Application No. 51914/19, Second Section, Judgment, 07.06.2022.
- *Tsaturyan v. Armenia*, Application No. 37821/03, Third Section, Judgment, 10.01.2012.
- *Ukraine v. Russia (Re Crimea)*, Application No. 20958/14 and 38334/18, Grand Chamber, Decision, 16.12.2020.

AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ

- *Resolution CM/Res(2022)2 on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe*, Adopted by the Committee of Ministers on 16 March 2022 at the 1428ter meeting of the Ministers' Deputies.
- *Resolution CM/Res(2022)3 on legal and financial consequences of the cessation of membership of the Russian Federation in the Council of Europe*, Adopted by the Committee of Ministers on 23 March 2022 at the 1429bis meeting of the Ministers' Deputies.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI KOMİTESİ

- *General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, Adopted at the 124th Session, 30.10.2018 (CCPR/C/GC/36).

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER KADINLARA KARŞI AYRIMCILIĞIN ORTADAN KALDIRILMASI KOMİTESİ

- *General Recommendation No. 30 on Women in Conflict Prevention, Conflict and Post-Conflict Situations*, 01.11.2013 (CEDAW/C/GC/30).

ULUSLARARASI ADALET DİVANI

- *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19.12.2005, International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 2005, 168-283.
- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 09.07.2004, International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 2004, 136-203.
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 08.07.1996, International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 1996, 226-267.

CUMHURBAŞKANI KARARLARININ YARGISAL DENETİMİNDE İDARE İŞLEVİ ÖLÇÜTÜ (İSTANBUL SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ)

*Sinan SEÇKİN**

GİRİŞ

Tam adı “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” olan ve kısaca İstanbul Sözleşmesi olarak adlandırılan milletlerarası sözleşme, Türkiye tarafından 11.05.2011 tarihinde imzalanmış ve 24.11.2011 tarih ve 6251 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur. Ardından 10.02.2012 tarih ve 2816 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile İstanbul Sözleşmesi’nin onaylanması kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte 19.03.2021 tarih ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile İstanbul Sözleşmesi’nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine karar verilmiştir. Bu karar, kamuoyunda geniş yankı uyandırmış, siyasi ve hukuki yönden birçok tartışmaya sebep olmuştur.

Bu bağlamda İstanbul Sözleşmesi’nin feshi ile ilgili siyasi tartışmalar bu çalışmanın kapsamı dışında kaldığından bu hususlara değinilmemiştir. Hukuki yönden ise bu karar ile ilgili mevzuata ve kamuoyunda yer alan görüşlere yer verilmiştir. Bununla birlikte bu çalışmada esas olarak İstanbul Sözleşmesi’nin feshine ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararının idari işlem niteliğinde olup olmadığı tartışılmıştır.

I. İSTANBUL SÖZLEŞMESİNİN FESHİ KARARI İLE İLGİLİ MEVZUAT VE HUKUKİ TARTIŞMALAR

Bu başlık altında ilk olarak İstanbul Sözleşmesi’nin feshi kararı ile ilgili mevzuata yer verilecek, ardından da konuya ilişkin kamuoyuna yansıyan görüşler aktarılacaktır.

A. İSTANBUL SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE İLİŞKİN CUMHURBAŞKANI KARARI İLE İLGİLİ MEVZUAT

Anayasa’nın 104. maddesinin 11. fıkrasında, milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında

* Dr. Öğr. Üyesi Sinan Seçkin, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: sseckin@medipol.edu.tr.

sayılmıştır. Anayasanın 90. maddesinde ise milletlerarası andlaşmaların onaylanması kural olarak Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı kılınmıştır. Bununla birlikte ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmaların, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilmesi de mümkün kılınmıştır.

9 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. maddesine göre ise Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların Cumhurbaşkanı kararı ile onaylanması öngörülmüştür.

Anılan kararnamenin 3. maddesine göre de milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Cumhurbaşkanı kararı ile olur.

Bunun yanında 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nden önce söz konusu husus 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında¹ aynı şekilde düzenlenmekteydi². Dolayısıyla milletlerarası andlaşmaların onaylanması veya sona erdirilmesine ilişkin mevzuat esas itibarıyla 1963 yılından itibaren uygulanmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte söz konusu düzenlemelerin kamuoyunda ve akademik çevrelerde yeterince tartışılmamış olmasının ilginç olduğuna da dikkat çekilmektedir³.

¹ Anılan Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir; "Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunlara katılma, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir Milletlerarası Andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Bakanlar Kurulu kararnamesiyle olur." 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesinde, bu madde hükmünde yer alan sadece "Bakanlar Kurulu" ibaresi değiştirilerek, Cumhurbaşkanı yapılmıştır.

² 11.06.1963 tarih ve 11425 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 2.7.2018 tarihli 703 sayılı KHK'nin 181. maddesi ile 244 sayılı Kanunun adı "Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilmiş ve birçok maddesi yürürlükten kaldırılmıştır (09.07.2018 tarih ve 30473 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.).

³ Volkan Aslan, "İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi", Erişim Tarihi: Temmuz 30, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkinda-kararin-1982-anayasasi-bakimindan-degerlendirilmesi/>.

Bunun yanında uluslararası hukuk açısından, bir andlaşmanın, andlaşmayı sona erdirmeye ilişkin bir hüküm içermesi halinde ilgili hüküm uyarınca da sona erdirilebileceği kabul edilmektedir⁴. Bu bağlamda İstanbul Sözleşmesi'nin 80. maddesinde "*Her Taraf istediği zaman Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacağı bir bildirimle bu Sözleşme'yi feshedebilir.*" hükmü de yer almaktadır.

B. İSTANBUL SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE İLİŞKİN CUMHURBAŞKANI KARARI İLE İLGİLİ HUKUKİ TARTIŞMALAR

İstanbul Sözleşmesi'nin feshine ilişkin kararın iptali istemiyle Danıştay nezdinde birçok dava açılmıştır⁵. Danıştay 10. Dairesi, bu davalardan E.2021/1747 sayılı dosyasında yürütmenin durdurulması istemini incelemiş ve 28.06.2021 tarihli kararıyla yürütmenin durdurulması talebinin oyçokluğu ile reddine karar vermiştir⁶. Bunun yanında Danıştay, kamuoyuna yansı-

⁴ Malcolm N. Shaw, (çeviri editörü: İbrahim Kaya, çev. Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek), Uluslararası Hukuk, (Ankara: TÜBA, 2018), s.683. Bu halde feshin yetkisini kullanacak makamın iç hukuka göre belirlenmesi söz konusu olmaktadır (Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1975), s.151.).

⁵ Anadolu Ajansı, Erişim Tarihi: Temmuz 30, 2022, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/danistaydan-istanbul-sozlesmesinin-feshine-iliskin-cumhurbaskani-kararinin-iptal-istemine-ret/2640374>

⁶ "...yasama organının milletlerarası andlaşmalara ilişkin yetkisinin andlaşmanın onaylanmasını bir kanunla uygun bulmaktan ibaret olduğu, bu kanunun tek hukuki sonucunun, Cumhurbaşkanına bir takdir yetkisini kullanma imkanını vermek olduğu, Cumhurbaşkanının uygun bulma kanunu sonrasında milletlerarası andlaşmayı onaylayıp onaylamama konusunda takdir yetkisine sahip olduğu ve milletlerarası andlaşmaların sona erdirilmesinin (Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshinin) tıpkı andlaşma metinlerinin hazırlanması, imzalanması, son aşamada onaylanarak yürürlüğe konması hususlarında olduğu gibi yürütme yetkisi dahilinde bulunduğu görülmektedir.

Dolayısıyla, milletlerarası andlaşmaların sona erdirilmesinin (feshinin) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesinin hukuken mümkün olduğu anlaşılmalı, dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararının dayanağını teşkil eden 9 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye" ibaresine yönelik Anayasaya aykırılık iddiası oy çokluğuyla yerinde görülmemiştir.

Yürütme yetkisinin Anayasa gereğince Cumhurbaşkanına ait olması, milletlerarası andlaşmaların feshedilmesinin yürütme yetkisine ilişkin olması ve TBMM'ne milletlerarası andlaşmaların feshedilmesine ilişkin olarak Anayasa ve kanunlarda herhangi bir görev veya yetki verilmemiş olması hususlarının birlikte değerlendirilmesinden; milletlerarası andlaşmaların feshine ilişkin işlemlerin, kaynağını Anayasadan alan yürütme yetkisi ve görevi kapsamında Cumhurbaşkanı tarafından yapılacağı, uygun bulma kanunu sonrasında milletlerarası andlaşmayı onaylayıp onaylamama konusunda takdir yetkisi bulunan Cumhurbaşkanının, yürütme faaliyetine ilişkin fesih yetkisini kullanırken yasama organının bir işlem tesis etmesine gerek bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Diğer taraftan, her ne kadar Anayasanın 90. maddesine göre onaylanması Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı olan andlaşmaların onaylanıp onaylanmaması "TBMM'nin uygun bulmasına" bağlı olsa da, yürütme organının TBMM'nin onaylanmasını uygun bulduğu bir uluslararası andlaşmayı onaylama zorunluluğu da bulunmamaktadır. Anayasanın 104. maddesine göre uluslararası andlaşmaları "onaylama" yetkisi açıkça Cumhurbaşkanına verildiğinden, Cumhurbaşkanı, gerek zamanlama açı-

yan 19.07.2022 tarihli kararıyla da söz konusu davanın yine oyçokluğu ile reddine karar vermiştir⁷.

Danıştay'ın yürütmenin durdurulması hakkında verdiği kararda karşıoy yazan üyelerden biri, milletlerarası andlaşmaların feshedilmesine ilişkin işlemlerin Cumhurbaşkanının yürütme yetkisinde olmadığını, bu işlemlerin TBMM'nin yasama faaliyetine ilişkin olması nedeniyle, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca bu hususta Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenme yapılmasının mümkün olmadığını, bu sebeple de ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi'nin Anayasa aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini belirtmiştir. Diğer yandan, TBMM'nin uygun bulma kanunu uyarınca onaylanarak yürürlüğe giren bir milletlerarası andlaşmanın feshinin ancak TBMM'nin uygun bulma kanununu yürürlükten kaldırması veya sona erdirmeyi uygun bulduğuna ilişkin yeni bir kanun çıkarılması sonrasında alınacak bir Cumhurbaşkanlığı kararı ile mümkün olabileceğini, dolayısıyla söz konusu işlemin yetki ve usulde paralellik ilkesine de aykırı olduğu ifade edilmiştir⁸. Karşıoy yazan üyelerden diğeri de söz konusu işlemin yetki ve usulde paralellik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür⁹.

Kamuoyunda da bu konuya ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda ilk olarak, milletlerarası andlaşmaların onaylanmasının kanunla uygun bulunmasının, yasama yetkisi kapsamında olan bir konu olduğu, bu sebeple de bu konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceği belirtmektedir¹⁰. Benzer şekilde temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren sözleşmelere ilişkin hususların Anayasanın 104/17 hükmü uyarınca yürütme yetkisine ilişkin olmadığından Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenle-

sından gerekse uluslararası alanda değişen ya da gelişen yeni koşullar itibarıyla andlaşmanın onaylanmasını erteleyebileceği gibi, onaylamaktan tamamen de vazgeçebilecektir." (D10.D, 28.6.2021, E. 2021/1747 K. YD (Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 www.lexpera.com.tr).

⁷ Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 <https://www.ntv.com.tr/turkiye/danistay-istanbul-sozlesmesi-kararini-acikladi,AcG5KwHS60axka5tTzYHXA>. Bununla birlikte Danıştay'ın söz konusu kararının tam metnine ulaşılammıştır. Bu sebeple bu çalışmada, Danıştay'ın yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararında tartışılan hususlar dikkate alınacaktır.

⁸ D10.D, 28.6.2021, E. 2021/1747 K. YD (Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 www.lexpera.com.tr).

⁹ "Anayasa'da TBMM'nin uygun bulma kanunu uyarınca onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası sözleşmelerin feshedilme usulüne ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmaması ve Anayasa'da yürütme organına bu konuda bir yetki verilmemiş olması nedeniyle TBMM'nin uygun bulma kanunu uyarınca onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası sözleşmelerin sadece yürütme organı işlemiyle feshedilmesi mümkün değildir." gerekçesiyle çoğunluk görüşüne katılmamıştır." D10. D., 28.6.2021, E. 2021/1747 K. YD (Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 www.lexpera.com.tr).

¹⁰ Kemal Gözler, "Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var Mı? (İstanbul Sözleşmesi'nin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Üzerine Eleştiriler)", 20 Mart 2021, (Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-feshih.htm>). Söz konusu düzenlemenin yürütme yetkisine ilişkin olduğuna ilişkin görüş için bkz. Mustafa Taha Durmuş, "Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeler Üzerindeki Tasarruf Yetkisi ve Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesinden Ayrılmasının Hukuki Analizi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29, S.3, (2021): s.1991.

nemeyeceği de ileri sürmektedir¹¹. İkinci olarak ise 6284 sayılı Kanunda, İstanbul Sözleşmesi'ne atfı yapıyor olması dolayısıyla, Cumhurbaşkanı tarafından yürürlükte bulunan bir kanunda değişiklik yapılması sonucunu doğuran işlemin fonksiyon gaspı nedeniyle sakat olduğu belirtilmektedir¹². Üçüncü olarak da onaylanmaları kanunla uygun bulunma şartına bağlı milletlerarası andlaşmaları sona erdirmeye yetkisinin, doğrudan yürütme organı tarafından kullanılmasının yetki ve usulde paralellik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir¹³.

Bununla birlikte bu hukuki tartışmalar, bu çalışmanın kapsamını oldukça genişleteceğinden, bu tartışmalar incelenmemiştir. Bu bağlamda bu çalışmada İstanbul Sözleşmesi'nin Cumhurbaşkanı tarafından fesih kararının, idari işlem niteliğinde olup olmadığının da tartışılması gerektiği düşünüldüğünden, sadece bu yönüyle inceleme yapılmıştır.

II. İSTANBUL SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE İLİŞKİN CUMHURBAŞKANI KARARININ YARGISAL DENETİMİ

Cumhurbaşkanı tarafından farklı isimlerle çeşitli işlemler yapılabilmektedir. Bu işlemlerden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik, Anayasada açıkça zikredilmiştir. Yine Anayasadaki düzenlemelerden Cumhurbaşkanının birel işlem niteliğinde işlemler yapabileceği de anlaşılmaktadır. Bu işlemler de "Cumhurbaşkanı kararı" olarak adlandırılmaktadır¹⁴. Bunun dışında Cumhurbaşkanı tarafından adsız düzenleyici işlemler kategorisine giren çeşitli düzenleyici idari işlemler de yapılması mümkün bulunmaktadır.

Anayasada, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesince yapılacağı düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁵. Cumhurbaşkanının diğer işlemlerinden idari nitelikte olanların yargısal denetimi ise

¹¹ Ersan Şen, "İstanbul Sözleşmesinin Feshinin Hukukiliği Tartışması", (Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 <https://sen.av.tr/tr/makale/istanbul-sozlesmesinin-feshinin-hukukiligi-tartismasi>); Levent Köker, "İstanbul Sözleşmesi'nin İptalinin Anayasaya Aykırılığı Üzerine", (Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 <https://birikimdergisi.com/guncel/10531/istanbul-sozlesmesini-sona-erdirmeye-kararının-anayasaya-aykirligi-uzerine>).

¹² Aslan, "İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi". Bu konu hakkında ayrıca bkz. Tolga Şirin, "Uluslararası Sözleşmelerde Çekilme Usulü ve Başlıca Tartışmalar", (Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 <https://www.tolgasinir.com/post/uluslararasi-sozlesmelerden-cekilme-usulu>).

¹³ Gözler, "Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı?"; Ali Ulusoy, "İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilmede Hukuksal Gerçekler", (Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/istanbul-sozlesmesi-nden-cekilmede-hukuksal-gercekler,30338>); Aslan, "İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi".

¹⁴ Bunun yanında düzenleyici işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanı kararları da bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı işlemlerinin çeşitlerine ilişkin bkz. Yücel Özdemir, Cumhurbaşkanı Kararlarının Yargısal Denetimi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29, S.4, (2021): s.3216-3229.

¹⁵ Anayasa m.148.

idari yargının görev alanına girmektedir. Nitekim Danıştay Kanunu'nda da bu husus açıkça düzenlenmiştir¹⁶. Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararı ile yapılan bazı işlemlerin idari işlem niteliğini haiz olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu bağlamda öncelikle belirtmek gerekir ki, hukuk devleti ilkesi uyarınca idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olması gerekmektedir. Nitekim 1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında da idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu düzenlenmektedir. Bununla birlikte yasama kısıntısı ya da yargı kısıntısı yoluyla yürütmenin bazı işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılması da söz konusu olmaktadır. Yine yargı organlarının da kullanılan idare işlevi ölçütü de, idari yargının görev alanına giren işlemlerin belirlenmesinde kullanılmaktadır.

A. YASAMA KISINTISI

Yasama kısıntısı, idari işlemlere ilişkin yargı yolunun Anayasa hükmü ile kapatılması anlamına gelmektedir¹⁷. 1982 Anayasasında 2010 ve 2017 yıllarında yapılan değişikliklerle yasama kısıntısı alanı daraltılmıştır¹⁸.

Bu bağlamda 2017 yılında yapılan değişikliklerle, Anayasanın 105. maddesinin 2. fıkrasında "*Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz*" hükmü ile, 125. maddenin 3. fıkrasında yer alan "*Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ... yargı denetimi dışındadır*" hükümleri 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile ilga edilmiştir.

Söz konusu Anayasa değişikliği ile parlamenter sistemden, Cumhurbaşkanlığı Hükümet sistemine geçilmiştir. Bu değişikliklerle yürütme yetkisi de Cumhurbaşkanlığına verilmiştir. Bunun neticesinde, icracı duruma gelen Cumhurbaşkanlığı'nın işlemlerine -resen imzaladığı kararlar ve tek başına yapılan işlemler dahil olmak üzere- karşı da hukuk devleti ilkesinin gereği olarak yargı yolu açılmıştır. Nitekim Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde, Danış-

¹⁶ Danıştay Kanunu m.24: 1. Danıştay ilk derece mahkemesi olarak:

a) (Değişik: 2/7/2018 - KHK-703/184 md.) Cumhurbaşkanlığı kararlarına,

b) (Değişik: 2/7/2018 - KHK-703/184 md.) Cumhurbaşkanlığı çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere,

...Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.

¹⁷ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), s.53.

¹⁸ Anayasada yer alan mevcut yasama kısıntıları şu şekildedir;

1. YAŞ'IN, terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri (AY m.125/2)

2. HSK'nın meslekten çıkarma cezası hariç diğer kararları (AY m.159/11)

3. Silahlı Kuvvetler personeline barış zamanında uygulanan uyarma kınama ve hizmete kısmi süreli devam disiplin cezaları (AY 129/3-4)

4. Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararları (AY m.59/3) (Akyılmaz/Sezginer/ Kaya, s.56-57).

tay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla "Cumhurbaşkanı kararları" ile "Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlerine" ilişkin açılacak iptal ve tam yargı davalarını karara bağlayacağı düzenlenmiştir.

Bu kapsamda Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrasında "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." hükmü yer almakla birlikte, milletlerarası andlaşmaların onaylanması veya feshine ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararları bakımından bir yasama kısıntısı öngörülmemiştir.

B. YARGI KISINTISI

Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren yürütme organının bazı işlemlerinin yasama kısıntısı dışında, yargı kısıntısı yoluyla da yargı denetimi dışında tutulup tutulamayacağı tartışıla gelmiştir¹⁹. Bu tartışma daha çok hükümet tasarrufları teorisi bağlamında cereyan etmiştir²⁰.

Fransa'da ortaya çıkan bu teori uyarınca konusu itibariyle özellik gösteren bazı işlemlerin idari işlem niteliğinde olmadığı, bu sebeple de yargı organları tarafından denetlenemeyecekleri ileri sürülmektedir²¹. Bununla birlikte bu tür işlemlerin, genel bir ilke uyarınca değil, içtihatlarla belirlendiği belirtilmektedir²². Bu bağlamda hükümet tasarruflarının, yürütme organının yasama organı ile ilişkileri çerçevesinde aldığı kararlar, yürütme organının uluslararası ilişkiler, dış ilişkiler ve diplomatik alandaki kararları ve yürütme organının savaş ve milli savunmanın yürütülmesi ile ilgili aldığı kararlar şeklinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir²³.

Danıştay'ın da daha önceki kararlarında bu teoriye atıf yapan kararları bulunmakla birlikte, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası döneminde bu teoriyi kabul etmeyen ancak yine de bazı işlemleri yargı denetimi dışında tutan kararları bulunmaktadır.

Buna göre 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye'deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanun uyarınca mukabele-i bilmisil tedbiri uygulanmasına dair kararlara ilişkin davalar, 885 sayılı İskan Kanunu ve

¹⁹ Oğuzhan Güzel, "Danıştay Kararları Işığında Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25, S.2 (2017): s.225-231.

²⁰ Hükümet tasarrufları teorisinin doğuşu ve çeşitli kriterlerine ilişkin bkz. İsmet Giritli, Türkiye'de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1953), s.14-22.

²¹ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.1, (Bursa: Ekin Yay., 2019), s.749; Hasan Nuri Yaşar, İdare Hukuku, (İstanbul: Der Yay., 2013), s.41.

²² Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, (Ankara: Danıştay Matbaası, 1990), s.158; Gözler, İdare Hukuku, s.751.

²³ Turan Yıldırım, editör, İdare Hukuku (İstanbul: On İki Levha Yay., 2020), s.435.

2510 sayılı İskan Kanunları uyarınca zorunlu iskan ve göçe dair kararlara ilişkin davalar, (mülga) 1041 sayılı “Şerait-i Muayyeneyi Haiz Olmayan Osmanlı Tebaasının Türk Vatandaşlığından İskatı Hakkında Kanun kapsamında Türk vatandaşlığından çıkarma kararlarına ilişkin davalar ile yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin davalar Danıştay tarafından görev yönünden reddedilmiştir²⁴. Ancak bu kararlardan bazıları mevzuatın değişmesi bazılarıysa Danıştay’ın sonraki kararlarıyla hükümet tasarrufu olmaktan çıkarılmıştır²⁵.

1961 Anayasası ve 1982 Anayasası döneminde ise Danıştay bazı davaları devletin hükümlerlik/ egemenlik hakkını gerekçe göstererek, bu davaları görev yönünden değil esastan reddetmiştir²⁶. Bu bağlamda “*mütekabiliyet (karşılıklılık) ilkesi çerçevesinde alınan kararlara, yabancıların Türk vatandaşlığına alınma isteklerinin reddi kararlarına, yabancıların ikamet izinlerine ilişkin kararlara, yabancıların sınır dışı edilmesi kararlarına, yabancılar hakkında Türkiye’ye giriş yasağı konulması kararlarına, Devlet Şeref Madalyası verilmesi kararlarına, Pasaport talebinin reddi kararlarına, Türkiye üzerinden karayolu transit taşımacılığının düzenlenmesine ilişkin kararlara*” karşı açılan davalarda verilen kararlar bu hususa örnek teşkil etmektedir²⁷.

Doktrinde ise çoğunlukla hükümet tasarrufları teorisinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı kabul edilmekte ve 1982 Anayasasının 125. maddesi karşısında uygulanabilirliğinin kalmadığı belirtilmektedir²⁸. Buna göre yürütmenin hükümet işlevine giren bir işlemle ilgili uyumsuzluğu, Danıştay tarafından işin esasına girilerek “idarenin takdir yetkisi” çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir²⁹.

Bununla birlikte yürütme organının hükümet tasarrufu niteliğinde olan işlemlerinin olmasının kaçınılmaz olduğu da ileri sürülmektedir³⁰. Bu bağlamda bu işlemlerin idari işlem niteliği taşımadığı ifade edilmektedir. Buna göre bu tür işlemlere Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakan atama işlemleri, Cumhurbaşkanının yasama organı ile olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler, Cumhurbaşkanının başka devletlerle olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler örnek olarak sayılmaktadır³¹. Bu çerçevede TBMM tarafından onaylanması uygun bulunan milletlerarası andlaşmaların Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması veya onaylanmaması işlemi, onaylanması için kanunla uygun bulunması gerekli olmayan milletlerarası andlaşmaların Cum-

²⁴ İlgili kararlar için bkz. Cemil Kaya, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümlerlik/ Egemenlik Hakkı Teorisine”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7 (2016): s.639-643.

²⁵ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, İdare Hukuku, (İstanbul: Der Yay., 2015), s.168

²⁶ Kaya, s.643.

²⁷ İlgili kararlar için bkz. Kaya, s.643-660.

²⁸ Erkut, s.160; Yıldırım, s.435; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.61.

²⁹ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s.169.

³⁰ Gözler, İdare Hukuku, s.757.

³¹ Gözler, İdare Hukuku, s.757-758.

hürbaşıkanı tarafından onaylanması işlemleri, bir milletlerarası andlaşmanın feshedilmesi işlemleri hükümet tasarrufu olarak değerdendirilmektedir³².

C. İDARE İŞLEVI ÖLÇÜTÜ

İdari işlem kavramının yasal bir tanımı olmamakla birlikte, bu kavram gerek doktrin gerekse yargı içtihatlarında tanımlanmış bulunmaktadır. Bir tanıma göre idari işlem, *“idarenin idare işlevine ilişkin olarak, kamu gücü kullanmak suretiyle yaptığı tek yanlı irade açıklamalarıdır.”*³³

Anayasa Mahkemesi de idari işlemi, *“idarî makamların kamu gücü ile hareket ederek, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır”* şeklinde tanımlamıştır.³⁴

Danıştay 10. Dairesi ise idari işlemi, *“idari makamların kamu gücüne dayanan, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları, tek yanlı, doğrudan uygulanabilir nitelikte ve ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen irade açıklamalarıdır.”* şeklinde tanımlamıştır³⁵. Bir başka kararında ise *“...bir işlemin idari işlem olup olmadığı konusunda asıl ayırt edici unsur işlemin idare işleviyle ilgili bir alanda, kamusal yetki ve usuller kullanılarak yapılması, başka bir deyişle idare hukukunun ilke ve kurallarına tabi olmasıdır.”* şeklinde açıklamaya yer vermiştir³⁶.

Görüldüğü gibi yukarıda yer verilen tanımlarda idari işlem tanımlanırken, idari işlemin “idare işlevine ilişkin olması” gerektiği açıkça kabul edilmektedir.

Nitekim idari yargı mercilerinin, önlerine gelen uyuşmazlıklarda, işlemleri organik ve maddi ölçüte göre bir sınıflandırmaya tabi tuttuğu bilinmektedir. Buna göre organik ölçütte işlemi yapan makam esas alınmakta, maddi ölçütte ise işlemin içeriğine, idare işlevine ilişkin olup olmadığına bakılmaktadır³⁷. Dolayısıyla idare işlevi, idari işlemin tanımlanmasında kullanılan unsurlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu sınıflandırmaya göre yasama ve yargı organlarının bazı işlemleri maddi ölçüte göre idari işlem sayılabilmektedir. Bununla birlikte bu sınıflandırma uyarınca, idare işlevinden ayrı bir yürütme işlevinin de bulunduğu ve yürütme organının bazı işlemlerinin idare işlevine dahil olmadığı da söylenebilecektir.

³² Gözler, İdare Hukuku, s.758.

³³ Yıldırım, s.410.

³⁴ AYM Kararı, 21.01.2010, E.2008/74, K.2010/15 Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

³⁵ D10.D, 22.04.2015, E.2013/7056, K.2015/2020 Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 www.lexpera.com.tr

³⁶ D10.D, 25.10.2016, E.2016/2810, K.2016/3854 Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 www.lexpera.com.tr

³⁷ Yıldırım, s.411-412.

Bu bağlamda idare işlevi, *“ihtiyaçların belirlenmesi ve sonra da giderilmesi ya da kişi, mal ve değerlerin korunmasına yönelik sürekli olarak yapılması gereken ve genellikle kamu hizmeti denilen etkinlikler”* olarak tanımlanmaktadır³⁸. Dolayısıyla idare işlevine konu olan faaliyetler, teknik niteliktedir³⁹.

Bununla birlikte idare işlevinin geniş kapsamı nedeniyle olumsuz tanımı yapılmakta ve *“yasama ve yargı fonksiyonları ile hükümet etme faaliyeti dışında kalan tüm kamusal işler”* idare işlevi kapsamında sayılmaktadır⁴⁰. Dolayısıyla yürütme işlevinin, hükümet etme faaliyeti olarak, siyasal nitelikte faaliyetleri kapsadığı ve idare işlevinden ayrı bir anlam ve kapsama sahip olduğu kabul edilmelidir⁴¹. Nitekim Anayasanın 104. maddesinin, 2017 Anayasa değişikliği ile değiştirilmeden önceki halinde Cumhurbaşkanının yasama, yargı ve yürütme alanına ilişkin görev ve yetkileri ayrı ayrı sayılmaktaydı. 2017 Anayasa değişikliğiyle bu ayırım ortadan kaldırılmış olsa da, yürütme organının görev ve yetkileri arasında böyle bir nitelendirme yapılması hala mümkündür. Buradaki esas mesele ise yürütme işlevi ile idare işlevi arasında ayırım yapmanın güçlüğüdür.

Bu çerçevede Milletlerarası andlaşmaların onaylanması veya feshine karar verilmesi doğrudan egemenlik yetkisi kullanımı ile ilgilidir.

İkinci olarak, Anayasa uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde kabul edilmektedir. 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesine göre *“Bir milletlerarası andlaşma, yürürlük tarihinin tespitine dair Cumhurbaşkanı kararında belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun hükmünü kazanır.”* Dolayısıyla milletlerarası andlaşmaların onaylanması veya feshine ilişkin Cumhurbaşkanı kararı esas olarak yasama alanında sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla milletlerarası andlaşmalar, yürütme ve yasama işlevinin iç içe geçtiği bir alanı oluşturmaktadır.

Üçüncü olarak ise Anayasa'da usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla andlaşmanın Anayasa aykırılığı Anayasa Mahkemesi'nde dahi ileri sürülemezken, milletlerarası andlaşmayı onaylayan veya fesheden kararın idari işlem olarak kabul edilmesi ve idari yargı denetimine tabi tutulması anayasal bakımdan da mümkün görünmemektedir.

Danıştay 13. Dairesi de, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 21.11.2003 tarih ve 248/14 sayılı kararının ve *“Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Rus Doğal Gazının Karadeniz Altından Türkiye Cumhuriyeti'ne Sevkiyatına İlişkin Anlaşma”* kapsamında

³⁸ İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), s.417.

³⁹ Muhammed Göçgün, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2017), s.36.

⁴⁰ Erkut, s.63-64.

⁴¹ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Beta Yay., 2009), s.21.

BOTAŞ ile Rus şirketi arasında imzalanan anlaşmaya ilişkin 19.11.2003 tarihli zeyilname ve ek mektupları uygulamasının iptali istemiyle açılan davada, zeyilname ile ek mektupları idari işlem olarak görmeyerek bunlar bakımından davanın incelenmeksizin reddine karar vermiştir⁴².

Bu bağlamda hükümet tasarrufu olarak nitelendirilen işlemlerin de yürütme işlevine ilişkin olduğu ve idari işlem sayılamayacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın milletlerarası sözleşmelerin onaylanmasına veya feshine ilişkin kararlarının da yürütme işlevine ilişkin olduğu ve maddi anlamda idari işlem niteliğinde olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de 6007 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyetinde Akkuyu Sahasında Bir Nükleer Güç Santralının Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanunun⁴³ iptali istemiyle açılan davada, milletlerarası andlaşmaların denetimi bakımından Anayasaya aykırı şekilde yorum yoluyla istisna getirilemeyeceğine ve bunlar üzerindeki tek denetimin uygun bulma kanunu yoluyla TBMM tarafından yapılan siyasi denetim olduğuna karar vermiştir⁴⁴.

Danıştay 10. Dairesi ise Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu arasında imzalanan ve 6007 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyetinde Akkuyu Sahasında Bir Nükleer Güç Santralının Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşmanın onaylanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu

⁴² "... 15.12.1997 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti arasında imzalanan anlaşma 01.04.1998 günlü, 4357 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş olup, yine Bakanlar Kurulu'nun 30.04.1998 günlü, 98/10995 sayılı kararıyla da onaylanmıştır. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasındaki hüküm uyarınca bu anlaşmanın iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına hukuken imkan bulunmamaktadır. Yine bu anlaşma kapsamındaki doğalgaz teslimatının teknik, ticarî, idarî ve uygulama koşullarının taraflar arasında imzalanan alım-satım kontratı ile belirleneceğinin öngörülmüş olması karşısında, anlaşmaya ek olarak imzalanan protokol, sideletter, zeyilnameler de dayanağı anlaşmadan bağımsız birer metin olarak kabul edilemez. Hal böyle olunca Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası hükmü uyarınca iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması mümkün olmayan bir andlaşmanın uygulanma koşullarını belirleyen protokol, sideletter, zeyilnameler ya da bunlarda değişiklik yapan metinlerin de idari bir işlem olarak kabulü mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle, davanın Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 21.11.2003 tarih ve 248/14 sayılı kararı yönünden reddine, 19.11.2003 tarihli Zeyilname ve ek mektupları uygulaması yönünden ise incelenmeksizin reddine ... karar verildi". (D13.D, 29.04.2008, E. 2006/286, K. 2008/4009, Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 www.lexpera.com.tr)

⁴³ 21.07.2010 tarih ve 27648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, "Anayasa, andlaşmaların denetimine ilişkin istisnai düzenlemelere de yer vermemiş olduğundan bu hükmün aksine bir uygulamanın da yorum yoluyla yapılabilmesi mümkün değildir. Ayrıca, anayasanın bütünlüğü ilkesi açısından bakıldığında, milletlerarası ilişkilerin niteliği gereği andlaşmalar üzerindeki tek denetimin onların onaylanmasını uygun bulmaya dair kanunun görüşülmesi sırasında TBMM'nin yapabileceği siyasal denetim olduğu açıktır." şeklinde karar vermiştir. (AYM Kararı, 31.05.2012, E.2010/92, K.2012/86 Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>)

kararının⁴⁵ iptali istemiyle açılan davada, “Bakanlar Kurulu kararı, onaylanan Kanun ve Anlaşma ile birlikte anlam taşımakta olup, ancak birlikte ele alındığında hukuk düzeninde etki yaratabilir niteliktedir, dolayısıyla söz konusu iddiaların araştırılması suretiyle yapılacak yargısal denetimin de Anlaşma kuralları gözetilerek yapılabileceği, bunun da Anayasa'nın 90. maddesinde yasaklanan andlaşma kurallarının denetlenmesi anlamına geleceği açıktır.” ifadesine yer vermiştir⁴⁶.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, milletlerarası anlaşmalar ile benimsenen hususların iç hukuka yansıtılmalarına ilişkin işlemler hakkında idari yargının herhangi bir denetiminin söz konusu olup olmayacağına ayrıca tartışılması gerektiğini belirtmiştir.

Bu bağlamda da “...davanın konusunu uluslararası ilişkiden ayrılabilir nitelikte, ona dayanan, uygulanmasını sağlayan diğer bir idari işlemin (yer seçimi kararı, lisans verilmesi veya ihale gibi) oluşturması halinde esas yönünden bu işlemin yargısal denetiminin yapılabileceği, onay kararnamesinin uluslararası andlaşmadan bağımsız olarak yargısal denetiminin yapılmasının mümkün olmaması halinde ise; sadece yetki ve şekil yönünden yargısal denetiminin yapılabileceği,” sonucuna vararak, davanın reddine karar vermiştir. Bu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından da onanmıştır⁴⁷.

Bununla birlikte kararın eleştiriye açık olduğu düşünülmektedir. Öncelikle Danıştay, anılan kararında, milletlerarası andlaşmanın onaylanmasına ilişkin kararın idari işlem niteliğinde olup olmadığına dair bir inceleme yapmamıştır. İkinci olarak ise Danıştay'ın kararında da atıf yaptığı Anayasa Mahkemesi'nin kararı açık olmasına karşın, milletlerarası andlaşmanın onaylanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının esasa ilişkin yargısal denetiminin yapılması Anayasa Mahkemesi içtihadına da uygun değildir.

Son olarak ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, idari mahkemeler hukuka uygunluk denetimini, idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden yapmak durumundadırlar. Dolayısıyla Danıştay'ın herhangi bir pozitif hukuki dayanak olmaksızın “sadece yetki ve şekil yönünden yargısal denetim yapılabileceği” şeklindeki kararına da katılmak mümkün bulunmamaktadır. Bu bağlamda idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin bu şekilde yetki ve şekil unsuruna indirgenmesi, hukuka uygunluk denetiminden beklenen yararı sağlamaya da elverişli değildir⁴⁸.

⁴⁵ 27.08.2010 günlü 2010/918 sayılı Bakanlar Kurulu kararı, 06.10.2010 tarih ve 27721 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁶ D10.D., 9.6.2015, E. 2011/8967, K. 2015/2814, Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 www.lexpera.com.tr

⁴⁷ DİDDK., 14.2.2018, E. 2016/837, K. 2018/469 Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022 www.lexpera.com.tr

⁴⁸ Nitekim kamuoyuna yansıyan haberlerden anlaşıldığı kadarıyla, Danıştay, İstanbul Sözleşmesi'nin feshi kararının iptal istemini reddettiği davada da yetki ve şekil unsuru yönünden

Nitekim Danıştay'ın "Devletin egemenlik/hükümranlık hakkı"na dayanarak davanın esastan reddedilmesine karar verilmesi halinde, davanın görev noktasından reddine sebep olan hükümet tasarrufu teorisine yaklaşılmış olunacağı, bu sebeple idari işlemin konu ve amaç unsurlarına yönelik hukukun temel ilkeleri yönünden bir inceleme yapılması gerektiği de ifade edilmektedir⁴⁹. Ancak bu halde de yürütmenin bu tür konularda "geniş takdir yetkisine" sahip olduğu kabul edilerek⁵⁰, yargısal denetimin kapsamının sınırlandırılması sonucu doğmaktadır.

Nihai olarak, kuşkusuz hukuk devleti ilkesi uyarınca yürütme organının tüm işlemlerinin de herhangi bir ayrıma gidilmeksizin yargı denetimine açık olduğu savunulabilir. Ancak yürütme organının öyle işlemleri vardır ki, bunların yargısal denetiminin yapılması niteliği itibarıyla mümkün görünmemektedir. Cumhurbaşkanı'nın kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderme kararları veya seçimlerin yenilenmesine karar vermesi gibi kararları bu hususta örnek verilebilir.

Ancak bu tür işlemlerin tamamen denetimsiz olması gerektiği gibi bir sonuca da varılmamalıdır. Buna göre bu tür işlemler, idari işlem niteliği taşımadığından, bu işlemlerin kendi niteliklerine uygun denetim yöntemlerinin geliştirilmesi gerekmektedir. Bu minvalde, özellikle çok taraflı milletlerarası anlaşmalara hem taraf olurken hem de çekilirken anlaşmanın iç hukuka, toplumsal ve iktisadi hayata muhtemel etkilerini detaylı şekilde analiz etmek ve yürütme organına tavsiye raporu sunmak üzere bir "anlaşma komisyonu" kurulabileceği belirtilmektedir⁵¹. Yine 2004 Anayasa değişikliği ile nasıl ki temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalara bir üstünlük tanındıysa, bu anlaşmalardan çekilme usulünün de özel bir şekle tabi kılması yerinde olacaktır⁵².

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, Anayasada Cumhurbaşkanı'nın tek başına veya re'sen yaptığı işlemlere ilişkin yasama kısıntılarının kaldırılmış olması, bu kapsamdaki işlemlerin önümüzdeki dönemde Danıştay'ın önüne gelmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu sebeple de yargı kısıntısına ilişkin hususların gerek öğretisi gerekse yargı organları tarafından yeniden ele alınması da bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

bir inceleme yapmıştır. Anadolu Ajansı, Erişim Tarihi: Ağustos 5, 2022 <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/danistaydan-istanbul-sozlesmesinin-feshine-iliskin-cumhurbaskani-kararinin-iptal-istemine-ret/2640374>

⁴⁹ Kaya, s.661.

⁵⁰ Buna göre Cumhurbaşkanı'nın siyasi yönü ağır basan, yerindeliğini kendisinin tespit edeceği ve geniş takdir yetkisinin olduğu kararlarının az veya çok yargısal denetime tabi olması gerektiği ifade edilmektedir (Özdemir, s.3224-3249.).

⁵¹ Ali Osman Karaoğlu, "Türk Hukukunda Milletlerarası Anlaşmalardan Tek Taraflı Çekilme", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16, S.203 (2021): s.1102.

⁵² Karaoğlu, s.1101.

SONUÇ

Tam adı “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” olan ve kısaca İstanbul Sözleşmesi olarak adlandırılan uluslararası sözleşmenin, 19.03.2021 tarih ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine karar verilmesi hukuki yönden de birçok tartışmaya sebep olmuştur.

Bu bağlamda 2017 Anayasa Değişikliği sonrasında uygulanmakta olan Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı tarafından alınan kararların kapsamı da oldukça genişlemiştir. Nitekim bu değişiklikle Cumhurbaşkanı kararlarına ilişkin yasama kısıntıları da kaldırılmıştır.

Bununla birlikte milletlerarası andlaşmaların onaylanması veya feshi gibi bir takım Cumhurbaşkanı kararlarının idari işlem niteliğinde olup olmadığının ayrıca tespiti gerekmektedir. Bu kapsamda da yargı organlarının idare işlevine ilişkin olmayan Cumhurbaşkanı kararlarının idari yargının görev alanında kabul etmemesi gerektiği düşünülmektedir. Kuşkusuz hukuk devleti ilkesi uyarınca yürütme organının tüm işlemlerinin de herhangi bir ayrıma gidilmeksizin yargı denetimine açık olduğu savunulabilirse de, yürütme organının öyle işlemleri vardır ki, bunların idari yargı tarafından yargısal denetiminin yapılması niteliği itibarıyla mümkün görünmemektedir.

Nitekim İstanbul Sözleşmesi örneğinde, Danıştay’ın ilgili Cumhurbaşkanı kararını sadece yetki ve şekil unsurları yönünden bir hukukilik denetimine tabi tuttuğu anlaşılmaktadır. Oysa ki, böyle bir denetimin hukuka uygunluk denetimini tam olarak sağlaması mümkün değildir. Bu sebeple yürütme organının yürütme işlevine ilişkin işlemlerinin, kendi niteliklerine uygun olacak şekilde denetim mekanizmalarının geliştirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıylmaz Bahtiyar/ Sezginer Murat/ Kaya Cemil, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Aslan Volkan, "İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi", Erişim Tarihi: Temmuz 30, 2022 <https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkinda-kararin-1982-anayasasi-bakimindan-degerlendirilmesi/>
- Durmuş Mustafa Taha, "Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeler Üzerindeki Tasarruf Yetkisi ve Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesinden Ayrılmasının Hukuki Analizi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, S.3, (2021): s.1969-2007.
- Ercüt Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara: Danıştay Matbaası, 1990.
- Giritli İsmet/Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun/ Berk Kahraman, *İdare Hukuku*, İstanbul: Der Yay., 2015.
- Gözler Kemal, "Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesi'nin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Üzerine Eleştiriler)", 20 Mart 2021, Erişim Tarihi: Temmuz 30, 2022 <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm>
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku*, C.1, Bursa: Ekin Yay., 2019.
- Güzel Oğuzhan, "Danıştay Kararları Işığında Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25 S.2 (2017): s.217-247.
- İsmet Giritli, *Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1953.
- Karaoğlu Ali Osman, "Türk Hukukunda Milletlerarası Andlaşmalardan Tek Taraflı Çekilme", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, S.203 (2021): s.1083-1106
- Kaya Cemil, "Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık/ Egemenlik Hakkı Teorisine", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.7 (2016): s.637-661.
- Köker Levent, "İstanbul Sözleşmesi'nin İptalinin Anayasaya Aykırılığı Üzerine", Erişim Tarihi: Temmuz 30, 2022 <https://birikimdergisi.com/guncel/10531/istanbul-sozlesmesini-sona-erdirme-kararının-anayasaya-aykırılığı-uzerine>
- Meray Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1975.

- Özay İl Han, *Günişığında Yönetim*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Özdemir Yücel, "Cumhurbaşkanı Kararlarının Yargısal Denetimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29, S.4, (2021):s.3224 s.3211-3256.
- Shaw Malcolm N., (çeviri editörü: İbrahim Kaya, çev. Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek), *Uluslararası Hukuk*, Ankara: TÜBA, 2018.
- Şen Ersan, "İstanbul Sözleşmesinin Feshinin Hukukiliği Tartışması", Erişim Tarihi: Temmuz 30, 2022 <https://sen.av.tr/tr/makale/istanbul-sozlesmesinin-feshinin-hukukiligi-tartismasi>
- Şirin Tolga, "Uluslararası Sözleşmelerde Çekilme Usulü ve Başlıca Tartışmalar", Erişim Tarihi: Temmuz 30, 2022 <https://www.tolgasirin.com/post/uluslararasi-sozlesmelerden-cekilme-usulu>
- Ulusoy Ali, "İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilmede Hukuksal Gerçekler", Erişim Tarihi: Temmuz 30, 2022 <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/istanbul-sozlesmesi-nden-cekilmede-hukuksal-gercekler,30338>
- Yayla Yıldızhan, *İdare Hukuku*, İstanbul: Beta Yay., 2009.
- Yaşar Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, İstanbul: Der Yay., 2013.
- Yıldırım Turan, editör, *İdare Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yay., 2020.

TÜRK İDARE HUKUKUNDA İDARİ İŞLEMİN GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ SORUNU

*Harika ŞAHİN**

GİRİŞ

İnsanlar hayatta kalabilmek için birbirine ihtiyaç duyan ve bu nedenle bir arada yaşamak zorunda olan sosyal varlıklardır. İnsanların bir arada yaşama zorunluluğu zaman içerisinde devletleri oluşturmalarına ve tarihsel süreçteki yolculukları bu devletlerin modern hukuk devletlerine evrilmesine yol açmıştır. Modern hukuk devletinde, herkes bireydir ve bazı hak ve özgürlüklere sahiptir. Bunun karşılığında tabi olunan bazı yükümlülükler mevcuttur. Modern Hukuk devleti, demokratik, şeffaf, özgürlükçü yönetim anlayışıyla, tarafsız ve bağımsız yargı denetimiyle istisnasız her bireye hukuki güvence sağlamayı vadeder. Bu vaadini kurumları ve yaptığı hukuki işlemleri önceden herkes tarafından bilinebilecek usullere bağlayarak teminat altına alır. Bu teminatın en önemli garantörü de İdare hukukudur. Çünkü İdare hukuku, “hukuk devletinin hukuku” dur. İdarenin yaptığı işlemler, bazen bireylerin hak ihlaliyle, haklarının kullanımının kısıtlanmasıyla veya taleplerinin reddedilmesiyle sonuçlanabilir. Bu hallerde muhataba işlemin gerekçesinin sunulması, idarede açıklık ve bilgi edinme, işlemin muhatabına alınacak karara katılma hakkının tanınması, savunma hakkının daha sağlıklı hayata geçmesi, idarenin ve işlemin muhatabının idari işlemin yapılış sürecinde tatmin edilmesi ve bireyin hukuki güvenliğinin sağlanmasında önem arz etmektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde Türk İdare Hukukunda idari işlem ve idari işlemin özelliklerine, idari işlemin unsurlarının gerekçe kavramıyla olan bağlantısına ve gerekçe kavramına değinilmiştir. İkinci bölümde Türk İdare Hukukunda idari işlemde gerekçe yükümlülüğü ile kanuni düzenlemeler ve Danıştay kararları ışığında gerekçe yükümlülüğüne olan yaklaşım incelenmiştir.

I. TÜRK İDARE HUKUKUNDA İDARİ İŞLEM VE İDARİ İŞLEMİN ÖZELLİKLERİ

İdare, bireylerin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, idari işlem ve eylemler vasıtasıyla kamu hizmeti ve kolluk faaliyetlerini yürütür. Bu bağlamda idari işlem, idarenin faaliyetlerini yerine getirirken kullandığı hukuksal araçtır⁵³. Türk İdare Hukuku mevzuatında idari işlemin tanımı mevcut değildir.

* Arş. Gör., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD, harikasahin@uludag.edu.tr.

⁵³ Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 267

İdari işlem doktrinel olarak tanımlanmıştır. Doktrinde idari işlemin tanımı tartışmalı olup idari işlemle ilgili tanımlamalar yargısal orjinli olmaktadır. Çünkü idari faaliyetin denetimi yargı organı tarafından yapılmakta ve bu faaliyetin kamusal davranış özelliği taşıyan bir idari işlem şeklinde yerine getirilip getirilmediği de yine yargı organınca tespit edilmektedir⁵⁴. En genel tanımıyla idari işlem: “*İdare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişile-rince ya da yasama veya yargı organınca yasama ve yargı fonksiyonu dışında, idare fonksiyonuna ilişkin olarak, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belli süreç içinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya onlara ait nesne-lerin hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli, tek yanlı irade açıklama-larıdır*”⁵⁵. İdari işlemler, kamu gücü ayrıcalığı içeren, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, tek-yanlı ve icraî olma özelliklerini bünyesinde barındıran işlemlerdir. Kamu gücü, devletin tek yanlı emretme iradesini ilgililere kabul ettirmek ve yerine getirebilmek için gerektiğinde zor kullanabilme hak ve yeteneğidir⁵⁶. Günümüz idare hukuku literatüründe “kamu gücü” tabiri, yerini “kamu gücü ayrıcalıkları” tabirine bırakmıştır. Kamu gücü ayrıcalıkları, özel hukukta görülmeyen, özel hukuku aşan hüküm ve şartlardır⁵⁷. İdari işlemler de idare cihazının sahip olduğu kamu gücü ayrıcalığına dayanarak yaptığı ve kamu gücü ayrıcalığına dayanması sebebiyle aynı anda tek-yanlı ve icraî olan işlemlerdir. İdari işlemin tek-yanlı olması ise ortaya çıkan hukuki ilişkinin sonucunun, bu hukuki ilişkinin iki tarafının karşılıklı iradesinin uyuşmasıyla oluşacağı genel kuralına istisna olarak, tek bir irade açıklaması ile oluşmasıdır. Buradaki “tek bir irade açıklaması” ifadesi ile işlemin tek bir kişi tarafından yapılması kastedilmez. “Tek bir irade açıklaması” ifadesi, işlemin ilgisinin iradesine bakılmaksızın sadece işlemi yapanın iradesiyle oluşması anlamındadır⁵⁸. İdari işlemler, ilgisinin rızası olmaksızın, kamu gücü ayrıcalığına dayanmaları ve tek-yanlı olmaları sebebiyle idare tarafından yapıldıkları anda ilgilisi üzerinde ve hukuk alanında hukuki sonucunu doğurur. İdari işlemler, İdare tarafından yapıldıkları anda hukuka aykırı olsalar dahi, yine kamu gücü ayrıcalığı içermeleri ve tek-yanlı olmaları dolayısıyla aynı zamanda icraîdirler ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar. Diğer bir ifadeyle, aksi ispatlanana kadar “hukuka uygunluk karinesinden” yararlanan idari işlemlerin hukuk aleminde silinmeleri için idare tarafından geri alınmaları ya da ilgilileri tarafından iptal davasına konu edilerek iptal edilmeleri gerekir⁵⁹. İdari işlemler, kamu gücünün üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmadan, doğrudan doğruya çeşitli

⁵⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (Ankara: Savaş Kitabevi, 2019),309

⁵⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Türk İdare Hukuku, 312

⁵⁶ Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları (İstanbul: Fakülteler Matbaası,1982),23

⁵⁷ Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Ders Notları (Bursa: Ekin Yayınları,2019), 53

⁵⁸ Celal Erkut, İdari İşlemin Kimliği (Ankara: Danıştay Matbaası, 1990),13

⁵⁹ Dilşat Yılmaz, İdari İşlemin İcraîlik Özelliği (Ankara: Astana Yayınları, 2014), 20

hukuki sonuçlar doğurarak etkilerini göstermeleri sebebiyle icraidirler⁶⁰. Kamu gücü ayrıcalığı içeren, tek-yanlı ve icrai olan, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari işlemlerin, idari işlem kimliğine sahip olmaları için idari makamlar tarafından yapılmaları gerekir. İdari işlemler, idare cihazı içinde yer alan, emretme yetkisi ve bu emretme yetkisini kullanma gücüne sahip olan makamlar ile idare adına hareket eden ancak idare cihazı içinde yer almayan kuruluş ve organlardan kendilerine kanunen açıkça böyle bir yetki verilmiş olan makamlar tarafından yapılabilirler⁶¹. İdari işlemler icrai olmaları sebebiyle hukuk aleminde bir yenilik veya değişiklik meydana getirirler. Hukuk alemindeki bu sonucun maddi alemde de gerçekleşebilmesi için çoğu kez bazı ameliyeler diğer ifadeyle bazı işlemler gerekir. İdarenin bu ameliyeleri gerçekleştirebilmesi için kendisine re'sen icra yetkisinin verilmiş olması gerekir⁶². Re'sen icra, icrai olan bir kararın (idari işlemin) hukuk aleminde doğurduğu yenilik veya değişikliğin, başka bir aracıya gerek kalmadan bizzat İdare tarafından yapılacak ameliyelerle maddi alemde de gerçekleştirilmesidir⁶³. İdarenin almış olduğu bir kararı re'sen icra edebilme yetkisi yok ise, yapmış olduğu işlemleri yürütebilmek için idare, yargı mercilerine başvurmak zorundadır⁶⁴.

İdari işlemler, tek-yanlı idari işlemler ve iki-yanlı idari işlemler olarak ikiye ayrılırlar. Tek-yanlı idari işlemler de kendi içinde "bireysel idari işlemler (idari kararlar)" ve "düzenleyici idari işlemler" olmak üzere ikiye ayrılırlar⁶⁵. Tek-yanlı idari işlemler, hukuk aleminde hukuki sonucunu doğurmak için üçüncü kişilerin kabul beyanına ihtiyaç duymazlar⁶⁶. İki-yanlı idari işlemler, İdare ve ilgisinin karşılıklı olarak iradelerinin uyuşması sonucunda yapılan işlemlerdir⁶⁷. İki-yanlı idari işlemler, idari sözleşmelerdir. İdari işlemler kural olarak İdarenin tek yanlı irade açıklaması olarak ortaya çıkar. Ancak Türk İdare Hukukunda bu durum mutlak bir kural olarak yerleşmemiştir⁶⁸. İdari işlemin bir özelliği de tek-yanlılık olduğu halde, iki-yanlı idari sözleşmeler de idari işlem kategorisinde yer alır. Bunun nedeni, Danıştay'ın Fransız İdare Hukuku uygulamasından ayrılarak- bu yönde içtihat geliştirmiş olmasıdır. Çünkü 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2. maddesi uyarınca, iptal davaları yalnızca idari işlemlere karşı açılabilir. Danıştay da sözleşmelerin tarafı olmayan ancak sözleşme hükümlerince menfaati olumsuz etkilenen üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak ve iptal davası

⁶⁰ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, 119

⁶¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Türk İdare Hukuku, 313; Erkut, İdari İşlemin Kimliği, 62; Gözler, Kaplan, İdare Hukuku Ders Notları, 238

⁶² Metin Günday, İdare Hukuku (Ankara: İmaj Yayınevi, 2017), 125

⁶³ Günday, İdare Hukuku, 125

⁶⁴ Günday, İdare Hukuku, 125

⁶⁵ Gözler, Kaplan, İdare Hukuku Ders Notları, 247

⁶⁶ Gözler, Kaplan, İdare Hukuku Ders Notları, 247

⁶⁷ Günday, İdare Hukuku, 122

⁶⁸ Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, 273

açabilmelerini mümkün kılmak adına bu yönde bir içtihat geliştirmiştir⁶⁹. Bireysel idari işlemler, ismen belirlenmiş bir kişi veya belli bir duruma ilişkin olan, diğer bir ifadeyle, belli kişilere ilişkin hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik olan kamu gücü ayrıcalıkları içeren tek-yanlı irade açıklamalarıdır. Bir memuru emekliye sevk etme, bir kişiyi memur olarak atama, ruhsat verme gibi işlemler bu kategoridedir⁷⁰. Düzenleyici idari işlemler, idarenin *secundum legem* (kanuna dayanan) yetkisine dayanarak yaptığı, tek-yanlı, kamu gücü ayrıcalığı içeren, genel, soyut, sürekli ve kişilik-dışı işlemlerdir. Olağan ve olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler ve adsız düzenleyici işlemler düzenleyici idari işlemlerdir⁷¹.

A. İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI VE GEREKÇE

Türk İdare Hukuku mevzuatında idari işlemin tanımı yapılmamıştır ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde idari işlemin unsurları sırasıyla sayılmıştır. İlgili maddeye göre idari işlem sırasıyla; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere toplam beş unsurdan oluşur. Bu unsurlardan herhangi birinin hukuka aykırı olması, idari işlemi sakatlayarak hukuka aykırı hale getirir ve idari işlemin iptal davasına konu edilebilir nitelikte olmasına yol açar. Yetki (salâhiyet), yasalarca tanınmış olan karar alma gücüdür⁷². Bu karar alma gücü idarenin herhangi bir organı, ajanı ya da makamınca gelişigüzel şekilde kullanılamaz. Karar alma yeteneğinin kullanılmasını ifade eden yetki unsuru, ancak Anayasa ve kanunlar tarafından belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış olan hukukî bir güçtür⁷³.

İdari işlemin şekil unsuru, İdarenin iradesini açıklama aracı olan idari işlemin hukuk düzenince belirlenen formu, kalıbıdır⁷⁴. İdari işlemin şekil unsuruyla, işlemin görünüşü ve hukuk alemindeki varlığı belgelenir⁷⁵. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde "şekil" sözcüğüyle ifade edilen bu unsur, Danıştay içtihatlarında "usul" ve "biçim" olarak da ifade edilmiştir. Danıştay, hem iradenin açıklandığı kalıp olan şekil unsurunu hem de bu açıklamanın izlemesi gereken yol olan usulü de şekil unsuru içinde değerlendirmektedir⁷⁶. Ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu sadece şekil unsurdan bahsetmiştir çünkü şekil unsurunu usulü de kapsayan bir üst kavram olarak kullanmıştır. Şekil bir üst kavram olarak kullanılmış olsa da bu, usul şartlarının daha az önemli olduğu anlamına gelmemektedir. İdari

⁶⁹ Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, 274

⁷⁰ Gözler, Kaplan, İdare Hukuku Ders Notları, 257

⁷¹ Gözler, Kaplan, İdare Hukuku Ders Notları, 379

⁷² Onur Karahanoğulları, İdarenin Yasallıkla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 347

⁷³ Lûtfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, 401

⁷⁴ Gözler, Kaplan, İdare Hukuku Ders Notları, 299

⁷⁵ Turan Yıldırım, Editör, İdare Hukuku (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018), 374

⁷⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Türk İdare Hukuku, 361

işlemlerin sırf şekil eksikliği sebebiyle iptal edilmediği durumlar olabilese de usulüne uyulmayarak yapılan bir idari işlemin iptali gerekmektedir⁷⁷. Gerekçe, idari işlemde hem şekil hem usul kuralı olarak kendini gösterir. Gerekçe, kanunda düzenlenmişse bir şekil kuralıdır ve idari işlemde gösterilmemesi şekil sakatlığına yol açar, kanunda düzenlenmemişse usul kuralı olarak ele alınır. Tüm idari işlemler için gerekçenin şekil şartı olması, genel gerekçe yükümlülüğünün idari usul kanunuyla düzenlenmesi halinde mümkündür⁷⁸. İdari işlemlerin kural olarak yazılı şekle tabii olması Anayasanın 125. ve 74. maddelerindeki düzenlemelerle pozitif dayanağını bulur⁷⁹. İdari işlemler, mevzuatta aksi öngörülmemişse, sözlü olarak da yapılabilirler. Şekil unsuru da kamu düzenine ilişkindir ve davacı ileri sürmese bile hâkim tarafından yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınır⁸⁰. Hukukumuzda İdarenin uyacağı şekil ve usul kurallarını düzenleyen genel bir kanun mevcut değildir. Bu kurallar mevzuatta dağınık haldedir. Mevzuatça belirlenmemiş usul kuralları da mevcut olup bunlarla ilgili usul, yargı yerlerince hukukun genel ilkelerinden çıkarılır ve yargı yerlerinin içtihatlarında da yer alır⁸¹.

İdari işlemlerin hukuken geçerli olmaları için öngörülen şekil kuralları-na uygun olmaları gerekir⁸². Danıştay içtihatlarına göre şekil sakatlıklarını şöyle sıralayabiliriz: Kurul organların hukuka aykırı olarak oluşması ve toplantıları sonucunda alınan kararlar, icrai işlem öncesi işlemlerin gereği yerine getirilmeden alınan kararlar, Resmi Gazete 'de yayınlanması gerektiği halde yayınlanmayan düzenleyici işlemler ve bu işlemlere dayanılarak tesis edilen işlemler, savunma alınmadan verilen disiplin cezaları, usulüne uygun tebliğ, bildirim, çağrı veya ilan yapılmadan alınan kararlar ve diğer durumlar⁸³. Danıştay kararlarında şekil sakatlıkları "asli şekil sakatlıkları" ve "tali şekil sakatlıkları" olarak önem derecesine göre ayrıma tabi tutulmuştur. Kurulun eksik üyeye toplanıp karar alması asli şekil sakatlığına örnektir. Asli şekil sakatlıkları kural olarak sonradan düzeltilemez. İşlemin içeriğini etkilemeyen ve sonradan giderilmesi mümkün olan sakatlıklar tali şekil sakatlığıdır. İdari işlemlerde yazım yanlışları olması tali şekil sakatlığına örnektir⁸⁴.

Gerekçe, idari işlemin şekil unsurunda yer alan bir öge olduğu halde genelde idari işlemin sebep unsuruyla karıştırılır, sebep unsuruna ait bir öge olarak düşünülür. İdari işleminin sebep unsuru, idareyi o işlemi yapmaya sevk eden hukukî ve fiili etkenlerdir⁸⁵. Gerekçe ise sebebin açıklanması ya-

⁷⁷ Atila Erkal, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17, S.1 (2009): 129

⁷⁸ Erkal, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", 130

⁷⁹ Yıldırım, Editör, İdare Hukuku, 375

⁸⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Türk İdare Hukuku, 381

⁸¹ A. Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, (Ankara:145 Turhan Kitabevi, 2020), 204

⁸² Yıldırım, Editör, İdare Hukuku, 377

⁸³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Türk İdare Hukuku, 386

⁸⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Türk İdare Hukuku, 390-394

⁸⁵ Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, 397; Güher Ulu, İdari İşlemin Sebep Unsuru ve Yargısal Denetimi (Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021), 124

nında gerektiğinde sebebe en yakın ihtimaller dahilindeki işlemlerin niçin yapılmadığı hususunda da bilgi verilmesidir⁸⁶. Gerekçe sebebin kendisi değil, işlemin sebebinin işlemin ilgisine mantıksal bütünlükte ve çıkarsamada anlatıldığı, işlem metninde yazılı olarak yer alması gereken öz bir ifadedir. Bu nedenle, idari işlemin şekil unsuruna ilişkindir. İdare Hukukunda işlemler, kendilerinden önce gelen (tekaddüm eden) bir sebebe dayalı olmalıdır. Bu sebep nesnel hukuk tarafından ortaya konan hukukî bir sebep veya nesnel hukuka uygun maddi bir olgu olmalıdır⁸⁷. İdare Hukuku dalının içinde yer alan tüm hukuksal varlıkların, işlemlerin, eylemlerin ve davranışların hukuka uygun bir sebebe dayalı olma zorunluluğu İdare Hukukunun kozalist niteliğindedir. İdare Hukukunda idarenin her davranışının (işleminin ve eyleminin) sebebi, hukuk ilke ve kurallarıyla önceden belirlenmiş olduğundan, söz konusu sebep ortaya çıktığında idare önceden yasal düzenlemelerle öngörülmüş olan hukukî sonucu yine yasalarca belirlenmiş olan biçimde gerçekleştirmek zorundadır. Bu nedenle idare sebepsiz hareket edemez ve harekete geçmesinin sebebi hukuka aykırı olamaz⁸⁸. İdari işlemin sebebi, mevzuatta açıkça gösterilebilir, mevzuatta “millî güvenlik”, “genel sağlık”, “genel ahlâk” gibi belirsiz kavramlarla gösterilebilir ya da mevzuatta gösterilmemiş olabilir⁸⁹. Özellikle sebebi belirsiz kavramlara ifade edilen idari işlemlerin gerekçesinin sunulması işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde etkilidir.

İdari işlemde doğması beklenen sonuç, o idari işlemin konu unsurunu oluşturur⁹⁰. Sebep unsurunda olduğu gibi konu unsurunda da idare, mevzuatça belirlenen hukukî sonucun dışında başka bir hukukî sonuca yönelemez. Ancak idari işlemin konu unsurunun belirlenmesinde, özellikle de kolluk işlemlerinde, idareye takdir yetkisi tanınabilir. Takdir yetkisinin kullanımı, kamu hizmetlerinin gereklerine, ölçülülük ilkesine ve Anayasaya aykırı olmaz. Dolayısıyla, idari işlemin konu unsurunda idare takdir yetkisini, ancak Anayasa, hukuk kuralları ve genel hukuk ilkeleri çerçevesinde kullanılabilir. Takdir yetkisinin bu çerçevenin dışına taşacak şekilde kullanılması hukuka aykırılık yaratır⁹¹. İdari faaliyetlerin amacını, toplumdaki bireysel ve kolektif menfaatler dengesini kuran kamu yararı oluşturur⁹². İdari işlemin maksat/amaç unsuru da nihaî sonucuyla kamu yararını gerçekleştirmeyi hedefler⁹³. İdari işlemde maksat unsuruyla somut olayda kamu yararına uygun şekilde davranılıp davranılmadığı araştırılır. Nefret, kin, sevgi gibi kişisel

⁸⁶ Erkal, “Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü”, 132

⁸⁷ İl Han Özay, *Günüşğında Yönetim* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 455; Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt I* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 282

⁸⁸ Özay, *Günüşğında Yönetim*, 373

⁸⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 399; Gözler, Kaplan, *İdare Hukuku Ders Notları*, 318

⁹⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt I*, 311; Muhammed Göçgün, *İdari İşlemin Konu Unsuru* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017), 23

⁹¹ Yıldırım, Editör, *İdare Hukuku*, 387; Günday, *İdare Hukuku*, 315

⁹² Yıldırım, Editör, *İdare Hukuku*, 392

⁹³ Gözler, Kaplan, *İdare Hukuku Ders Notları*, 336

duygularla, üçüncü bir kişinin menfaatini korumak amacıyla, siyasal amaç güdülererek veya ekonomik menfaat elde etmek için yapılan idari işlemler maksat/amaç unsuru bakımından sakattır ve hukuka aykırıdır⁹⁴.

B. GEREKÇE VE GEREKÇENİN YAZILIŞI

Gerekçe, idari işlemin içeriği ile İdarenin dış dünyaya yansıyan irade beyanı arasındaki illiyet bağı⁹⁵ olan idari işlemin sebebinin, bu illiyet bağının mantıksal ve hukuki bağlamda nasıl bir değerlendirme sonucu kurulduğunun yazılı olarak işlem metninde ifade edilerek ortaya konmasıdır⁹⁶. Bu nedenle idari işlemin sebebinin, idari işlem yapılırken dayanılan kanun maddelerinin işlem metninde yazılı olarak gösterilmesi idari işlemin gerekçe sunularak yapıldığı anlamına gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle, idari makam gerekçeyi, idari işlemi yapmasındaki sebeplerin niçin, nasıl ve hangi şartlarda o işlemi yapmasına yol açtığını ve neden başka içerikte bir işlem yapmadığını⁹⁷ mantıksal⁹⁸ olarak açıklamak için bir enstrüman (instrumentum)⁹⁹ olarak kullanır.

İdare Hukukunun kozalist yapısı her idari işlemin hukuka uygun bir sebebe dayanmasını zorunlu kılar. İdare mutlak bir sebebe dayanmak zorunda olup sebepsiz, keyfi hareket edemez. Gerekçe, idari işlemin sebep unsuruyla karıştırılır. İdari işlemin sebebi, İdareyi o işlemi yapmaya sevk eden etkenlerdir. Gerekçe, bu etkenlerin mantıksal çıkarımının işlem metninde veya asıl işlem metninin ek metninde açıklanmasıdır¹⁰⁰. Diğer bir ifadeyle, “*Gerekçe “gerekli sebepler” değil, “gerekli sebepler” in açıklandığı bir metindir, belgedir*”¹⁰¹. Bu nedenle, gerekçe idari işlemin şekil unsurunda yer alır.

İdarinin gerekçe sunması halinde, önce gerekçede gösterilen verilerin doğruluğu araştırılacaktır. Gerekçede belirtilen sebep unsuruna ait verilerin hukuka uygun olması gerekir. Örneğin, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun 18. ve 19. maddelerine göre, toplantıları erteleme ve yasaklama işlemlerinde idare gerekçe sunmak zorundadır. İlgili Kanun maddeleri idari işlemin sebebinin mevzuatta belirsiz kavramlarla (milli güvenlik, genel sağlık vb.) gösterilmesi haline örnektir. Ancak toplantı Meteoroloji Genel Müdürlüğü’nün toplantı tarihinde sağanak yağış ve fırtına uyarısını

⁹⁴ Yıldırım, Editör, İdare Hukuku, 393

⁹⁵ Bahtiyar Akyılmaz, “İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 18

⁹⁶ Karahanoğulları, İdarenin Yasallıkla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 456

⁹⁷ Akyılmaz, “İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü”, 18

⁹⁸ Karahanoğulları, İdarenin Yasallıkla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 456

⁹⁹ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I (Bursa: Ekin Yayınevi, 2020), 952

¹⁰⁰ Karahanoğulları, İdarenin Yasallıkla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 456; Gözler, İdare Hukuku Cilt I, 952

¹⁰¹ Gözler, İdare Hukuku Cilt I, 952

içeren hava tahmini raporu gerekçe gösterilerek ertelenirse, bu rapor gerekçede gösterilen veri olduğundan önce bu raporun doğruluğu araştırılarak hukuka uygun olması beklenecektir.

Gerekçe, işlem metninde veya asıl karar metninin bir parçası olan ek bir metinde, belirttiğimiz tanımına uygun olarak, kısa ve net bir özet halinde, ağıdalı ifadelerden kaçınılarak açık, anlaşılabilir bir dille, işlemin ilgisini tatmin ve ikna edecek şekilde yazılmalıdır¹⁰². Yapılan idari işlemde belirleyici olan maddi olay ve vakıaların ifade edildiği maddi gerekçeler kısa ve açık bir şekilde ifade edilmeli, idari işlemin oluşumuna yönelik olarak idari makam tarafından yapılan araştırma ve soruşturmanın tüm safhalarını içermeli ve kronolojiye dikkat edilmelidir¹⁰³. Takdir yetkisi kullanılarak yapılan idari işlemlerde gerekçe yazılırken, öncelikle idari işlemde takdir yetkisi kullanıldığı açıkça belirtilmelidir ve işlemin bağlı yetki kullanılarak yapıldığı izlemine oluşturacak ifadelerden kaçınılmalıdır. Gerekçede idari makam takdir yetkisinin kendine tanıdığı hareket alanı içinde karar vermek konusunda sahip olduğu seçenekleri ortaya koymalı ve seçimini, ilgilinin aleyhinde ve lehinde olabilecek bu seçenekler arasından doğru ve adil olacak şekilde yaptığını göstermelidir¹⁰⁴. İşlemin gerekçeli olması, hem muhataba hukuki güvenlik ve tatmin sağlaması hem de hukuk devletinin elindeki yetkilerin kullanımında otokontrolünü sağlaması adına önemli bir araçtır. İdari Yargılama Usulü Kanunumuzda idari işlemin unsurları arasında sayılmamış olsa da bazı hallerde işlemde gerekçenin sunulmaması, işlemin hukuka aykırı olacak derecede sakatlayabilmektedir. Örneğin disiplin soruşturmalarında verileri toplayan soruşturmacının ceza önerisinden daha ağır bir ceza vermek isteyen makam, bu kararın gerekçesini sunmazsa yapılan işlem hukuka aykırı olacaktır¹⁰⁵. İşlemin gerekçeli olması; savunma hakkı, dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkıyla yakından ilgili olması, takdir yetkisi kullanılarak yapılan işlemlerde takdir yetkisinin denetimini rasyonelleştirmesi ve hukuk devletinin ayrılmaz bir bileşeni olması sebebiyle önemlidir ve idari işlemdeki varlık sebebinin temelde Anayasa'nın 2. maddesinden alır.

II. TÜRK İDARE HUKUKUNDA İDARİ İŞLEMDE GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Türk İdare Hukuku mevzuatında idari işlemler için gerekçe yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Bazı özel kanunlarda idari işlemlerin gerekçeli olması konusunda İdare yükümlülük altında olsa da genel bir idari usul kanunumuzun olmaması, mevzuatımızda idari işlemler için genel bir gerekçe yükümlülüğünün bulunmamasında etkilidir¹⁰⁶. Bir usul kanunun düzenlenmiş olması genel

¹⁰² Akyılmaz, "İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü", 27-29

¹⁰³ Akyılmaz, "İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü", 29

¹⁰⁴ Akyılmaz, "İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü", 31

¹⁰⁵ Karahanoğulları, İdarenin Yasallıkla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 459

¹⁰⁶ Erkal, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", 127

bir gerekçe yükümlülüğünün getirildiği anlamına gelmemektedir. İdari usul kanununa sahip ülkelere bakıldığında, genel bir gerekçe yükümlülüğünün getirilmediği, bazılarında gerekçelendirilmesi gereken işlemlerin, bazılarında gerekçelendirilmesi gerekmeyen işlemlerin sayılmak suretiyle söz konusu kanunların düzenlendiği görülmektedir¹⁰⁷. Örneğin Fransa'da 11 Temmuz 1979 tarih ve 79-587 sayılı İdari İşlemlerin Gerekçesi ve İdare ile Halk Arasındaki İlişkilerin İyileştirilmesi Hakkındaki Kanun muhatabı açısından olumsuz sonuç doğuran bireysel kararlar için gerekçe yükümlülüğü getirmiştir¹⁰⁸. Alman İdari Usul Kanunu, idari işlemlerde gerekçe yükümlülüğünü düzenlemiş, gerekçe yükümlülüğü dışında kalan istisna halleri sayma yoluyla belirtmiştir¹⁰⁹.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 77/31 sayılı "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar" 28 Eylül 1977 tarihinde kabul edilmiştir. İlgili kararın "gerekçelerin açıklanması" başlıklı IV. ilkesinde: "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" düzenlemesiyle hangi idari işlemlerde gerekçe arandığı belirtilmiştir¹¹⁰. Bu kararın ekinde yapılan açıklamada, kararda yer alan ana ilkeler içinde yer alan gerekçe ilkesinin sadece bir şekil şartı olarak düşünülmediği, ilgilisi için kullanılacak bir hak olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır¹¹¹.

Danıştay, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin ilgili kararını dayanak göstererek idari işlemin gerekçeli olmasını bir idare hukuku ilkesi olarak kabul etmiştir. İlgili karar¹¹² haftalık dava sahibi ve mesul müdürüne sarı basın kartı verilmemesinin iptaliyle ilgilidir. Basın Kartları Yönetmeliği'nin ilk düzenlemesinde gerekçe yükümlülüğü mevcut değilken daha sonra 29.06.1993 gün 21622 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Basın Kartları Yönetmeliğinin 44. ve 46. Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik" in 2. maddesi söz konusu 46. madde yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenleme, Basın Kartları Komisyonu kararlarının gerekçeli alınması ve tutanakla tespit edilmesi zorunluluğu getirmiştir. İlgili kararda: "İşlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan Yönetmeliğin 46.maddesi; Basın Kartı Komisyonun kararlarının gerekçeli olması yolunda bir düzenleme içermemektedir. Dava dosyasının incelenmesinden davacının San Basın Kartı istemini inceleyen Basın

¹⁰⁷ Yıldırım, Editör, İdare Hukuku, 541

¹⁰⁸ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, 957

¹⁰⁹ Erkal, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", 137

¹¹⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 77/31 sayılı "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar", Erişim Tarihi, Ağustos 20, 2022, <https://rm.coe.int/cmres-77-31-idarenin-islemleri-kars-s-nda-bireyin-korunmas-hakk-nda-ka/1680a43b33>

¹¹¹ Erkal, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", 126

¹¹² D10D, 10.11.1994, E. 1993/1403, K. 1994/5633

Kartı Komisyonunun 13.8.1992 tarihli toplantısında bu istemi gerekçesiz olarak reddettiği anlaşılmaktadır. İdarenin işlemleri karşısında Bireyin Korunması Hakkındaki Avrupa Bakanlar Komitesinin 77 sayılı kararında, ilgilinin hak ve özgürlüklerine veya çıkarlarına değinen bir idari işlem söz konusu olursa, olabilecek itiraza olanak vermek için gerekçeli olması öngörülmüştür. İdari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi; işlemi yapan idareyi yönetsel işlemin dayandığı maddi ve hukuksal nedenleri açıklamaya, uyguladığı yasayı kavramaya, doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşleminde, gösterilen gerekçe işlemin yasaya uygunluğunu değerlendirme, itiraz edip etmeme ve yargı yoluna gidip gitmeme konusunda işlemin ilgisine yardımcı olur. 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" denilmektedir¹¹³ ¹¹⁴. Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ilgili şekil kuralını, işlemin varoluş şartına ilişkin olmayan, dolayısıyla sonucu etkilemeyen bir husus olarak görmüş ve işlemin esasının incelenmesini engellemeyeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur¹¹⁵.

Hukumumuzda, gösterilen gerekçenin hukuken kabul edilebilir olmaması idari işlemin iptal sebebidir. Danıştay, takdir yetkisi kullanılan idari işlemlerde, kişilerin haklarını sınırlayan ve yükümlendirici işlemlerde gerekçe gösterilmemesini hukuka aykırılık sebebi saymaktadır. Yine Danıştay, idarenin gerekçe olarak belirsiz kavramları, soyut iddia ve şüpheleri, istihbarı bilgileri, dayanağı açık ve kesin bilgiler olmadan vardığı kanaati sunmasını idarenin hiç gerekçe göstermediği anlamında yorumlamaktadır¹¹⁶. Ancak Danıştay kararlarındaki genel eğilim, mevzuatta gerekçe zorunlu kılınsa bile, işlemin gerekçesiz yazılmasını asli bir şekil sakatlığı olarak değerlendirmeme yönündedir. Danıştay, gerekçe ve idari işlemin sebep unsuru arasındaki ilişkide sebep unsurunun yeterli ve sağlam temelli olduğuna karar verirse gerekçe yokluğunu hukuka aykırılık olarak değerlendirmemektedir¹¹⁷.

¹¹³ D10D, 10.11.1994, E. 1993/1403, K. 1994/5633; Lexpera, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erişim Tarihi:25.08.2022, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/10-daire-e-1993-1403-k-1994-5633-t-10-11-1994>

¹¹⁴ Doktrinde, Danıştay'ın bu kararında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 77/31 sayılı "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar"ını kendi kararına dayanak gösterdiği şeklinde yorumlanamayacağı, Bakanlar Komitesi'nin bu kararının obiter dictum olarak ifade edildiği ve obiter dictum'ların içtihat oluşturacak bağlayıcılığı olmadığı görüşü de mevcuttur: Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, 955

¹¹⁵ DİDDGK, 17.10.1997, E. 1995/769, K.1997/525; Lexpera, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erişim Tarihi:25.08.2022, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/idari-dava-daireleri-kurulu-e-1995-769-k-1997-525-t-17-10-1997>

¹¹⁶ Akyılmaz, "İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü",31-32

¹¹⁷ Karahanoğulları, İdarenin Yasallıkla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 461

Türk hukukunda kural olarak, bir şekil şartı öngörülme-yen idari işlemlerde gerekçe gösterimi, işlemin muhatabına yönelik bir husustur. Diğer bir ifadeyle, idare işlemin gerekçesini ilgiliye bildirmek zorunda değildir. Ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun "*Dosyaların incelenmesi*" başlıklı 20. maddesi uyarınca idare, tesis etmiş olduğu idari işlemin gerekçesini yargı organına göndermekle yükümlüdür. Re'sen araştırma ilkesi gereğince de idari yargı hâkimi idari işlemin gerekçesini idareden talep edebilmektedir¹¹⁸. Mevzuatın sebep göstermediği durumlarda tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda idari mahkemeler İYUK'un 20.maddesi çerçevesinde, idareden idari işlemin gerekçesini bildirmesini, bu sebebin somut bilgi ve belgelere dayanmasını ve işlemi tesis edecek güçte olmasını istemektedirler. Her ne gerekçe ile olursa olsun verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre mahkemeler bir karar vermemektedirler (İYUK 20/3)¹¹⁹ ¹²⁰. Kıta Avrupası ülkelerinden (Almanya, İspanya, İtalya) farklı olarak idari usul kanunu mevcut olmayan ülkemizde idari işlemlerde gerekçe yükümlülüğü bahsettiğimiz şekilde idari yargı yerlerince uygulanmaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*üst makama başvurma*" başlıklı 11. maddesine göre idareye yapılan başvurularda idarenin belirlenen süre içinde susması, cevap vermemesi halinde başvuru (özel kanunda aksi düzenleme yoksa) zımnen reddedilmiş sayılır. Esasında idarenin sustuğu hallerde başvuruna dava açma hakkı sağlanması için düzenlenmiş olan bu müessese, Hukukumuzda bir idari işlem olarak algılanmaktadır. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makama İYUK madde 11 kapsamında ilgililerin başvuru yapmasıyla mümkündür. Özellikle bu madde kapsamında, idarenin susarak ilgiliyi dava açmaya yönlendirmek yerine, gerekçeli olarak başvuruları cevaplaması, işlemin ilgisine hukuki güvenlik ve tatmin sağlamak, hak arama hürriyeti kapsamında yargı mercilerine başvuru hususunun ilgili tarafından açık veriler ışığında tayin edilmesine yardımcı olmak açısından önemlidir. Böylece yargı mercileri gereksiz iş yükünden de arındırılacaktır. Bu nedenle İYUK md.11 kapsamındaki başvurularda idarenin cevap vermesi ve bu cevapların gerekçe yükümlülüğüne tabi olması önem arz etmektedir.

¹¹⁸ Erkal, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü",130

¹¹⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Türk İdare Hukuku, 526

¹²⁰ Doktrinde İYUK'un 20. maddesinin gerekçeyle ilgili olmadığı, işlemin sebebiyle ilgi olduğu yönünde görüş de mevcuttur. Buna göre, asıl karar metninde veya onun eki olan metinde yer alması gereken gerekçe mahkemeye sunulmamışsa maddi alemde idarenin mahkemeye sunabileceği bir instrumentum yoktur. Ancak kanunda öngörülüyorsa gerekçesiz işlemin şekil sakatlığı sebebiyle iptal edilmesi gerekir. Mahkeme, İdareden ancak kendisini işlemi yapmaya yönelten etkenleri mahkemeye açıklamasını isteyebilir: Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, 956

A. KANUNİ DÜZENLEMELERDE GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Türk İdare Hukuku mevzuatında idari işlemler için gerekçe yükümlülüğü düzenlenmemiş olsa da pek çok özel kanunda İdare gerekçe yükümlülüğüne tabi kılınmıştır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 29. maddesinde, komisyonların gerekçesini belirtmek suretiyle ihaleyi yapıp yapmamakta serbest olduğu, 30. maddesinde ihale komisyonlarınca alınan kararlarda ihalenin hangi tarihte ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığının kararda belirtilmesi, 41. Maddesinin (c) fıkrasında ihalenin yapılmadığı hal-lerde, ihalenin yapılmamasıyla ilgili hususlardan birine karar verilerek, karar verilen bu hususun gerekçeli bir karar veya karar özeti halinde yazılması şeklindeki düzenlemelerle gerekçe yükümlülüğüne yer verilmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir, 39. maddesinde ihalenin iptal edilmesi halinde, talep eden istekliye, İdare ihalenin iptal edilme gerekçelerini bildirir, 40. maddesinin beşinci fıkrasında ihale yetkilisi ihaleyi gerekçesini belirtmek suretiyle iptal edebilir. Her iki kanun içinde gerekçe yükümlülüğü içeren madde örneklerini çoğaltmak mümkündür.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 7, 8, 20, 71, 74, 142, 153, 157 ve 168. maddelerinde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16, 47, 48, 52, 54. maddelerinde belirtilen işlemler için gerekçe yükümlülüğü düzenlenmiştir. Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin¹²¹ 10, 11, 25, 68, 69. maddelerinde, Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi Yönetmeliği'nin¹²² 8,5 ve 7. Maddelerinde gerekçe yükümlülüğü düzenlenmiştir. Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin¹²³ 12. maddesinin 3. fıkrası, başvuru sonucunun olumsuz olması durumunda ilgiliye gerekçesinin, varsa itiraz merciinin ve süresinin gösterilmesini düzenlemiştir. Gerekçe yükümlülüğünün içeren kanuni düzenleme örneklerini çoğaltmak mümkündür.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda da gerekçe yükümlülüğü düzenlenmiştir ancak söz konusu kanun bilgi talep edilemeyen istisna hallerin kapsamını çok geniş tutmuştur. Kanuni düzenlemeler arasında, ilgilinin başvurusu üzerine yaptığı işlemlerde "yasal bir zorunluluk"¹²⁴ olarak gerekçe yükümlülüğü getiren kanunun 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun olduğunu söyleyebiliriz. Söz konusu Kanunu'nun 7. maddesine göre: *"Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları*

¹²¹ Resmî Gazete Tarihi: 19.06.2002 Resmî Gazete Sayısı: 24790

¹²² Resmî Gazete Tarihi: 04.06.2022 Resmî Gazete Sayısı: 31856

¹²³ Resmî Gazete Tarihi: 31.07.2009 Resmî Gazete Sayısı: 27305

¹²⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Türk İdare Hukuku, 526

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” düzenlemesi İdareye en kapsamlı gerekçe yükümlülüğü getiren düzenlemedir¹²⁵.

B. DANIŞTAY KARARLARINDA GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Danıştayın, idarenin gerekçe olarak belirsiz kavramları, soyut iddia ve şüpheleri, istihbarı bilgileri, dayanağı açık ve kesin bilgiler olmadan vardığı kanaati sunmasını idarenin hiç gerekçe göstermediği anlamında yorumladığını belirtmiştik. Danıştay bir kararında, vergi tekniği raporunda yer alan tespitlerin mükellefin düzenlediği faturaların sahte olduğunu ortaya koymaya yeterli olmadığı, varsayıma ve kanaate dayalı gerekçelerle kayıtlara intikal ettirilen faturaların sahte olduğu kabul edilerek bu fatura tutarlarının indirimlerden çıkarılması suretiyle davacı adına yapılan dava konusu cezalı tarhiyatlarda ve kesilen özel usulsüzlük cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna vararak temyiz talebini reddetmiştir¹²⁶. Danıştay, öğrencilerini dövdüğü iddiasıyla bir yıl kademe ilerlemesi cezası alan öğretmen hakkında açılan soruşturma sonucu elde edilen delillerin soyut ve şüpheli olması, dövme eyleminin ne zaman ve nerde gerçekleştiği gibi somut bilgi ve belgelere dayanmadığı gerekçesiyle verilen cezayı hukuka aykırı bularak davacının temyiz isteminin kabulüyle ilgili mahkeme kararını bozmuştur¹²⁷. Danıştay, ilgili kanuni düzenlemede gerekçe yükümlülüğü olsa da adı geçen kanunda gerekçe yükümlülüğünden istisna tutulan hallerde, idari işlemde gerekçe bulunmasının zorunlu olduğu iddiasıyla yapılan temyiz talebini reddetmiştir. Davacı, Millî Savunma Bakanlığı'nın, "Suriye Sınır Mayın Temizliği" ihalesine katılmak için davet edilecek firmalar arasında davacı şirketin yer almamasına istinaden idari işlemde gerekçe bulunmasının zorunlu olduğu iddiasıyla temyiz talebinde bulunmuştur¹²⁸. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin b fıkrası savunma, güvenlik ve istihbaratla ilişkili olan mal ve hizmet alımlarında ceza ve ihaleden yasaklama hariç söz konusu kanuna tabi tutmamıştır.

Danıştay, 31.12.2011 tarihi itibarıyla sözleşmesinin yenilenmeyeceğine ilişkin işlemin iptali ile işlem nedeniyle yoksun kalınan parasal hakların yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada davalı

¹²⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Türk İdare Hukuku, 526

¹²⁶ 18. 05. 2021, E. 2017/1893, K. 2021/2653, Erişim tarihi: 25.08. 2022, <https://karararama.danistay.gov.tr>

¹²⁷ 02.02.2016, E. 2012/9082, K. 2016/408, Erişim tarihi: 26.08. 2022, Lexpera,Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/e-2012-9082-k-2016-408-t-2-2-2016>

¹²⁸ 21.03.2019, E. 2013/1835, K. 2019/891, Erişim tarihi: 26.08. 2022, Lexpera,Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/13-d-e-2013-1835-k-2019-891-t-21-3-2019>

idare emrinde göreve başladığı tarihten itibaren hiçbir zaman teknisyen kadrosunda görev yapmayan davacının, görev yaptığı trafik zabıtası çalışmalarında başarısız olduğu, çalışmalarından verim alınamadığı yolunda somut bilgi ve belge ortaya konulmaksızın, bilgisayar bölümü mezunu teknisyene ihtiyacın bulunmadığı, bir sosyal paylaşım sitesinde idare aleyhine yapılan olumsuz yorumlara katıldığı ve yetkinlik bazlı performans değerlendirme formununun 45 puanla yetersiz düzenlenmesi gibi, sözleşmenin yenilenmemesine gerekçe oluşturması yönünden yetersiz, dayanaksız bulunan hususlar dikkate alınarak sözleşmenin yenilenmemesi yoluna gidilmesinde hukuka ve hakkaniyete aykırı bulan ilk derece mahkemesi kararını onamıştır¹²⁹. Danıştay diğer bir kararında¹³⁰, 1991 yılında doçentlik unvanı alan davacının, jürinin bilimsel olarak yeterli bulmasa da uzun yıllar yardımcı doçentlik kadrosundaki görevini başarıyla yürüten ve açılan doçentlik kadrosuna başvuran tek aday olan davacının kadroya atanması için uygun görüş kullanmıştır. Ancak davacı üniversite yönetim kurulunun kadroya atanmasının uygun olmadığı yönündeki gerekçesiz görüşü ve rektörün onayıyla doçentlik kadrosuna atanmamıştır. Danıştay kabul edilebilir bir gerekçeye dayanmayan bu görüşü hukuka aykırı bularak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Danıştay, alt ve üst sınırdaki kanunda belirtilen bir para cezasını uygularken, idarenin takdir yetkisini neye göre kullanarak ceza uyguladığını belirtmesini istemektedir. Bu yönde pek çok kararı mevcuttur. Yükümlendirici veya hak ihlali yaratan ya da hakkı sınırlayan işlemlerde gerekçe gösterilmemesini asli bir şekil sakatlığı saymasa da işlemi oluşturan verilerin yeterince ve doğru değerlendirilmediğinin bir kanıtı saymaktadır¹³¹. Mevzuatta gerekçe yükümlülüğü içeren kanuni düzenlemelerde bu yükümlülüğün istisnaları varsa gerekçe hakkında bu istisnalara uygun olarak karar vermektedir. Mevzuatta gerekçe yükümlülüğünün açıkça düzenlendiği hallerde bile gerekçe eksikliğini, (sarı basın kartının reddinin mevzuatta gerekçeli olması gerektiği halde işlemin gerekçesiz yapılmasını asli şekil sakatlığı saymamasında olduğu gibi DİDDGK, 17.10.1997, E. 1995/769, K.1997/525), hukuka aykırı bulmayabilmektedir.

¹²⁹ 30.01.2014, E. 2013/6833, K. 2014/254, Erişim tarihi: 26.08. 2022, Lexpera, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/12-d-e-2013-6833-k-2014-254-t-30-1-2014>

¹³⁰ 18.1.1996, E. 1994/5583, K. 1996/101, Erişim tarihi: 26.08. 2022, Lexpera, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/8-daire-e-1994-5583-k-1996-101-t-18-1-1996>

¹³¹ Karahanoğulları, İdarenin Yasallıkla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 461

SONUÇ

İdari işlemde gerekçe yükümlülüğü ile ulaşmak istediğimiz amaç, işlem idare tarafından yapıldığı ilk anda gerekçenin işlem metninde -belirttiğimiz niteliğe uygun olarak- yer almasıyla, işlemin ilgisine hukuki güvenlik ve tatmin sağlanmak, hak arama hürriyeti kapsamında yargı mercilerine başvuru yapıp yapılmayacağı hususunun tahlilinin açık veriler ışığında belirlenerek karara varılmasına yardımcı olmak, böylece yargı mercilerinin gereksiz iş yükünden arındırılmasını sağlamak ve en önemlisi idarenin keyfilikliğini önlemektir. Özellikle hak ihlali yaratan, hakkın kullanımı kısıtlayan, başvurunun reddiyle sonuçlanan işlemlerle, İdari Yargılama Usulü Kanunumuzun 11. maddesi kapsamındaki işlemler için gerekçe yükümlülüğü getirilmesi veya mevzuattaki düzenlemelere işlerlik kazandırılması hukuk devletinin bireylere sağlamayı vadettiği hakların ve güvencelerin hayata geçirilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Kanunda açıkça düzenlenen hallerde gerekçe yükümlülüğü mevcuttur. Pozitif düzenlemelerde böyle bir yükümlülük yer almamış olsa dahi, içtihadî bir hukuk dalı olan idare hukukunda, bir idare hukuku ilkesi olarak kabul edilmesi sebebiyle gerekçe yükümlülüğünün mevcut olması gerekir. Doktrinde içtihatların normlar hiyerarşisindeki tartışmalı yeri, idarenin farklı uygulamalarına ya da yargı mercilerinde çelişkili kararlar verilmesine yol açabilmektedir. Bu nedenle daha önce taslak haline getirilmiş olan İdari Usul Kanununun kabul edilerek yürürlüğe girmesi, idarenin ve yargı mercilerinin farklı uygulamaların son verecek olması bakımından önemlidir. Ayrıca İdari Usul Kanununun kabul edilerek yürürlüğe girmesi, Avrupa Birliği hukuku ile uyum sürecimiz ve demokratik hukuk devletimizin güçlenmesi ve gelişmesi adına çok önemli bir yapı taşı olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku. Ankara: Savaş Kitabevi, 2019
- Duran, Lütfi. İdare Hukuku Ders Notları. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982
- Erkut, Celal. İdari İşlemin Kimliği. Ankara: Danıştay Matbaası, 1990
- Göçgün, Muhammed. İdari İşlemin Konu Unsuru. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017
- Gözler, Kemal. İdare Hukuku Cilt I. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019
- Gözler, Kemal; Kaplan, Gürsel. İdare Hukuku Ders Notları. Bursa: Ekin Yayınları, 2019
- Gözübüyük, Şeref. Yönetmelik Yargısı. Ankara: 145 Turhan Kitabevi, 2020
- Günday, Metin. İdare Hukuku. Ankara: İmaj Yayınevi, 2017
- Karahanogulları, Onur. İdarenin Yasallıkla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme). Ankara: Turhan Kitabevi, 2015
- Onar, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966
- Özay, İl Han. Günışığında Yönetim. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017
- Ulu, Güher. İdari İşlemin Sebep Unsuru ve Yargısal Denetimi. Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021
- Ulusoy, Ali D. Yeni Türk İdare Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019
- Yıldırım, Turan. Editör. İdare Hukuku. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018
- Yılmaz, Dilşat. İdari İşlemin İcrailik Özelliği. Ankara: Astana Yayınları, 2014

Makaleler

- Akyılmaz, Bahtiyar. "İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü". Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005:15-35
- Erkal, Atilla. "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17, S.1 (2009): 120-150

İnternet Kaynakları

- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 77/31 sayılı "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar", Erişim Tarihi, Ağustos 20, 2022, <https://rm.coe.int/cmres-77-31-idarenin-islemleri-kars-s-nda-bireyin-korunmas-hakk-nda-ka/1680a43b33>,

- Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lexpera, Erişim tarihi: 26.08.2022,
<https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/e-2012-9082-k-2016-408-t-2-2-2016>
- Danıştay, Erişim tarihi: 25.08.2022, <https://karararama.danistay.gov.tr>
- Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lexpera, Erişim tarihi: 26.08.2022,
<https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/13-d-e-2013-1835-k-2019-891-t-21-3-2019>
- Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lexpera, Erişim tarihi: 26.08.2022,
<https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/12-d-e-2013-6833-k-2014-254-t-30-1-2014>
- Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lexpera,, Erişim tarihi: 26.08.2022,
- <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/8-daire-e-1994-5583-k-1996-101-t-18-1-1996>

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA (CEZA MUHAKEMESİ BAĞLAMINDA) GEREKÇELİ KARAR ALMA HAKKI

*Tolga ŞİRİN**

GİRİŞ

Gerekçeli karar alma bugün bir insan hakkı sayılıyor ve bu doğal karşılanıyor. Oysa insanlığın, “hikmetinden sual olunmaz” kutsal mahkemelerin gerekçe sunmasının dahi yasak olduğu Orta Çağ karanlığı günlerinden, gerekçeli karar almanın bir hakka dönüştüğü günlere geçişi daha birkaç yüzyıl öncedir. Bu geçişte Aydınlanma’nın ve ona koşut olarak rasyonalizmin rolü büyüktür. Aydınlanma düşünürleri, sosyal bilimlerde hele ki hukuk biliminde bir iddianın doğru veya yanlış olduğunun bilimsel ve nesnel deneylerle belirlenemeyeceğini ortaya koymuş ve kararın keyfi olmadığını ancak ve ancak mantık teoremleriyle açıklanabileceğini ileri sürmüşlerdir.

Bu bakımdan, her sonucun zorunlu bir nedeni olduğu düşüncesi, yani mantık, bu hakkın özünde yer alır. Bu öz, kavramın etimolojisinde de izlenir. Şöyle ki gerekçe veya eski dildeki ifadesiyle esbabı mucibe, Türkçe Sözlük’te, bir hukuk terimi olarak “bir yasanın önerilmesi ve hazırlanmasında, yasa tasarısının hazırlanış ve maddelerin düzenleniş sebepleri” ve “mahkeme kararlarının dayandığı kanuni ve hukuki sebepler” biçimde; bir mantık terimi olarak ise “bir önermenin kendiliğinden var kıldığı gereklik, lazıme” diye tanımlanır.¹ Etimolojik olarak esbabı mucibe sözcüğündeki *esbab*, sebep sözcüğünün Arapçadaki çoğul (*asbāb*) hâlidir. *Mucib* ise icap yani gerektirme, zorlama sözcüğünden türemiştir. Bu bakımdan esbabı mucibe sözcüğünün günümüz Türkçesindeki birebir karşılığı “zorlayıcı nedenler” olmaktadır. Yani esbabı mucibe, belli bizi belli bir sonuca ulaştıran yolları ortaya koyar. Bu Arapça semantik, hâkimlere gerekçe yazmaktaki “zorunluluğu” hatırlatır.

Kavramın Türkçe etimolojisi ise çok daha renklidir. 1930’lu yıllara kadar hukukta ve mantıkta kullanılan esbabı mucibe kavramı, Türk Dil Devrimi sırasında yerini “gerekçe” kavramına bırakmıştır.² Devrim sırasında bu sözcüğe

* Doç. Dr. Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Marmara Üniversitesi Hukuku Fakültesi, tolga.sirin@marmara.edu.tr

¹ TDK, Büyük Türkçe Sözlük, (Ankara: Türk Dil Kurumu Yay. 2011)

² Sevan Nişanyan, Sözlerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimoloji Sözlüğü, (İstanbul: Everest, 2009), s. 207.

dönük katkının bizzat Mustafa Kemal Atatürk tarafından gerçekleştirildiği söylenir.³ Kavramın Atatürk tarafından türetildiğinden tamamen emin olmasak bile onun bu kavramı ilk kez yazılı olarak kullananlardan biri olduğunu biliyoruz.

Atatürk'ün III. Türk Dil Kurultayı'ndan hemen sonra 1936-1937 yıllarında kaleme aldığı Geometri kitabında teoremlerin açıklamasında "gerekçe" kavramını kullandığını biliriz.⁴ Sözcük "gerek" ifadesinden türemiştir. Gerek sözcüğünün eski Türkçedeki (örn. Orhun Yazıtlarında) semantiği "kerek"tir.⁵ Kerek, eksik, oyuk veya doldurulması gereken boşluk (kerekmek: lazım, gereken) gibi anlamlar taşır.⁶ Bu "ihtiyaç duyulan" ve "zorunluluk içeren" ifadelerini içeren semantik, bize "gerekçe"nin -Arapçaya koşut şekilde- bir belirlemenin ayrılmaz parçası olduğunu hatırlatmaktadır. Fakat Türkçe dilinin kendine özgü tarihi, buna ek olarak, "bir belirlemede gerekçenin bulunmadığında o belirlemenin bir bakıma kusurlu, delikli bir nitelik taşıdığını" da söyler gibidir. Dolayısıyla Türkçe etimolojiden şöyle bir çıkarım yapmak pekâlâ mümkündür: Hâkimler kararlarındaki oyukların içini doldurmadıkça kararları kusurludur.

Hiçbir hâkim, kusurlu karar vermek istemez.⁷ Peki ama kusursuz bir karar vermek nasıl mümkündür? Bu sorunun mutlak ve tüketici bir yanıtı ne yazık ki bulunmuyor. Hatta bir belirlemeyi özlü biçimde açıklama veya nitelikli biçimde temellendirme işinin her şeyden önce kültürel bir mesele olduğunu akılda tuttuğumuzda bu evleviyetle böyle.

Türkiye'deki okuma oranlarının düşük düzeyi bilinen bir gerçektir. Ama bunun konumuzla ilgili daha önemli yönü, Türkiye'de yazma oranlarının çok daha düşük olmasıdır. Hâkim ve savcılar da bu toplumun parçası oldukları için toplumun bütünündeki olumsuzlukların yargısal uygulamalara yansımaları doğaldır. Böylesi köklü ve yaygın bir sorunu salt içtihatî açıklamalarla kesin biçimde çözmek gerçekçi değildir. Buna karşın konuyla ilgili teknik sorun kaynaklarını görmek, çözüme girişmenin ilk adımı olabilir.

I. Yöntem ve Plan

Bu çalışmada söz konusu sorunun Anayasa Mahkemesi içtihatlarına yansayan yönü ele alınacaktır. Bu yöne ilişkin daha önceden idari yargı bağlamında ele alınan bir çalışma⁸ bulunduğu için, bu çalışmada kamu hukukunun başka bir yüzüne, ceza muhakemesi alanına odaklanılacaktır.

³ Cengiz Dönmez, Tarihi Gerekçeleriyle Harf İnkılabı ve Kazanımları, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2008), s. 412.

⁴ Bkz. Mustafa Kemal Atatürk, Geometri, (Ankara: Türk Dil Kurumu Yay., 2015).

⁵ Nişanyan, s. 207. Eyüboğlu, kökün "kergek" olduğunu söyler. Ona göre kergek, "yaraşan, elverişli olan, yararlanılan, kullanılan" gibi anlamlar taşır. İsmet Zeki Eyüboğlu, Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü, (İstanbul: Say Yay., 2020), s. 278.

⁶ Nişanyan, s. 207.

⁷ Burada İtalya Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (md. 606/1-e) mantıksız veya çelişkili gerekçenin özel bir temyiz nedeni olduğunu kaydedelim.

⁸ Tolga Şirin, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 48, 2021, s. 65-86. İdari yargıda iptal da-

Metot olarak realist bir yaklaşım sergilenecek ve “gerekçeli karar alma” temel hakkının cezai alandaki anlamı, anayasa yargısı alanındaki içtihatların tüketici biçimde derlenmesiyle ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu bakımdan metnin amacı, Anayasa Mahkemesinin 2012-2022 yılları arasında verdiği bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) kararlarında dağınık biçimde yer alan ihlal kararlarını sistemli hâle getirmek ve anayasa yargısının bu alanda “ne” dediğini analitik olarak ortaya koymaktır.

Çalışmaya dayanak olan karar seti, Anayasa Mahkemesinin internet sitesinde yayımlanan “kararlar bilgi bankası” bölümünde “müdahale iddiası” sekmesinde, “gerekçeli karar alma hakkı (ceza)” kavramıyla yapılan filtrelemeye dayanmaktadır.⁹ Buna göre ulaşılan toplam karar sayısı 1 Ocak 2022 itibarıyla 198’dir. Söz konusu 198 kararda “ihlal” temelli otomatik süzme yapılsa bile ulaşılan kararların tamamı, gerekçeli karar alma hakkı bağlamında ihlal kararı niteliğinde değildir. Bu nedenle söz konusu karar setindeki kararlar tek tek okunmuş ve resen filtreleme gerçekleştirilmiş, konu kategorileştirmesi de öznel biçimde yapılmıştır.

II. İlkesel Belirlemeler: Sencer Başat ve Diğerleri Kararı

Anayasa Mahkemesinin “Kararlar Bilgi Bankası”nda, gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaştığı ilk kararlar birer bölüm kararıdır. Birinci Bölüm, *Aziz Turhan* kararında, İkinci Bölüm ise *Vesim Parlak* kararında bir ihlal sonucuna ulaşmıştır.¹⁰ Bunlar, ilk kararlar olmalarına rağmen ilke kararı niteliği taşımazlar. Bu konudaki ilke kararı, Genel Kurul tarafından 18 Haziran 2014 tarihinde yani bireysel başvuru usulünün yürürlüğe girmesinden yaklaşık iki yıl sonra sonuçlanmıştır.¹¹ Farklı başvurular birleştirildiği için 230 başvurusu bulunan ve beş raportörün katkısıyla hazırlanan *Sencer Başat ve diğerleri* kararı, sonraki davalarda referans noktası olarak kullanılmıştır. Kamuoyunda “Balyoz Davası” olarak bilinen davayla ilgili olan bu kararda sadece gerekçeli karar alma hakkı değil, “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkeleri ile “savunma tanıklarının davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanması hakkı” gibi adil yargılanma hakkının diğer unsurları yönünden de ihlal sonucuna ulaşılmıştır.

Bu kararda, gerekçeli karar alma hakkı yönünden ihlalin dayanağı, başvurucuların esaslı bazı savlarının gerekçede yanıtlanmamasıdır. Başvurucular, davanın temelini teşkil eden CD’lerden bazılarında sanık Süha Tanyeri’nin eli ürünümüşt izlenimi uyandıran “Or.K.na” ve “K.Özel” şeklindeki el

vaları bağlamında kuramsal açıklamalar konusunda bkz. Zühal Aysun Sunay, İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı, (Ankara: Seçkin Yay., 2016).

⁹ Bu filtreleme izleyen internet adresinde yapılabilmektedir: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (erişim tarihi: 19/12/2021)

¹⁰ Vesim Parlak, B. No: 2012/1034, 20/3/2014; Aziz Turhan, B. No: 2012/1269, 8/5/2014.

¹¹ Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014.

yazılarının bir insan eli ürünü değil de bir yazı makinesi tarafından yazıldığını gösteren Amerikan *Forensic Laboratory* isimli firmanın bilirkişi raporunu sunmuştur. Keza bir Adli Tıp uzmanının, benzer yöndeki bir mütalaa da dosyaya sunulmuştur.¹²

Söz konusu rapor ve mütalaa, duruşmada tartışılmış olmasına ve söz konusu delilin sahte olduğu iddia edilmesine rağmen, ceza mahkemesinin ve Yargıtay'ın kararlarında bu konuya dair hiçbir açıklama yoktur. Anayasa Mahkemesi, bu esaslı noktanın, hem ilk derece mahkemesi kararında hem de Yargıtay kararında görmezlikten gelinmesini "gerekçeli karar alma hakkı"nın ihlali olarak görmüştür.

Karar, sonradan verilecek çok sayıda ihlal kararıyla benzerlik gösterir. Bu bakımdan özgün sayılmayabilir. Fakat kararda özellikle dikkat çeken şey, (politik ağırlığının yanı sıra) Mahkemenin ilkesel belirlemelerini bu kararda ortaya koymuş olmasıdır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarından mülhem¹³ bu belirlemelerin öncelikli yönü, gerekçeli karar alma hakkının "dördüncü yargı yeri öğretisi"ne zımnen gönderme yapılmasıdır:

"Derece Mahkemeleri, kararların yapısı ve içeriği ile ilgili olarak geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Özellikle taraflarca ileri sürülen kanıtların kabulü ve değerlendirilmesi öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu nedenle, açıkça keyfi olmadıkça, belirli bir kanıt türünün kabul edilebilir olup olmadığına, değerlendirme şekline veya aslında başvuruçunun suçlu olup olmadığına karar vermek, Anayasa Mahkemesinin görevi değildir."¹⁴:

Mahkeme belirlemelerinin devamında da gerekçenin işlevlerini sıralamıştır. Literatürde¹⁵ de sıklıkla (hatta bazı eklerle birlikte) sıkça sayılan bu işlevler şöyle sıralanmıştır:

- Tarafların temyiz haklarını gerektiği gibi kullanabilmelerini,
- Tarafların, muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun bir biçimde incelenip incelenmediğini bilmelerini,

¹² Sencer Başat ve diğerleri, §60.

¹³ Belirlemelerde özellikle Hadjianastassiou kararına atıf yapıldığı görülmektedir. Hadjianastassiou/Yunanistan, ECtHR, B. No: 12945/87, 16/12/1992. Ayrıca bkz. Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda, ECtHR, B. No: 21363/93, 21364/93, 21427/93 ve 22056/93, 23/4/1997; Garcia Ruiz /İspanya, ECtHR, B.No. 30544/96, 21/1/1996.

¹⁴ Sencer Başat ve diğerleri, §§ 33.

¹⁵ Alfabetik olarak bkz. Mustafa Alp, "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", Prof. Dr. Tevfik Birsnel'e Armağan, (İzmir: DEÜHF Yay., 2002), s. 433 vd. Çetin Aşçıoğlu, "Yargıda Gerekçe Sorunu", TBB Dergisi, S. 48, 2003, s. 111-114; Muharrem Kılıç, "Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonalitesi", TADD, S. 47, 2021, s. 5 vd.; Sunay, s. 47-56; Hilmi Şeker, "Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Hakkı Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri", Ankara Barosu Dergisi, 2007/2, s. 188-190. Ayrıca hakkın temel esasları için bkz. Sibel İncoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, (İstanbul: Beta Yay., 2013), s. 322-330.

- Demokratik toplumun kendi adına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerini sağlamak.¹⁶

Son olarak Mahkeme, gerekçeli karar alma hakkı bağlamında “olması gereken”lerin asgari standartlarını da ortaya koymuş, böylelikle kararına “eğitici etki” vermiştir.¹⁷ Bu bağlamda “davadaki hangi savlara yanıt vermek gerekir?” ve “savlara nasıl yanıt verilmelidir?” sorularının yanıtlandığını söyleyebiliriz.

“Hangi savlara yanıt vermek gerekir?” sorusunun yanıtı şu şekildedir:

“Mahkemelerin [gerekçe sunma] yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya, karar gerekçesinde ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılabilir (...). Bu nedenle, bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği, davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Bununla birlikte muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması halinde, davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir.”¹⁸

Mahkeme, “savlara nasıl yanıt verilmelidir?” sorusunu ise didaktik biçimde ve “makul gerekçe”, “gerekçelendirme” kavramlarını da tanımlayarak yanıtlamıştır. Nispeten uzun ama önemli bu paragraflar şu şöyledir:

“Mahkemelerin ileri sürülen iddia ve savunmalara şeklen cevap vermiş olmaları yeterli olmayıp, iddia ve savunmalara verilen cevapların dayanaksız olmaması, mantıklı ve tutarlı olması da gerekir. Diğer bir ifadeyle mahkemelerce belirtilen gerekçeler, davanın şartları dikkate alındığında makul olmalıdır. (...) Makul gerekçe, davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır. (...) Gerekçelendirme, davanın sonucuna etkili olay, olgu ve argümanları açıklamak yükümlülüğü olmakla birlikte, bu şekildeki gerekçelendirmenin mutlaka detaylı olması şart değildir. Ancak gerekçelendirmenin, iddia ve savunmadan birinin diğerine üstün tutulma sebebinin ve bu kapsamda davanın taraflarınca gösterilen delillerden karara dayanak olarak alınanların mahkemelerce kabul edilme ve diğerlerinin reddedilmesi hususunda, makul dayanakları olan bir bilgilendirmeyi sağlayacak ölçü ve özene sahip olması gerekmektedir. (...) Zira bir davada tarafların, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün içerik ve kapsamı ile bu hükme varılırken mahkemenin neleri dikkate aldığı ya da almadığını gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuyla yer vermeyecek

¹⁶ Ibid., §34.

¹⁷ Eğitici etki konusunda bkz. Konrad Zwigert, “Die Verfassungsbeschwerde”, Juristen Zeitung, Nr. 11, 1952, s. 321-328.

¹⁸ Ibid., §35.

açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması '*gerekçeli karar hakkı*' yönünden zorunludur."¹⁹

Ek bir açıklama yapmayı gerektirmeyecek denli bu net yanıt, her gerekçe incelemesinde kullanılamaya müsaittir. Nitekim Mahkeme de, bu yanıtı kullanmış ve bu içtihadın anlamını sonraki kararlarında bu yanıt ışığında somutlamıştır.

Şimdi bu somutluğa geçebiliriz.

III. Niceliksel Olarak Öne Çıkan Bazı Konular

Anayasa Mahkemesinin kararlarında gerekçeli karar alma hakkı ihlali kararları yönünden konu çeşitliliği hayli geniştir. Buna karşın, ceza yargılamasının farklı derecelerinden ve farklı bağlamlarına değen çok sayıda kararın içinde birden fazla sayıda karar bulunan konular ise özellikle dikkat çeker. Bu konular, şimdilik beş tanedir:

Bunlardan ilki, yurt dışından alınan ve davanın esasını etkileyecek bilimsel raporların tamamen yok sayılması noktasında toplanmaktadır.²⁰ Mahkeme, az önce özü aktarılan ve çok sayıda başvurusu olan *Sencer Başat ve diğerleri* kararındaki belirlemelerin benzeri *Ahmet Gökhan Rahtuvan* kararında da yinelenmiştir.

İkinci dikkat çeken konu, işkence gibi ağır bir insan hakkı ihlalinin dikkate alınmamasıyla ilgilidir. Bu kararlarda başvuruçuların aleyhine hükmedilen cezalar için belirleyici olan faktörler tanık beyanlarıdır. Sorun ise başvuruçunun tanıkların işkence altında beyanda bulunduğunu iddia etmesi fakat mahkemenin bu iddiayı göz ardı etmesidir.²¹ Bu bakımdan karar, işkence mağdurlarının etkili soruşturma yükümlülüğü ihlali iddialarına göre nüanslıdır fakat söz konusu sorunun adil yargılanma hakkıyla ilgili olarak da gündeme gelebileceğini göstermiştir.

Üçüncü dikkat çekici konu, trafik suçlarıyla bağlantılıdır. Kararların ortak noktası, alkol kullandıkları için sürücü belgelerine geçici olarak el konulan başvuruçuların bu işleme karşı itirazlarının reddedilmiş olmasıdır. Bu olaylarda başvuruçular sulh ceza mahkemelerine yaptıkları itirazlarda dosyaya, alkol kullanmadıklarını tespit eden savcılık kararları²² veya lehlerine

¹⁹ Ibid., §36-38.

²⁰ Sencer Başat ve diğerleri kararı ile benzer içerikli Ahmet Gökhan Rahtuvan, B. No: 2014/2991, 20/6/2014.

²¹ Ongün Yücel, B. No: 2013/6899, 20/4/2016. Suna Ökmen ve Dursun Bütüner davasında başvuruçuda işkence gördüğü iddiasını ileri sürmektedir. Ayrıca müdafinin olmadığı bir bağlamda verilen ifadelerin hükme esas alınması sorunu da tartışılmıştır. Suna Ökmen ve Dursun Bütüner, B. No: 2013/717, 20/4/2016.

²² Caner Kandırmaz, B. No: 2013/3672, 30/12/2014; Serhat Soysalan, B. No: 2017/16903, 27/2/2020; Mehmet Köz, B. No: 2018/23430, 27/1/2021

belirlemeler içeren adli tıp kurumu raporları²³ sunmuşlardır. Başvurucuların talepleri, bu noktalara dair herhangi tartışma yapılmaksızın reddedilmiştir. Bu eksiklik, gerekçeli karar alma hakkının ihlal nedenini oluşturmaktadır.

Dördüncü olarak, çocuklara dönük cinsel suçlarla ilgili olarak da birden fazla karar olduğunu görüyoruz.²⁴ Türkiye'nin gerçekleri karşısında, sayısının artması muhtemel söz konusu olaylarda başvurucular, reşit olmayan kişilerle cinsel ilişkiye girmiş olmaktan ötürü (cinsel istismar suçundan) mahkûm edilmiştir. Bu davalarda önem taşıyan nokta, başvurucuların, ceza yargılamaları sırasında, cinsel ilişkiye girdikleri kişilerin yaşından büyük görüldüğünü söylemiş olmalarıdır. Ayrıca, dosyaya sunulan adli raporların da bu savları doğruladığı görülmektedir. Bireysel başvuruya konu olan kararları veren derece mahkemeleri bu noktaları hiç tartışmamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu durum karşısında, gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmakta zorlanmamıştır.

Son olarak, en yaygın gerekçeli karar alma hakkı ihlali yoğunlaşmasının Hizb-ut Tahrir isimli örgütle ilgili olarak gündeme geldiği görülmektedir.²⁵ Çeşitli Avrupa ülkelerinde faaliyeti yasaklanan²⁶ ve Strazburg organları tarafından Sözleşme değerleriyle uyumsuz sayılarak kapatılması haklı görülen²⁷ bu radikal İslamcı uluslararası örgüt, Türkiye'de de varlık göstermektedir.²⁸ Yargıtay, söz konusu yapıyı "terör örgütü" saymaktadır. Fakat Anayasa Mahkemesi bu yerleşik içtihadı sorgulamaktadır.

Bu sorgulamanın yapıldığı ilk bağlam, *Yılmaz Çelik* kararı olmuştur. Davanın konusu, başvurucunun terör örgütüne üye olma suçundan ötürü hapis cezasına mahkûm edilmesidir. Başvurucu bu kararda, "Türkiye'de ve diğer ülkelerde kendilerine karşı silahlı bir baskı olması durumunda bile silaha başvurmayacaklarını, şiddeti bir yöntem olarak benimsemediklerini" söyle-

²³ Mehmet Selim Demir, B. No: 2019/13365, 24/3/2021; Fırat Kılınc, B. No: 2018/2796, 12/1/2021.

²⁴ Mürsel Bayrak, B. No: 2014/6419, 25/3/2015; Sinan Cihan Aksoy, B. No: 2014/13062, 29/3/2016.

²⁵ Yılmaz Çelik [GK], B. No: 2014/13117, 19/7/2018; Adnan İzgi, B. No: 2014/12920, 11/12/2018; Mahmut Oğuz, B. No: 2014/13516, 11/12/2018; Muhammet Ali Tuluk ve diğerleri, B. No: 2018/568, 3/4/2019; Haluk Özdoğan, B. No: 2018/1340, 3/4/2019; Adem Yıldırım ve diğerleri, B. No: 2018/1332, 29/5/2019; Gencebay Keleş ve diğerleri, B. No: 2018/3465, 10/12/2019; Ahmet Yağan ve Halid Aslan, B. No: 2018/6051, 16/12/2020.

²⁶ Örn. bkz. Federal Almanya Danıştayı, Leipzig'de dernek olarak etkinlik göstermesinin yasaklanmasında sorun görmemiştir. Bkz. BVerwG 6 A 6.05 - Urteil vom 25.01.2006.

²⁷ Örn. bkz. Hizb ut-Tahrir ve diğerleri/Almanya, ECtHR, 31098/08, 12/06/2012.

²⁸ Hizb-ut Tahrir hakkında hukuksal olarak bkz. Julia Glocke, "German Measures against Islamic Extremist Organisation Upheld in Strasbourg: Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany", German Yearbook of International Law, Vol. 55, 2012, s. 671-679; Will Fautre, "Religion, Violence and Human Rights : the European Court and Hizb ut-Tahrir", Religioi e Societa, Vol. 32(87), 2017, s. 91-100; Giri Ahmad Taufik, Proportionality Test in the 1945 Constitution: Limiting Hizbut Tahrir Freedom of Assembly, Constitutional Review, Vol. 4(1), 2018, 45-77.

miş ve “Hizb-ut Tahrir örgütünün hangi surette bir terör örgütü olduğunun açıklanmadığı”ndan yakınmıştır. Anayasa Mahkemesi, konuyu 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda 2006 yılında yapılan değişiklik ışığında ele almıştır.²⁹ Başvurucunun iddiasının, bu değişiklik uyarınca mutlaka dikkate alınması ve yanıtlanması gerektiğini düşünen Mahkemeye göre:

“İlk derece mahkemelerinin ve Yargıtayın Hizb-ut Tahrir örgütünün bir terör örgütü olup olmadığına yönelik hiç değilse bir kere değerlendirmede bulunması, gerekçelerini başvurucunun temel iddiaları ile mahkemelerin resen tespit edebilecekleri ve yargılamanın doğasının gerektirdiği sorulara cevap verebilecek nitelikte hazırlaması gerekirken bunu yapmadıkları anlaşılmıştır.”³⁰

Mahkeme (oy çokluğuyla) bu eksikliğin, gerekçeli karar alma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu belirleme, devam eden sekize yakın davada tekrar tekrar yinelenmiştir. İşin ilginç Yargıtay bu karara rağmen içtihadını sürdürmüş, Anayasa Mahkemesi kendi kararının gereğini yapmadan, yani Hizb-ut Tahrir örgütünün hangi surette bir terör örgütü olduğu tartışılmadan verilen mahkûmiyeti de gerekçeli karar alma hakkının ihlali olarak görmüştür.³¹ Bu son karar, AYM’nin kendi kararlarını da “gerekçeli karar alma hakkı” ile korumaya çalıştığını gösterdiği için ilginçtir.

IV. Sorun Kategorileri

Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar alma hakkıyla ilgili verdiği ihlal kararlarını kümelemek kolay iş değildir. Çünkü her bir kararda ihlalin nedeni, bir diğer kategori ile kesişmektedir. Bu kesişmeler, niceliksel bir yoğunluk içeren bu kararların analitik olarak anlaşılması ve ortaya konulmasını güçleştirmektedir. Buna karşın ihlale dayanak olarak gerekçelerin karakteristiği altı kategoride ele alınmaya müsaittir. Bunları özensizlik, yüzeysellik, tutarsızlık, keyfilik, hukuksuzluk, ihmalkârlık ve umursamazlık olarak niteleyebiliriz.

A. İlgisizlik (Özensizlik)

İlgisizlik sorunu, çoğu kez mahkemelerin önlerindeki dosyaya gerekli özeni göstermemesinden ileri gelmektedir. Özen, İngilizce *due diligence* (özen yükümlülüğü) olarak ifade edilerek hukuksal da boyut kazanmış olan bir terimdir. En kestirme tanımıyla özen, bir işin elden geldiğince iyi olması için gösterilen çabayı, itinayı, ihtimamı anlatır. Gerekçeli karar alma hakkı ihlalleri geniş anlamda özen yokluğundan kaynaklanır. Fakat burada kastedilen özensizlik, gerekçede dava ile tamamen ilgisiz açıklamalara -büyük olası-

²⁹ 5532 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik için bkz. Resmî Gazete, S. 26232, 29/6/2006.

³⁰ Yılmaz Çelik kararı, §58.

³¹ Yılmaz Çelik (2), B. No: 2020/5280, 8/9/2021.

lıkla hatayla- yer verilmiş olmasıdır. Bunun en ileri düzey örneği İhsan Gök kararında ortaya çıkmaktadır.³²

Bir F tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutulan başvuru-cuya, Kurumun Disiplin Kurulu tarafından, bazı sloganlar attığı ve tehditlerde bulunduğu gerekçesiyle 11 gün hücre cezası verilmiştir. Bu karara karşı yapılan itirazı inceleyen İnfaz Hâkimliği bu kararın kaldırılmasına karar vermiştir. Cumhuriyet Savcısı ise bu karara karşı Ağır Ceza Mahkemesine itirazda bulunmuştur. Ağır Ceza Mahkemesinin, hayli sorunlu olan bu kararını, sorunlu olmak yönünden dahi sıra dışılığı gereği aynen aktarmak gerekmektedir:

“Edirne 1. İnfaz Hakimliğinin 01.11.2017 tarih 2017/1197 Esas 2017/2438 Karar sayılı kararına karşı Cumhuriyet Savcısı U. Y. tarafından itirazda bulunmuş olmakla, dosya heyetçe incelendi.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Edirne F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü İnan Gök'ün; 15.05.2017 tarihli dilekçesiyle, Edirne F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğünün 31.03.2017 tarih 2017/424 Karar numaralı kararı itirazda bulunduğu, Edirne 1. İnfaz Hakimliğinin 01.11.2017 tarih 2017/1197 Esas 2017/2438 Karar sayılı kararı ile şikayetçi hükümlünün şikayetinin kabulüne, Edirne F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumu Eğitim Kurulu'nun 31.03.2017 tarih 2017/424 Karar sayılı kararının kaldırılmasına karar verdiği,

Edirne F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumu hükümlüsü İnan Gök hakkında, Edirne 1. İnfaz Hakimliğince verilen 01.11.2017 tarih 2017/1197 Esas 2017/2438 Karar sayılı karara Cumhuriyet Savcısı U. Y. itiraz etmiş olmakla ilgili karar ve ekleri mahkeme heyetince tetkik olundu.

K A R A R: Yukarıda açıklanan gerekçeler ile; Edirne 1. İnfaz Hakimliğinin 01.11.2017 tarih 2017/1197 Esas 2017/2438 Karar sayılı kararına itiraz eden Cumhuriyet Savcısının itirazı usul ve yasaya uygun bulunmakla, İTİRAZIN KABULÜNE,

Hükümlünün Edirne F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğünün 31.03.2017 tarih 2017/424 Karar numaralı kararına yaptığı şikayetin reddine, İtiraz evrakının Edirne 1.İnfaz Hakimliğine iadesine, Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu oybirliğiyle kesin olarak karar verildi. 17.11.2017.”³³

Kararda hatalı biçimde Edirne F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumu “Eğitim” Kurulu kararından bahsedilmesi bir yana, hiçbir açıklama yapmadan cümleye “yukarıda açıklanan gerekçeler ile” gibi bir ifadeyle başlanılmış olması, özensizlik sorunu bağlamında çarpıcıdır.

³² İnan Gök, B. No: 2018/1936, 28/1/2021, §64-66.

³³ Yazım hataları orijinal metinde yer almaktadır.

Özensizlik sorunu yönünden bir başka çarpıcı örnek de *Feyzullah Gültekin* kararındır. Kararın konusu başvuru hakkında “hırsızlık” suçuyla ilgili bir ceza davasıdır. Davanın sonunda başvuru, sürpriz bir kararla “mühür bozma” suçundan mahkûm olmuştur. Gerekçede, somut olayla ilgisi olmayan değerlendirmelere yer verilmiş, “mührü kırdığı anlaşıl[an] sanığın mühür bozma eyleminden cezalandırılmasına” karar verilmiştir. İşin trajik yanı, Yargıtay da bu kararı onamıştır. Tam bir özensizlik silsilesi yaşanan bu olayda Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna kolaylıkla ulaşmıştır.³⁴

Gökhan Ayhan kararında da durum benzerdir. Başvuru, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuş, bu talebi reddedilmiştir. Ret kararına karşı itirazda bulunmuş fakat itirazı inceleyen ağız ceza mahkemesi bu talebi, somut olayla ilgisi olmayan başka bir hükümlüye ait uyarılama talebine yönelikmiş gibi reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararda ihlal kararını verirken ilgili mahkemenin “ret gerekçesinde neleri dikkate aldığını ya da almadığını gösteren ifadeleri özenle seçmediği” ve “dosyanın incelenmediği kuşkusuna sebep olacak şekilde bir değerlendirme yaptığı” yönünde belirlemelerde bulunmuştur.³⁵

Benzer nitelikteki *Ekol Grup* kararı ise ironik yönler barındırır. İdari para cezasına karşı yapılan bir itirazı inceleyen Sulh Ceza Hâkimliği itirazı, somut olayla ilgisi olmayan “içeriğe erişimin engellenmesi kararı”na yönelik olarak değerlendirmiş ve reddetmiştir.³⁶ Bu kararı ironik kılan yön, içeriğe erişim engelleme kararlarının hiç okunmadığı ve itirazların “otomatik” gerçekleştirildiği yönündeki eleştirilerin³⁷ bizzat bir Sulh Ceza Hakimliği kararıyla teyit edilmiş olmasıdır. Karar, bu tür kararların nasıl incelendiğine dair dikkate değer bir kanıttır.

Son olarak; bu türden olaylar, bazen sadece olgular yönünden değil kimi zaman ilgisiz maddelerin (sürpriz mevzuat hükümlerinin) uygulamasından, yani hukuksal bilgi eksikliklerinden de ileri gelmektedir. Örneğin *Mümtaz Bekci* kararında başvuru, yetkili ilk derece mahkemesine memnu haklarının iadesi başvurusunda bulunmuştur. Başvurucunun iddiası, önceden mahkûm olduğu cezaların infazının tamamlandığı tarihten itibaren 16 yıllık bir sürenin geçmiş olmasıdır. Talebi inceleyen mahkeme ret kararı vermiştir. Gerekçesi ise “başvuru hakkında soruşturma ve kovuşturma yapıldığı, bu

³⁴ Feyzullah Gültekin, B. No: 2014/13069, 21/2/2019.

³⁵ Gökhan Ayhan, B. No: 2015/3041, 19/4/2018.

³⁶ Ekol Grup Güvenlik Koruma ve Eğitim Hizm. Ltd. Şti., B. No: 2015/439, 8/2/2018.

³⁷ Geniş kapsamda bkz. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi (Venedik) Komisyonu, “Sulh Ceza Hâkimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş” (orijinal adlandırması: Opinion on the duties, competences and functioning of the criminal peace judgeships, adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session) CDL-AD(2017)004, 13/03/2017. Türkçe çeviri için bkz. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)004-tur\(19/12/2021\)](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)004-tur(19/12/2021))

kapsamda hayatını iyi hâlli olarak sürdürdüğü hususunda yeterli kanaat oluşmadığı" biçimindedir. Kanun yolu incelemesini yapan Ağır Ceza Mahkemesi ise konuyu somut olayla ilgisi olmayan arşiv kaydının silinmesine ilişkin madde kapsamında inceleyerek reddetmiştir. Yani kanun yoluna bir gerekçe ikamesi vardır. Ne var ki bu ikame olayla ilgisizdir. Başvurucunun 16 yıllık süre boyunca iyi hâlli olduğu iddiası esaslı biçimde tartışılmamış veya bu konudaki sonuç gerekçelendirilmemiştir.³⁸

Anılan kararların ortak noktası, gerekçeli karar alma hakkı ihlallerinin dip noktalarında olmalarıdır. Burada kararların gerekçelendirilmesindeki kusur "aşırı" düzeydedir.

B. Yetersizlik (Yüzeysellik)

Bir dava, ayrıntılı bir gerekçe sunulmadan sonuçlandırıldığında bu gerekçeli karar hakkının ihlalini oluşturabilir. Davaya konu olay ve olguların yargılamayı yapan mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyulmalı, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantı kolaylıkla görülebilir nitelikte olmalıdır. Anayasa Mahkemesi içtihadına yansıyan kararlarda bu yeterlilik çoğu kez yoktur. İhlale konu olan kararlar çoğu kez yüzeysel biçimde gerekçelendirilmiştir.

Yüzeysellik burada, kararların gerekçelerinin hayli soyut olduğu ve mahkûmiyet kararının genel geçer ifadelerle açıklandığı durumları yansıtmaktadır. Karar setinde, bu kategoriye girebilecek davaların niceliksel yoğunluğundan bahsedemiyoruz. Bu büyük olasılıkla yüzeysellik sorununun, daha çok ara kararlarda (özellikle tutukluluğa devam vb. kararlarda) görülen ve bu bakımdan özellikle özgürlük ve güvenlik hakkı gibi daha özel hükümlerle (*lex specialis*) ilgili olarak ele alınan bir mesele olmasından ileri gelir. Fakat somut olayın koşullarına göre sorunun adil yargılanma hakkı bağlamında tezahür etmesi de mümkün olabilmektedir.

Abdullah Öcalan kararı bunun bir örneğidir. Başvurucunun kaleme aldığı bir kitaba el konulmasıyla ilgili davada bu müdahalenin gerekçesi, nispeten ayrıntılı olsa da aslında hayli yüzeyseldir. Kararda kitabın kapağındaki resmin Türkiye'yi bölünmüş göstermesi, yazarının "silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan mahkûm Abdullah Öcalan olması" ve kitabın çeşitli sayfalarında "silahlı terör örgütü (PKK) propagandasının yapılması" noktalarına değinen bir gerekçe sunulmuştur. Bu karara karşı yapılan itirazın reddinde ise "suçun vasıf ve mahiyeti", "kuvvetli suç şüphesini gösteren olguların oluşu" ve "mevcut delil" durumu gibi genel geçer gerekçeler sunulmuştur. Bu yüzeysellik karşısında Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar alma hakkı yönünden de ihlal kararı vermiştir.³⁹

³⁸ Mümtaz Bekci, B. No: 2014/16269, 8/11/2017.

³⁹ Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014.

Yüzeysellik, bazen iki temel hakkın çatıştığı bağlamda, “çatışan hakların dengelenmesi” sırasında da söz konusu olabilir. Bu, çatışmanın çözümü ilk bakışta “basın özgürlüğü” lehine olsa ve insan hakları hukuku dili kullanılsa bile böyledir. Örneğin *F.Ö.* kararında başvurunun konusu, bir hekimin, bazı yayın organlarında çıkan, tıbbi muayene sırasında hastasına cinsel tacizde bulunduğu yönündeki haberlere karşı düzeltme ve cevap haklarının kullanılması ve kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla açtığı davadır. Davayı gören Sulh Ceza Mahkemesi, tekzip talebini basın özgürlüğüne dönük soyut belirlemelerle reddetmiştir. Oysa Anayasa Mahkemesine göre bu olayda hem basın özgürlüğünün hem de kişilik haklarının somut olayla ilişkilendirilerek açıklanması ve tartışılması gerekirdi. Kararda böyle bir tartım yapılmadığı için gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁴⁰

Soyut ve yüzeysel gerekçeler, ceza hukukunun farklı bağlamlarında gündeme gelebilmektedir. Örneğin yaralama suçuyla ilgili bir mahkumiyeti konu eden *Yavuz Çıtak* kararında başvuru, suçu kabul etmediğini söylemesine, mağdur da kendisini kimin yaraladığını söylememesine rağmen mahkûm edilmiştir. Mahkûmiyet kararında da başvuru aleyhine hiçbir değerlendirme ve temellendirme yapılmamış, delile yer verilmemiş, suçu ne şekilde işlediğine dair bir açıklama da yapılmamıştır. Başvuru açısından sunulan tek gerekçe şöyledir:

“Neticeten yapılan yargılama, sanık savunmaları, alınan kati raporlar ve tüm dosya kapsamına göre sanıkların sabit olan atılı suçlardan ayrı ayrı cezalandırılmalarına karar vermek gerekmiştir.”⁴¹

Bu türden yüzeysel gerekçeler, suçun ağırlığı arttıkça daha da çarpıcı olmaktadır. Örneğin *İlyas Başak* kararında başvuru “PKK terör örgütü ile fiili irtibat hâlinde olması, kod ad kullanması, örgütten talimat ve emir alması” gibi eylemlerin sübuta ermiş olmasından ötürü mahkûm edilmiştir. Ne var ki gerekçede bu eylemler ile suç arasında bağ kuran herhangi bir açıklama yoktur.⁴² Yine örneğin *Veysi Güneş* kararında başvurunun “terör örgütü üyesi olma” suçunu işlediği sonucuna ulaşılmıştır. Fakat gerekçede, bunu başvuruyla somutlaştırılacak türden herhangi bir açıklama yoktur. Gerekçede; bazı eylemlere, başvurunun bu eylemleri gerçekleştirdiğine dair isnatlara ve fakat başvurunun bu isnatlara rağmen beraat ettiği bilgisine yer verilmiştir. Yargıtay da kararı ek bir açıklama yapmaksızın onamıştır. Hâl böyleyken Anayasa Mahkemesi, bu keyfililiğin gerekçeli karar alma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmakta zorlanmamıştır.⁴³

⁴⁰ F.Ö., B. No: 2013/5895, 19/11/2014. Aslında bu olayda özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna da ulaşılabilirdi.

⁴¹ Yavuz Çıtak, B. No: 2014/2421, 21/6/2017. İşin ilginç, aynı davada aynı hükümle mahkûm olan benzer durumdaki diğer kişiler için hüküm bozulmuşsa da başvuru için onanmıştır.

⁴² Tali olarak; kurulan bağın dayanağı olan telefon görüşmeleridir fakat bu bağlamda da başvurunun bu sesin kendisine ait olmadığı iddiası tartışılmamış, (diğer sanıklardan farklı olarak) ses kaydı incelemesi yaptırılmamıştır. İlyas Başak, B. No: 2013/5662, 21/4/2016, §40.

⁴³ Veysi Güneş, B. No: 2015/4993, 13/2/2020.

Bu son örnek, “yüzeysellik” sorunun “tutarsızlık” sorunu ile de kesiştiği noktada yer alır.

C. Tutarsızlık

Tutarsızlık; kararın, sorunlu olmak konusunda kendi kendini ele verdiği bir kategoridir. Davayı gören mahkeme, yüzeysellik sorununun öne çıktığı durumlardan farklı olan bu kategoride daha ayrıntılı bir gerekçe sunmakta fakat söz konusu ayrıntılandırmada bariz çelişkiler göze çarpmaktadır.

Örneğin *Yusuf Akkuş* kararına konu olan gerekçede başvurunun 2006 yılında Tarsus cezaevinde, 2007 yılında zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmek üzere Bitlis 6. Mekanize Piyade Tugayı’nda olduğu anlaşılmaktadır. Aynı gerekçede ise 2006 ila 2007 yıllarında Adana’da işlenen bir cinayetle ilgili suça karıştığı ifade edilmektedir. Başvurucunun da dikkat çektiği bu net çelişki, gerekçeli karar alma hakkı ihlalinin dayanağı olmuştur.⁴⁴ Benzer durum, başvurunun 2007 yılında askerlik hizmetini yerine getirdiği ve fakat aynı tarihte farklı şehirde nitelikli yağma suçunu işlediğini ifade eden bir gerekçeyle ilgili *Volkan Doğdu* kararında da mevcuttur.⁴⁵

Anayasa Mahkemesinin, bu tür çelişkilere dikkat çektiği olaylar anayasa yargısı alanı ile diğer yargı alanları arasındaki yetki bölüşümünün sınırlarını oldukça muğlaklaştırmaktadır. Cezaevlerinde kitap bulundurma sayısına dönük bir protesto eylemiyle ilgili *Hasan Polat* kararı buna iyi bir örnektir. Başvurucu bu olayda söz konusu kısıtlamaya karşı 14.00-17.00 saatleri arasında kapıya vurma protesto eyleminden ötürü “bir ay ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılma” yaptırımına tabi tutulmuştur. Normal şartlarda bu yaptırıma konu olaylar ile yaptırım arasındaki tutarlılığı inceleme işi İnfaz Hâkimliğininindir. Somut olayda infaz hâkimliği böylesi bir denetimi yapmak bir tarafta çelişkileri gerekçesine yansıtarak derinleştirmiştir. Hâkimlik gerekçesinde, bir yandan başvurunun 13.30 ila 15.45’e kadar ziyaretçileriyle ve avukatıyla görüştüğünü söylemekte, diğer yandan saat 14.00’ten 17.00’ye kadar kapıya vurma eyleminde bulunduğunu ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi bu olayda da, başvurunun sunduğu “ziyaret raporu” ve Kurum Müdürlüğünün tutanaklarına da dikkat çekerek bu çelişkinin bir ihlal oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.⁴⁶ Aslında Mahkeme böyle yaparak bir bakıma, anılan çelişki giderilmedikçe (ki giderilmesi olası görünmemektedir) İnfaz Hâkimliğinin bu karara konu yaptırımı bozması gerektiğini söylemiş olmaktadır.

Son olarak, tutarsızlık sorununun bazen özensizlik sorunuyla fazlasıyla kesişebildiğini kaydetmek gerekir. Bunun trajik örneği *İzzet Pirbudak* kararıdır. Bu olayda başvurucuya “terör örgütüne bilerek ve isteyerek yardım et-

⁴⁴ Yusuf Akkuş, B. No: 2016/2600, 19/11/2019.

⁴⁵ Volkan Doğdu, B. No: 2016/4186, 12/9/2019.

⁴⁶ Hasan Polat, B. No: 2014/8927, 20/12/2017.

mek” suçundan ceza verilmiştir. Cezanın dayanağı, başka bir sanığa ait olduğu kabul edilen telefon kayıtlarındaki iletişim tespitleri ile başvuruçunun, 2006 yılında o sırada artık öğrencisi olmadığı Isparta Üniversitesi’nde gerçekleşen, parçası olduğunu gösteren hiçbir fotoğrafın, kaydın veya tutanağın bulunmadığı bazı gösterilerdir. Anayasa Mahkemesi bu tutarsızlığı belirtmiş, kararda “özensizlik” bulunduğunu da ayrıca kaydetmiştir.⁴⁷

Ç. Keyfilik (İçtihadattan Sapma)

Kıta Avrupası hukuk düzeninde yargısal kararların mutlak bir istikrarla uygulanması gerekmez. Mahkemeler, daha önce verdikleri kararlardan farklı kararlar verebilir, bir kuralı önceki yorumlama biçiminden farklı yorumlayabilir. Önem taşıyan nokta, bu farklılaşmanın keyfi olmaması, yani ilgili ve yeterli biçimde açıklanmasıdır. Bu, yerleşik içtihat ve/veya normlardan sapıldığı durumlarda çok daha önem taşır. Böylesi durumlarda gerekçenin çok daha özenli ve ayrıntılanmış olması beklenir.

Bu perspektiften bakıldığında, mevzuatla ilişkili olarak ama “içtihadattan keyfi sapma” biçiminde ifade edilebilecek kategoriye örnek olarak *Ali Ünal* kararı verilebilir. Oldukça karmaşık içerikli bu davada başvuruçucu, *inter alia*, hükme esas alınan bir bilirkişi raporuna ısrarla itirazda bulunmuştur. İtirazının dayanağı, Yargıtay’ın, icra takibine konulan bonoda herhangi bir usulsüzlük olmamasına rağmen bononun katılan tarafından faks/fotokopi olarak ibraz edilen fakat aslı bulunmayan belgelerin “sahtecilik” tespiti için yeterli saymadığı içtihadıdır. Başvuruçucu bu karmaşık davada diğer başka Yargıtay kararlarına da ısrarla gönderme yapmış fakat bu savlarından sapan somut olayda ilgili ve yeterli gerekçe sunulmamıştır.⁴⁸

Bu karara nazaran daha sade bir örnek aktarmak gerekirse *Serap Öz* kararına değinilebilir. Bu olayda başvuruçucuya 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun uyarınca idari para cezası verilmiştir. Ceza, çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran “işveren veya işveren vekillerine” idari para cezası verilmesini öngören md. 21/3 hükmüdür. Yargıtay kararlarına ve dağınık mevzuata göre, yalnızca hastalığı sebebiyle annesinin bakım işlerini gördüren başvuruçunun “işveren” tanımına girip girmediği tartışmalıdır. Nitekim Yargıtay da çeşitli kararlarında bu türden belirsizliklerin giderilmesi gerektiği yönünden içtihatlar ortaya koymuştur.⁴⁹ Bu olayda, bu içtihadı uyulmamasından yakının başvuruçunun talepleri yanıtlanmamış, Anayasa Mahkemesi de bunun üzerine gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁰

⁴⁷ İzzet Pirbudak, B. No: 2015/392, 27/6/2018.

⁴⁸ Ali Önal [GK], B. No: 2015/11798, 25/5/2017.

⁴⁹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E.2011/7515, K.2012/1057, T. 2/2/2012.

⁵⁰ Serap Öz, B. No: 2013/1394, 24/6/2015.

Bir örnek de ceza muhakemesiyle ilişkili olarak verilebilir. Bu bağlamdaki *M. E.* kararının konusu CMK md. 141 ile ilgili içtihat. Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre kişilerin hukuk aykırı biçimde adli kontrol tedbirine tabi olması durumunda da CMK md. 141 uyarınca tazminat alma hakları bulunmaktadır. Anılan olayda başvuru bu içtihatlarla atıfla tabi tutulduğu adli kontrol (imza atma) tedbirine binaen tazminat talebinde bulunmuştur. Başvurucunun yerleşik içtihadı dayanan bu talebi, herhangi bir açıklama yapılmadan reddedilmiştir.⁵¹

Benzer bir örnek, Kabahatler Kanunu ile ilişkili olarak öne sürülebilir. Kanun'un 20'nci maddesine göre "4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu[nda] (...) belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemez, verilmiş olanlar düşer." Yargıtay da bu hükmü içtihadında şu şekilde anlamlandırmıştır:

"5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Soruşturma zaman aşımı" kenar başlıklı 20. maddesinin, 5560 sayılı Kanun'un 33. maddesi ve 6111 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile değişik 1 ve 2. fıkralarında; (...) 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, (...) belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemez, verilmiş olanlar düşer." şeklindeki düzenlemeler karşısında,(...) Sultangazi İlçe Emniyet Müdürlüğü'nün 8/11/2010 tarihli ve FU-277640 sıra nolu idari yaptırım kararının kabahatliye posta yolu ile tebliğ edilemediği gerekçesi ile ilan edilmediğinin anlaşılması karşısında, 8/11/2010 tarihinde işlenen fiil nedeniyle verilen idari para cezasının takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar kabahatliye öncelikle 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğinin gerektiği, somut olayda ise kabahatli şirketin resmi tebligat adresine tebligat yapılmaksızın ilan edilmesinin geçerli olmayacağı gibi, kabahatliye usulüne uygun tebligat yapıldığına dair delil de bulunmadığı gözetilerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği bu nedenlerle yerinde görül[müştür.]"⁵²

Bu hükmün ve içtihadın hiçbir açıklama yapılmaksızın yok sayıldığı bir karar, Anayasa Mahkemesi tarafından gerekçeli karar alma hakkının ihlali olarak görülmüştür.⁵³ Bu örnekler, Anayasa Mahkemesinin yerleşik karar ve kurallardan sapma hâllerinde çok daha ayrıntılı gerekçelendirme aradığını göstermektedir.

⁵¹ M.E., B. No: 2018/696, 9/5/2019.

⁵² Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E.2016/52, K.2016/17918, T. 12/5/2016.

⁵³ S.n. D.p. Ltd. Şti., B. No: 2015/10583, 19/4/2018.

D. Hukuksuzluk (Mevzuattan Sapma)

Keyfilik sorunu genellikle içtihadattan keyfi olarak sapma biçiminde tezahür etse de bu bazen mevzuattan keyfi sapma biçiminde de tezahür edebilir. Nitekim uygulama ikisinin de kesiştiği örnekler yok değildir.⁵⁴

“Mevzuattan keyfi sapma” sorunu açısından uygun örnek *Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı* kararı olabilir. Bu davanın konusu eski ifadeyle “karapara aklama”, yeni ifadeyle “suçtan kaynaklanan mal varlığı değerini aklama suçu”dur. Burada ayrıntısına girmek mümkün değil ama söz konusu suç tipi açısından önem taşıyan nokta, suçun konusunu oluşturan ekonomik değerlerin başka bir öncü suç kapsamında işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edilmesidir. Bu mevzuatın lafzından ileri gelen bir gerekliliktir. Somut olayda bu suç yönünden hüküm kurulmuş ama söz konusu ekonomik değerlerin hangi öncü suçların “işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla” elde edildiğine dair açıklama yapılmamıştır. Suçun maddi unsuruna dair açıklık kazandırılmamış olması ve/veya bu unsurların yok sayılması, mevzuatın aradığı gerekliliklerden keyfi bir sapmadır. Anayasa Mahkemesi bir temyiz mercii olmadığı için bu hüküm hakkında bozma kararı veremese de aslında “gerekçeli karar alma hakkı” kanalıyla bu sorunu belirlemiştir.⁵⁵

Bu noktada bir diğer örnek de bir ceza muhakemesi usulüyle ilgili verilebilir. Bilindiği gibi Türk Ceza Kanunu’nun 73’üncü maddesine göre “Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.” Bu hükme tabi bir suçta, ceza mahkemeleri bu koşulu göz ardı edemez. Hakaret böylesi bir suçtur. Şikâyetin zamanında yapılmadığı yönündeki iddiayı yok sayarak hakaret suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması durumunda mevzuatın açık hükmünden keyfi biçimde sapma söz konusu olur. Böylesi bir nitelik taşıyan *Canan Tosun* kararında Anayasa Mahkemesi, söz konusu keyfililiğin gerekçeli karar alma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁶

Aslında her mevzuat bir içtihadla anlamlandırıldığı için mevzuattan ve içtihadattan sapma kesişim gösterebilir. *Emre Ongurlar* kararı bunun iyi bir örneğidir. Bilindiği gibi CMK’nin 231’inci maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB), sanık hakkında hükmolunan cezanın belli bir denetim süresi içerisinde sonuç doğurmaması, denetim süresi

⁵⁴ İctihadattan sapma bazen farklı bir mahkemenin veya yargısal mercilerin verdiği kararları biçiminde de tezahür edebilir. Bir tür “umursamama” durumuna denk düşen bu tavra, önceki sayfalarda ehliyete el koyma bağlamında aktarılan kararlar örnekler sayılabilir. Yine hükme etki edecek bir Sayıştay kararlarının göz ardı edilerek bir başvuruca ceza verilmesiyle ilgili olarak bkz. Mehmet Okyar, B. No: 2017/38342, 13/2/2020. Yukarıdaki bazı “özensizlik” örnekleri de bu kapsama alınabilir.

⁵⁵ Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı, B. No: 2015/964, 12/6/2018.

⁵⁶ Canan Tosun, B. No: 2014/8891, 10/5/2017.

boyunca kasıtlı bir suç işlenmez ve yükümlülöklere uygun davranılırsa ceza kararının ortadan kaldırılması ve davanın düşmesine yol açan bir cezanın bireyselleştirilmesi kurumudur.⁵⁷ Kanun, sanığa bu kurumun uygulanmasını isteyip istemediğinin sorulmasını gerektirmektedir. Sanık bu yönde bir talepte bulunmuşsa takdir hâkimindir ama neden uygulanmadığı da mutlaka açıklanmalıdır. Bu, Yargıtay kararında da benimsenen bir noktadır.⁵⁸

Anılan olayda, önceden adli sicil kaydı olmayan ve bu yönde talepte bulunan, dolayısıyla bu kurumun uygulanması pek olası olan başvuru için HAGB olasılığı hiç tartışılmamıştır. Yargıtay ise buna rağmen cezayı onamıştır. Bu durum hem mevzuattan hem de içtihattan keyfi bir sapmadır. Anayasa Mahkemesi, verilen adli para cezasına karşı bireysel başvuruda bu noktadan hareketle gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁹

E. İhmalkârlık (Bilirkişi ve Tanıklık Sorunları)

İhmalkârlık, aslında gerekçeli karar alma hakkı ihlallerinin bütününde görünen bir özelliktir. Dolayısıyla bu başlığın spesifik bir ihlal durumuyla ilgili olmadığı düşünölebilir. Ne var ki öyle bazı durumlar vardır ki ihlal, sanığın bazı taleplerinin gereğinin yapılmamış olmasından kaynaklandığı izlenimi uyandırmaktadır. Bu durum özellikle ek bilirkişi raporu alınmayan durumlarda göze çarpar.

Bu durum, bilirkişi raporunun maddi gerçeklerle daha ilk bakışta uyumlu olmadığı hâllerde özellikle öne çıkar. Haksız olarak tutuklama nedeniyle açılan bir tazminat davasında başvuru 10 bin TL nakdi kefalet ödemesine (sonradan kendisine bu bedel iade edilmiştir) rağmen bilirkişi raporunda bu bedelin 1.000 TL olarak kabul edilip hesaplanması bunun tipik bir örneğidir. Böylesine açık bir uyumsuzluk karşısında başvuruçunun ek bilirkişi raporu almasının reddedilmesi ve bunun da gerekçelendirilmemesi ihlal yaratmıştır.⁶⁰

Benzer biçimde bir bilirkişi raporuna tamamen sadık kalınarak gereceğe aykırı fatura ve belgeler düzenledikleri gerekçesiyle mahkûm edilen kişilerin yaptığı *Yıldıray Özbey ve diğörleri* davasında da başvuruçular, tüm bir yargılama boyunca “şirket işçisi” olduklarını dolayısıyla bu suçlardan ötürü sorumlu tutulamayacaklarını ileri sürmüşlerdir. Fakat başvuruçular, bilirkişi raporunda, hiçbir temellendirme sunulmadan “adi ortak” sayılmıştır. Davaya bakan asliye ceza mahkemesi de bu rapora aynen katılarak mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Ek bilirkişi raporu almayan mahkeme, bu konuda bir açıklama da getirmemiştir.⁶¹

⁵⁷ Bu kurum hakkında bkz. Akif Yıldırım, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, (Ankara: Seçkin Yay., 2018).

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Emre Ongurlar, B. No: 2016/9607, 10/1/2019.

⁶⁰ Bayram Keleş, B. No: 2013/6163, 1/12/2015.

⁶¹ Yıldıray Özbey ve diğörleri, B. No: 2014/18932, 8/9/2015.

Bilirkişi deliliyle ilgili ihmalkârlık, “tanık” delili yönünden de günde- me gelebilir. Örneğin *Bahaa Joughel* kararında başvuru silahlı terör ör- gütü yönetmek suçundan mahkûm olmuştur. Mahkûmiyetin temel dayana- ğı çeşitli kişilerin ifadeleridir. Fakat bu kişiler mahkeme huzurunda bizzat dinlenmiş değildir. Dinlenen tek tanık (M.E.C.); başvuruçunun, atılı suçları işlemediğini söylemiş, diğer bir dosyada ifade veren kişilerin de suçtan kurtulma amaçlı beyanlarda bulunduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu tanığın beyanlarına itibar etmediği gibi diğer dosyalardaki ifadeleri hükme esas almıştır. Ceza muhakemesindeki yüz yüzelik ve sözlülük ilkelerini de yok sayan bu süreç Anayasa Mahkemesi tarafından şu çıkarımla Anaya- sa’ya aykırı sayılmıştır:

“M.E.C.nin ve diğer tanıkların başka bir dosya kapsamında alınan ve duruş- mada okunulmasıyla yetinilen ifadelerinin, neden M.E.C.nin bizzat hükmü veren Mahkeme önünde vermiş olduğu ifadesine üstün tutulduğunun karar- da ve Yargıtay ilamında değerlendirilmemesi, sonuca etkili bir delilin ilgili ve yeterli gerekçeyle karşılanmaması sonucunu doğurmuştur.”⁶²

Anayasa Mahkemesi, dördüncü yargı yeri olmadığı için bu tür davalarda derece mahkemelerinin ne yapması gerektiğini açıkça söylememektedir. Fakat karardaki imalar, aslında bu ihmalin giderilmesini bekler gibidir.⁶³ Dolayısıyla böylesi kararlarda yapılması gereken Mahkemenin dikkat çektiği noktalar yönünden açıklama getirmek, bu mümkün değilse farklı yönde kar- rar vermektir.

F. Umursamazlık (Yanıtsızlık)

Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar alma hakkı bağlamında verdiği ih- lal kararlarının hemen hepsi, son tahlilde başvuruçuların ileri sürdüğü, dava- nın sonucunu etkileyecek esaslı savların değerlendirilmemesi ve buna dönük bir açıklama getirilmemesinden kaynaklanır. Konuya böyle bakıldığında bütün ihlal kararları bu savların umursanmamış olmasından kaynaklanır.

Durum böyle olmakla birlikte yukarıda sayılan kategorilerin her birinde bu gerçeğin farklı bir yüzü tezahür etmektedir. Sayılanlardan birine girme- yen durumların tamamı ise “umursamazlık” kapsamında ele alınabilir.

Kategorinin anlaşılması için kısaca örnekler aktarabiliriz. Şu savlar, da- vanın sonucunu etkileyecek denli esaslı sayılmış ve bunların gerekçede de- ğerlendirmeye konu edilememeleri Anayasa’ya aykırı görülmüştür:

⁶² Bahaa Joughel, B. No: 2013/7643, 21/1/2016, §98.

⁶³ Bu noktada Alman kültür çevresindeki hukuk düzenlerinde (örn. Almanya, Avusturya, İsviç- re) hukukilik ve keyfilik denetimlerinin farklı olduğunu, AYM’nin yaptığı denetimin kararın yasallığından çok keyfilikine dönük olduğunu kaydetmek gerekiyor. Bu ayrımın bilinmediği yerlerde AYM’nin veya İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yetki aşımı yaptığını sıklıkla gö- rebiliyoruz.

- Mevzuat gereği bazı mali belgeleri tebligata rağmen idareye teslim etmediği için idari para cezası kesilen başvuruçunun, MERNİS kayıtlarının doğru olmadığı ve tebligatın yanlış adrese yapıldığı savı⁶⁴,
- Silahla “kasten öldürme” suçundan mahkûm edilen başvuruçunun, (kolluk tutanaklarında da sabit olduğu üzere) olay yerine silahla girmediği, ölümün olay yerinde hesap ödeme kavgasından çıkan boğuşma sırasında maktulün silahının kazara ateşlenmesiyle gerçekleştiği, olaydan önce ticari taksiye bindiği için silah temin etmesinin imkânsız olduğu savı⁶⁵,
- Bir cezaya dayanak olan bilgi ve belgelerin istenmesine ilişkin idari yazının, kendisine tebliğ edilmediği, muhtarın kendisine böyle bir tebligat yapılmadığına dönük beyanı ile tebligat alındısında komşusu olarak ismi yazılan kişinin o mahallede kaydının bulunmadığına dönük belgeye dayanan hukuka aykırılık savı⁶⁶,
- Devrimci Halk Kurtuluş Parti Cephesi (DHKPC) örgütü adına çeşitli kişilere tehdit mektupları gönderip para istediği iddia edilen başvuruçunun, bu mektupları başkalarının tehditleri ve şantajı neticesinde gönderdiği ve dosyaya sunduğu (cinsel ilişki gösteren ve şantaj amaçlı kullanıldığı ileri sürdüğü) bir CD'nin bu iddiasını doğruladığı savı.⁶⁷

Sayısı her geçen gün artan ve duruma göre oldukça karmaşık içerik taşıyan⁶⁸ bu son kategori, gerekçeli karar alma hakkının Strazburg içtihatlarında da geniş yekûnunu oluşturmaktadır. Bu kategorideki davalarda formül olacak soru, “eğer bu sav kabul edilecek olsaydı karar farklı olur muydu?” biçimindedir. Bu soruya evet yanıtı verildiği ve fakat gerekçelendirme bulunmadığı denli ihlal sonucuna ulaşmak kolaylaşmaktadır.

Hâkimlerin bu kategoriden bir ihlalle karşılaşmamak için, davadaki savları özetle sıralamaları ve her bir sav yönünden kendilerine bu soruyu sormalarında yarar vardır.

SONUÇ

Buraya kadar yazılanlar, Anayasa Mahkemesi kararlarında dağınık biçimde yer alan gerekçeli karar alma hakkı (ceza muhakemesi bağlamında) ihlallerini derli toplu hâle getirmeyi amaçladı. Çalışmanın kaleme alınma amacı buydu. Dolayısıyla tasniflemenin kendisi metnin amacını karşılamaktadır. Dolayısıyla ayrıca bir sonuç üretmeye gerek kalmamaktadır.

⁶⁴ Salih Savran, B. No: 2018/12600, 28/1/2021.

⁶⁵ İbrahim Ünal, B. No: 2014/2554, 17/5/2016.

⁶⁶ Kırmızı Gaa İnşaat Turizm Gıda Sanayi ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/2370, 11/12/2014.

⁶⁷ H.B., B. No: 2018/20873, 27/1/2021.

⁶⁸ Örneğin oldukça uzun ve çok sayıda savın karşılanmadığı bir örnek olarak bkz. Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga, B. No: 2014/5909, 25/3/2015.

Buna karşın sonuç gözlemlerini ortaya koymak gerekirse; bu çalışmada özensiz gerekçeler kategorisine giren vakaları bir dip noktası olarak kodlayabiliriz. Olayla ilgisiz veya yanlış olguları ve hükümleri içeren gerekçeler, en kolay ihlal bulunabilecek kategori sayılabilir.

Buradaki “özensizlik” ifadesinin dar anlamı olduğunu kaydetmek gerekir. Kavram geniş algılanacak olursa, her gerekçeli karar alma hakkı ihlali bir özensizlik sorunuyla malul sayılabilir. Sözcüğün bu anlamıyla özensizlik gerekçelerde, bazen oldukça genel geçer gerekçelerle (yüzeysellik) veya yüzeysel olma eşiğini aşmakla birlikte çelişkilerle (tutarsızlık) tezahür edebilmektedir. İlk durumda soyut ve genel geçer kavramlara başvurma, ikincisinde ise somutlaşmış ama birbirini tutmayan açıklamalara yer verme söz konusu olmaktadır. Bunlar, gerekçe yazarken karşılaşılan sorunlardır. Bir ihlal kararı karşısında ihlali gidermek nispeten kolay olabilir.

Buna karşılık, bir de muhakeme süreçlerindeki bazı sorunların gerekçe-ye yansıdığı durumları kaydetmek gerekir. Tarafların davanın esasını etkileyecek savlarının dikkate alınmaması bu türden bir muhakeme sorunu sayılabilir. Bu sorun kimi zaman bilirkişi raporu almama veya tanıkları bizzat dinlememe vb. ya da yerleşik içtihat ve kuralı göz ardı etme gibi spesifik usuli hatalarla tezahür edebilmekte, başvuruçular bu sorunlara dikkat çekmesine rağmen bunların giderilmemesi de gerekçeli karar alma hakkının ihlaline neden olabilmektedir. Bu durumda sorun gerekçe yazarken değil, çok daha öncesinde ortaya çıkmakta, gerekçe de var olan sorunun yansımından ibaret kalmaktadır. Dolayısıyla böylesi durumlarda ihlal kararını gidermek çok daha güçtür.

Bunlardan başka son olarak, tüm içtihadın bize söylediği şey şudur: Gerekçeli karar alma hakkı, derece mahkemeleri ile Anayasa Mahkemesi arasındaki yetkilerinin sınırının nerede başlayıp nerede bittiği sorununun tam ortasında yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu kategorideki ihlal kararlarında çoğu kez derece mahkemelerinin kararını (özellikle mevzuat ve içtihat-tan sapma durumlarında) adeta Yargıtay gibi denetlemekte, fakat ondan farklı olarak o veya şu sonucun doğru olduğunu dikte etmemektedir. Mahkeme ulaşılan sonuçtaki keyfiliğe odaklansa da, aslında zımnen derece mahkemesi mahkemelerinin yetki alanına girmeye en çok yaklaştığı duraklardan birine ulaşmaktadır.

KAYNAKÇA

- ALP Mustafa, "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", *Prof. Dr. Tevfik Birsal'e Armağan*, (İzmir: DEÜHF Yay., 2002).
- AŞÇIOĞLU Çetin, "Yargıda Gerekçe Sorunu", *TBB Dergisi*, S. 48, 2003.
- ATATÜRK Mustafa Kemal, *Geometri*, (Ankara: Türk Dil Kurumu Yay., 2015).
- DÖNMEZ Cengiz, *Tarihi Gerekçeleriyle Harf İnkılabı ve Kazanımları*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2008).
- EYUBOĞLU İsmet Zeki, *Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü*, (İstanbul: Say Yay., 2020).
- FAUTRE Willy, "Religion, Violence and Human Rights : the European Court and Hizb ut-Tahrir", *Religioni e Societa*, Vol. 32(87), 2017.
- GLOCKE Julia, "German Measures against Islamic Extremist Organisation Upheld in Strasbourg: Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany", *German Yearbook of International Law*, Vol. 55, 2012.
- İNCEOĞLU Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, (İstanbul: Beta Yay., 2013).
- KILIÇ Muharrem, "Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonalitesi", *TADD*, S. 47, 2021.
- NİŞANYAN Sevan, *Sözlerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimoloji Sözlüğü*, (İstanbul: Everest, 2009).
- SUNAY Zühal Aysun, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, (Ankara: Seçkin Yay., 2016).
- ŞEKER Hilmi, "Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2007.
- ŞİRİN Tolga, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 48, 2021.
- TAUFIK Giri Ahmad, "Proportionality Test in the 1945 Constitution: Limiting Hizbut Tahrir Freedom of Assembly", *Constitutional Review*, Vol. 4(1), 2018.
- TÜRK DİL KURUMU, *Büyük Türkçe Sözlük*, (Ankara: Türk Dil Kurumu Yay. 2011).
- YILDIRIM Akif, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, (Ankara: Seçkin Yay., 2018).
- ZWEIGERT Konrad, "Die Verfassungsbeschwerde", *Juristen Zeitung*, Nr. 11, 1952.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- *Abdullah Öcalan* [GK], B. NO: 2013/409, 25/6/2014.
- *Adem Yıldırım ve diğerleri*, B. No: 2018/1332, 29/5/2019
- *Adnan İzgi*, B. No: 2014/12920, 11/12/2018
- *Ahmet Gökhan Rahtuvan*, B. No: 2014/2991, 20/6/2014.
- *Ahmet Yağan ve Halid Aslan*, B. No: 2018/6051, 16/12/2020.
- *Ali Önal* [GK], B. No: 2015/11798, 25/5/2017.
- *Aziz Turhan*, B. No: 2012/1269, 8/5/2014.
- *Bahaa Joughel*, B. No: 2013/7643, 21/1/2016, §98.
- *Bayram Keleş*, B. No: 2013/6163, 1/12/2015.
- *Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga*, B. No: 2014/5909, 25/3/2015.
- *Canan Tosun*, B. No: 2014/8891, 10/5/2017.
- *Caner Kandırmaz*, B. No: 2013/3672, 30/12/2014
- *Ekol Grup Güvenlik Koruma ve Eğitim Hizm. Ltd. Şti.*, B. No: 2015/439, 8/2/2018.
- *Emre Ongurlar*, B. No: 2016/9607, 10/1/2019.
- *Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı*, B. No: 2015/964, 12/6/2018.
- *F.Ö.*, B. No: 2013/5895, 19/11/2014.
- *Feyzullah Gültekin*, B. No: 2014/13069, 21/2/2019.
- *Fırat Kılınç*, B. No: 2018/2796, 12/1/2021.
- *Gencebay Keleş ve diğerleri*, B. No: 2018/3465, 10/12/2019
- *Gökhan Ayhan*, B. No: 2015/3041, 19/4/2018.
- *H.B.*, B. No: 2018/20873, 27/1/2021.
- *Haluk Özdoğan*, B. No: 2018/1340, 3/4/2019
- *Hasan Polat*, B. No: 2014/8927, 20/12/2017.
- *İbrahim Ünal*, B. No: 2014/2554, 17/5/2016.
- *İlyas Başak*, B. No: 2013/5662, 21/4/2016, §40.
- *İnan Gök*, B. No: 2018/1936, 28/1/2021, §64-66.
- *İzzet Pirbudak*, B. No: 2015/392, 27/6/2018.
- *Kırmızı Gaa İnşaat Turizm Gıda Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/2370, 11/12/2014.
- *M.E.*, B. No: 2018/696, 9/5/2019.
- *Mahmut Oğuz*, B. No: 2014/13516, 11/12/2018

- *Mehmet Kz*, B. No: 2018/23430, 27/1/2021
- *Mehmet Okyar*, B. No: 2017/38342, 13/2/2020.
- *Mehmet Selim Demir*, B. No: 2019/13365, 24/3/2021
- *Muhammet Ali Tuluk ve diğerleri*, B. No: 2018/568, 3/4/2019
- *Mümtaz Bekci*, B. No: 2014/16269, 8/11/2017.
- *Mürsel Bayrak*, B. No: 2014/6419, 25/3/2015
- *Ongn Yücel*, B. No: 2013/6899, 20/4/2016.
- *S.n. D.p. Ltd. Şti.*, B. No: 2015/10583, 19/4/2018.
- *Salih Savran*, B. No: 2018/12600, 28/1/2021.
- *Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014.
- *Serap z*, B. No: 2013/1394, 24/6/2015.
- *Serhat Soysalan*, B. No: 2017/16903, 27/2/2020
- *Sinan Cihan Aksoy*, B. No: 2014/13062, 29/3/2016.
- *Suna kmen ve Dursun Bütüner*, B. No: 2013/717, 20/4/2016.
- *Vesim Parlak*, B. No: 2012/1034, 20/3/2014.
- *Veysi GneŐ*, B. No: 2015/4993, 13/2/2020.
- *Volkan Doğdu*, B. No: 2016/4186, 12/9/2019.
- *Yavuz ıtak*, B. No: 2014/2421, 21/6/2017.
- *Yıldıray zbey ve diğerleri*, B. No: 2014/18932, 8/9/2015.
- *Yılmaz elik* [GK], B. No: 2014/13117, 19/7/2018
- *Yılmaz elik (2)*, B. No: 2020/5280, 8/9/2021.
- *Yusuf Akkuş*, B. No: 2016/2600, 19/11/2019.

Diğer Mahkeme Kararları

- BVerwG 6 A 6.05 - Urteil vom 25.01.2006.
- *Garcia Ruiz /İspanya*, ECtHR, B.No. 30544/96, 21/1/1996.
- *Hadjianastassiou/Yunanistan*, ECtHR, B. No: 12945/87, 16/12/1992.
- *Hizb ut-Tahrir ve diğerleri/Almanya*, ECtHR, 31098/08, 12/06/2012.
- *Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda*, ECtHR, B. No: 21363/93, 21364/93, 21427/93 ve 22056/93, 23/4/1997;
- Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E.2011/7515, K.2012/1057, T. 2/2/2012.
- Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E.2016/52, K.2016/17918, T. 12/5/2016.

TUTUKLAMA TEDBİRİNDE “KATALOG SUÇ” SORUNU

*Faruk Y. TURİNAY**

GİRİŞ

Tutuklama, temel hak ve hürriyetleri en çok sınırlandıran koruma tedbirlerinden biri, belki de en ağır ceza muhakemesi tedbidir. Tutuklamanın bu özelliği, tedbirin uygulanmasında kanunla öngörülen koşulların ve nedenlerin önemini artırmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, tedbirin uygulanabilmesi için belirli koşulların ve sınırlamaların yanı sıra tedbirin doğrudan mahiyetiyle bağlantılı olan belirli “tutuklama nedenleri” öngörmüştür. Ancak aynı kanun, sözü edilen tutuklama nedenlerinin bazı suçlar bakımından “var sayılabilir” nitelikte olduğunu da düzenlemiştir. Bu suçlar “katalog suç” olarak adlandırılmaktadır. “Katalog suç”, diğer bazı koruma tedbirleri bakımından geçerli olduğu gibi tutuklama bakımından da bir düzenleme yöntemi, kanun koyucunun yaptığı bir muhakeme hukuku tercihidir. Her usulî yöntemde olduğu gibi katalog suç yönteminin de olumlu ve olumsuz yönleri bulunmaktadır. Söz konusu yöntemin bu yönlerinin değerlendirilmesi ve Türk ceza muhakemesi hukuku düzeni ve cezai adalet sistemi bakımından hangi yönünün ağır bastığının tartışılması yararlı olacaktır.

I. “KATALOG SUÇ” KAVRAMI

Türkçenin tamlama kurma kurallarına uymadığı halde yaygın bir şekilde kullanılan “katalog suç” kavramı, en basit tanımıyla belirli bir katalogda (listede) yer alan bir dizi suç olarak tanımlanabilir. Ceza hukuku bakımından ele alındığında ise “katalog suç”, belirli bir ceza hukuku kurumunun ya da işleminin uygulanabileceği halleri sınırlandırmak veya bunların uygulanmasında geçerli olan belirli kanuni şartların istisnai olarak oluştuğunun varsayılmasını mümkün kılmak amacıyla, kanunla sınırlı sayı (*numerus clausus*) yöntemiyle belirlenmiş suçları ifade eder.

Bir suç listesi anlamıyla “katalog” kelimesinin 5271 sayılı Kanun’un kabulü sürecinde, 1 Aralık 2004 tarihli Adalet Komisyonu raporunda kullanılı-

* Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, faruk.turinay@kocaeli.edu.tr.

dığı görülmektedir¹. Hukuki bir terim olarak kanunda yer almayan “katalog suç”, gerek uygulamada gerekse doktrinde son zamanlarda yaygın şekilde kabul görmüş bir kavramdır².

Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda -en azından- tutuklama tedbiri açısından katalog suç yönteminin tercih edilmemiş olduğu dikkat çekmektedir. Kanun’un -son hali esas alınmak kaydıyla- “maznunun tevkifini mucip haller” başlıklı 104. maddesinde “kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması ile delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunması” tutuklama nedeni olarak iki bent halinde düzenlenmiştir. Ayrıca aynı maddede “Soruşturma konusu olan suçun, kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi veya sanığın ikametgâhı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi durumunda” söz konusu tutuklama nedenlerinin “var sayılabilir” olduğu hükme bağlanmıştır³. Görüldüğü üzere, bu hükümde katalog suç yönteminin değil, ancak soruşturmaya konu suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı ile sanığın yerleşim yeri ve kim-

¹ “...Tasarının Birinci Kitap, Dördüncü Kısımında yer alan “Tutuklama” başlıklı Dördüncü Bölümü sistematik açıdan daha doğru olacağından İkinci Bölüm olarak değiştirilmiş ve bu Bölümün ilk maddesi olan “Tutuklama nedenleri” başlıklı 119 uncu maddesi, tutuklama nedenleri azaltılıp yeniden düzenlenerek, tutuklama nedenleri varsayılabilecek haller katalog halinde belirtilerek, 100 üncü madde olarak kabul edilmiştir.” (Adalet Komisyonu), “Düzenlenen kataloglar keyfidir. Katalog düzenlemelerinde kıstaslar objektif değildir, ideolojiktir.” (Karşı Oy Yazısı, Cumhuriyet Halk Partisi milletvekilleri: Halil Ünlütepe, Feridun F. Baloğlu, Yüksel Çorbacıoğlu, Mehmet Küçüktaşık, Feridun Ayvazoğlu, Muharrem Kılıç, Orhan Eraslan, Mehmet Nuri Saygun), Türkiye Büyük Millet Meclisi, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535, 1/292)”, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı : 698, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>, erişim tarihi: 4.7.2022.

² “Katalog suç” kavramının tespit edilebilen erken dönem kullanımları için bkz: Mehmet Reşat Koparan, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 65, 2006, ss. 154-172, s. 160; Ömer Faruk Aydın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007; Hasan Hendek, Türk Ceza Hukuku Açısından Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Kırikkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 60. Özellikle 2010’dan itibaren yayımlanan çalışmalarda bu terimin yaygın olarak kabul gördüğü gözlemlenmektedir. Diğer yandan, bilhassa tutuklama bağlamında söz konusu kavram ve sistemin “katalog suç” teriminin yanı sıra “katalog suçları” terimiyle de ifade edildiği gözlemlenmektedir. Gülşah Kurt Yücekul-Güçlü Akyürek, “Türkiye’nin Ulusal Raporu, Bölüm III: Özel Yargılamaya Tedbirleri ve İnsan Haklarına Saygı”, Uluslararası Ceza Hukuku Derneği, XVIII. Uluslararası AIDP Kongresi (İstanbul, Eylül 2009), Suç ve Ceza Dergisi, Sayı: 4, 2008, ss. 40-74, s. 60.

³ Kanundaki düzenlemenin önceki halinde ise “tahkikatın mevzuu olan suçun ağırcezalılık cürümlerden olması” tutuklama nedeni olarak kaçma halinin var sayılabileceği hallerden biri olarak düzenlenmişti. Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Kısım, 4. Baskı, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984), s. 850, dipnot 4.

liğine ilişkin koşulları esas alan, deyiş yerindeyse “kategori suç” yönteminin tercih edildiği; bunun dışındaki tutuklama nedeni varsayımla hallerinin yine bu nedenlerin özüyle doğrudan bağlantılı olduğu gözlemlenmektedir. Diğer taraftan, 1412 sayılı Kanun’daki tutuklama nedenlerinin “var sayılabilir” nitelikte olması hallerinin bir bölümünün bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde “karine”⁴ veya “kaçma karineleri”⁵ gibi terimlerle ifade edildiği görülmektedir. Ekleme gerekir ki, bu hallerin karine niteliğinde olması, karinelerin aksinin kanıtlanmasının mümkün olması dolayısıyla tutuklama nedenlerinin var sayılmasının “takdiri” niteliğinin bir başka ifadesidir⁶. Elbette söz konusu “karine”nin aksinin kanıtlanmasını imkânsız saymak, tutuklamanın “*mecburîleşmesine ve kışeleşmesine*” sebep olacağından⁷ kabul edilemez niteliktedir.

Buna karşılık, yürürlükteki Ceza Muhakemesi Kanunu’nda katalog suç yönteminin sadece tutuklamada değil, başka bazı koruma tedbirlerinde de geçerli olacak şekilde tercih edildiği açıktır. Gerçekten, 5271 sayılı Kanun’da tutuklamanın (m. 100/3) yanı sıra, belirli hallerle sınırlı olacak şekilde gözaltı (m. 91/4), taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma (m. 128/2), kısmen olmak kaydıyla postada elkoyma (m. 129/3), şirket yönetimi için kayyım tayini (m. 133/4), telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (m. 135/8), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (m. 139/7) ve teknik araçlarla izleme (m. 140/1) tedbirlerinde de katalog suç yöntemi benimsenmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun, 1412 sayılı Kanun’un aksine 5271 sayılı Kanun’da belirgin biçimde genel olarak tedbirlerin suç bakımından kapsamını ve/veya tedbire başvurma nedenlerinden muafiyetin kapsamını belirleme şekli hususundaki tercihinin değiştiğini söylemek mümkündür. 5271 sayılı Kanun’daki katalog suç düzenlemeleri kendi içinde değerlendirildiğinde ise bazı tedbirlerde daha dar, bazı tedbirlerde daha geniş bir suç listesi düzenlendiği, en geniş suç kataloğunun telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (m. 135/8) ile birlikte araştırmamıza konu olan tutuklamada (m. 100/3) düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu husus, katalog suç meselesinin tutuklama bakımından özel bir önem arz ettiğini gözler önüne sermektedir.

Neticede, tutuklamada katalog suç yönteminin benimsenmesi meselesi açısından 1412 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Kanun karşılaştırıldığında önemli farklar olduğu anlaşılmaktadır. Eski kanunda tutuklama nedenlerinin varsayılabilmesini sağlayacak şekilde, katalog suçlara yer verilmese de bazı koşullara

⁴ Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), s. 482; Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 851.

⁵ Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, (İstanbul: Beta Yayınları, 1992), s. 45.

⁶ Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 851; Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 482-483.

⁷ Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 483.

ek olarak tahkikata konu suçun “üst sınırı yedi yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi” hali düzenlenmiştir. Açıktır ki öngörülen bu hal bir tutuklama nedeni karinesidir⁸. 5271 sayılı Kanun’da ise cezanın üst sınırını esas alan tutuklama nedeni karinesi yerine bir suç listesi düzenlenmiştir. Kuşkusuz bu yöntemin de “bir karine veya varsayım” olduğu aşikârdır⁹.

Mukayeseli hukuk açısından bir örnek teşkil etmesi itibariyle İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki düzenlemeler incelendiğinde, söz konusu kanunun “*condizioni di applicabilità delle misure coercitive*” (zorlayıcı tedbirlerinin uygulanma şartları) başlıklı 280. maddesinin ikinci fıkrasında tutuklamaya özgü bir hüküm bulunduğu anlaşılmaktadır. Düzenlemeye göre, tutuklama ancak beş yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile 2 Mayıs 1974 tarihli ve 195 sayılı Kanun’un 7. Maddesinde belirtilen yasadışı finansman sağlama suçu ve müteakip değişiklikler çerçevesinde uygulanabilir¹⁰. Bu hükmün tedbirin kapsamını sınırlandırıcı nitelikte olduğu açıktır. Tutuklama tedbiriyle ilgili olarak kanunda tespit edilebildiği kadarıyla tedbirin uygulanma alanını genişletici mahiyette ne katalog suç, ne de başka bir kanuni karine sisteminin yer aldığı görülmektedir. Bu haliyle, İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kişi hürriyeti bakımından gerek 1412 sayılı Kanun’un, gerekse 5271 sayılı Kanun’un benimsediği sistemlerden daha güvenceli bir kanuni zemin sağladığı söylenebilir.

Öte yandan, ceza hukuku kapsamında hukuki bir işlemin konusu olarak kanunla sınırlı sayıda suçun belirlenmesinin, kişi hürriyeti bakımından birbirine zıt sonuçlar yaratabilecek iki ayrı amaca ve iki ayrı potansiyel sonuca sahip olduğu söylenebilir. Yukarıda yaptığımız tanımda görüldüğü gibi, katalog suç yönteminin tercih edilmesi, belirli bir işlemin uygulama alanının daraltılması amacına yönelik olabileceği gibi, bu işleme dair kanunda öngörülen şartların istisnai olarak, katalog kapsamındaki suçlar bakımından oluştuğunun varsayılması amacına da yönelik olabilir. Katalog suç yönteminin benimsenmesinin söz konusu ilk amacının kişi hürriyetini koruyucu nitelikte olduğu açıktır. Ceza hukukunun kişi hürriyetini en ağır şekilde sınırlandıran kanuni araçlara sahip olan hukuk dalı olduğu dikkate alınır, kişi hürriyetini sınırlandıran, özellikle tedbir niteliğindeki ceza hukuku işlemlerinin uygulama alanını daraltan her yöntem gibi katalog suç yönteminin de hürriyet lehi-

⁸ Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 1. Cilt: Madde 1-156, 4. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2009), s. 793.

⁹ Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 793. Yaşar, cezanın üst sınırını esas alan tutuklama nedeni karinesi yerine katalog suç yöntemine dayanan karinenin kabulüyle karinenin kapsamının daraltıldığı, bu suretle “şüpheli ya da sanığın daha lehinde” bir sistem yaratıldığı kanaatindedir. Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 793. Kanaatimizce müteakip yıllarda tutuklamada katalog suçların sayısının artırılmasına yol açan kanun değişiklikleri dikkate alınır, bu görüşe katılmak güçtür.

¹⁰ Codice di procedura penale, Libro IV Misure cautelari, Titolo I Misure cautelari personali, <https://www.altalex.com/documents/leggi/2014/09/03/misure-cautelari-personali>, erişim tarihi: 31.8.2022.

ne bir sonuç yaratma potansiyeline sahip olduğu düşünebilir. Bu tür katalog suç yöntemine, “sınırlandırıcı katalog suç” yöntemi denebilir.

Diğer taraftan, katalog suç yöntemi, kanunda yer verilen liste kapsamındaki suçlar bakımından kişi hürriyetini sınırlandıran belirli bir işleme dair kanunda öngörülen şartların oluştuğunun varsayılması amacına matuf ve bu doğrultuda düzenlenmiş ise bu yöntemin söz konusu işlemin uygulama alanını genişletecek mahiyette, dolayısıyla kişi hürriyeti aleyhine sonuç yaratması ihtimal dâhilindedir. Katalog suç yönteminin bu türünde, bir suçun listede yer alması kanuni koşulların oluştuğu varsayımına yol açmaktadır. Dolayısıyla bu şekildeki katalog suç yöntemi, “varsayımsal katalog suç” yöntemi olarak adlandırılabilir.

Netice itibarıyla, ceza hukuku mevzuatında kullanılabilecek düzenleme tekniklerinden biri olarak katalog suç yönteminin kullanılma amacına ve şekline bağlı olarak olumlu ve olumsuz özelliklerinin mevcut olduğu açıkça görülmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma” tedbirini düzenleyen 128. maddesi, katalog suç yönteminin sözü edilen iki şeklinin ilkinde örnek olarak verilebilecektir. Söz konusu düzenlemeye göre, esasen maddenin ilk fıkrasında düzenlenen taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri, ancak ve ancak maddenin ikinci fıkrasında belirtilen suçlar hakkında uygulanır (m. 128/1-2). Katalog suç yönteminin bu şekli, söz konusu tedbirin uygulama alanını daraltmakta, böylece kişi hürriyeti alanını genişletmektedir. Bu haliyle, katalog suç yönteminin temel haklar ve hürriyetler bakımından sakıncalı bir yöntem olduğu söylenemez. Buna karşılık, katalog suç yönteminin, 5271 sayılı Kanun’un 100. ve devamındaki maddelerinde düzenlenen tutuklama tedbiri bakımından benimsenen şekli için aynı durum geçerli değildir. Gerçekten, ilgili düzenlemeler incelendiğinde, 100. maddenin ikinci fıkrasında tutuklama nedenlerinin nelerden ibaret olduğunun belirtildiği, üçüncü fıkrasında ise bu nedenlerin mevcut olmasa dahi “var sayılabilir” olduğu bir suç listesine yer verildiği görülmektedir. Bu örnek çerçevesinde katalog suç yönteminin söz konusu şeklinin, kişi hürriyeti bakımından olumlu bir sonuç yaratmasının mümkün olduğunu söylemek güçtür.

II. TUTUKLAMA NEDENLERİ

Her ne kadar 5271 sayılı Kanun’un tutuklama nedenlerinin yanı sıra tutuklamanın diğer şartlarını da düzenleyen 100. maddesinin başlığı “tutuklama nedenleri” olsa da esasen, “tutuklama nedenleri” teriminin güncel anlamı, tutuklama tedbirin mahiyetini ve uygulanmasının gerekliliğini oluşturan tutuklama şartlarının bir bölümüdür. Bununla beraber, 1412 sayılı Kanun döneminde doktrinde “sebepe” (neden) teriminin tutuklamanın tüm şartları için kullanıldığı görülmektedir¹¹. Keza bu dönemde “tutuklama nedeni”ni ifade etmek

¹¹ Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 480.

maksadıyla “*muayyen haller*”¹² ve “*kanunda gösterilen haller*”¹³ ibaresinin kullanıldığını hatırlatmak yararlı olacaktır. Hâlihazırda, “tutuklama nedeni” ile kast edilen ise, belirttiği üzere, tutuklamanın tüm şartları değildir.

5271 sayılı Kanun, tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için belirli koşullar öngörmüştür. Bu koşullar arasında yer alan ve tutuklama tedbirinin özülü doğrudan ilgili olan, bu tedbirin uygulanmasını gerçek anlamda “gerekli” kılan maddi nitelikteki koşullar, “tutuklama nedeni” olarak ifade edilir¹⁴.

Gerçekten “tutuklama nedenleri” ile tutuklamanın özü ve amacı arasında doğrudan bir bağ mevcuttur. Taner’in ifadesiyle, “*tevkif muamelesi ancak muayyen hallerde yapılabilir; bu haller tevkifin gayeleriyle mütenezirdir.*”¹⁵ Keza yazara göre, tutuklamanın söz konusu amaçlarının en önemlileri şunlardır:

*“maznunun kaçmasına mani olmak, serbest kaldığı takdirde delilleri yok etmeğe yahut değiştirmeye çalışması ihtimali varsa bunun önüne geçmek, oldukça ağır bir suç işlemişse âmme efkârını yatıştırmak, hükümet otoritesini göstermek, ceza hükmedildiği takdirde, maznunun kaçmasına mahal bırakmayarak bu cezanın çektilmesini temin etmek.”*¹⁶

Hemen vurgulamak gerekir ki, gerek 1412 sayılı Kanun’da¹⁷ gerekse 5271 sayılı Kanun’da tutuklamanın belirtilen amaçlarının tamamının tutuklama nedeni olarak düzenlenmediği aşikârdır. Bunların ancak bir kısmı kanunla öngörülen tutuklama nedenlerini oluşturmaktadır.

5271 sayılı Kanun’a göre tutuklama nedenleri, “şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular”ın varlığı, şüpheli veya sanığın davranışlarının “delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme” ya da “tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe” oluşturmasından ibarettir (m. 100/2).

¹² M. Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 2. Baskı, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1950), s. 133.

¹³ Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 482.

¹⁴ 5271 sayılı Kanun’un 100. maddesinin hükümet tasarısı gerekçesinin gerek genel açıklama kısmı, gerekse 1412 sayılı Kanun’la karşılaştırma içeren kısmı itibarıyla yeterince açıklayıcı olmadığını; üstelik kendi içinde ve özellikle de maddenin güncel haliyle tutarlılık arz etmediğinin altını çizmek yararlı olacaktır. Ayrıca hükümet tasarısı gerekçesi ile komisyon gerekçesi arasında çok kapsamlı farklar olduğu görülmektedir. Nitekim komisyon gerekçesinde tutuklama nedenlerinin sayısının azaltıldığı, bunların varsayılabilceği hallerin “katalog halinde” düzenlendiğine dair yapılan vurgu dikkat çekicidir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535, 1/292)”, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı : 698, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>, erişim tarihi: 4.7.2022.

¹⁵ Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 133.

¹⁶ Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 133.

¹⁷ Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 133.

Belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun tutuklama nedenlerini düzenlerken “aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni *var sayılabilir*” ifadesini kullanması, tutuklama nedenlerinin keyfi olarak “var sayılabilir” nitelikte olduğunu değil, bu hallerin söz konusu soruşturma ya da kovuşturmada somut olarak oluşup oluşmadığının hâkim ya da mahkemece özenle değerlendirilmesi gerektiğini, maddi ve hukuki olarak gerekmedikçe bu tedbirin uygulanamayacağını göstermektedir. Bununla beraber kanun koyucunun söz konusu ifade yerine, “Aşağıdaki haller dışında tutuklama kararı verilemez” şeklinde açık bir hükme yer vermesinin, tedbirin kapsamını en azından yasal düzlemde sınırlandırmak bakımından daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Tutuklama nedenlerinin özelliklerine bakıldığında, öncelikle, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması ihtimali üzerinde durmak gerekir. Gerçekten şüpheli veya sanığın ilgili adli mercilerin gerektiğinde ulaşabileceği şekilde fiziki olarak erişilebilir durumda olması ve hazır bulundurulması, soruşturma veya kovuşturma işlemlerinin gereği gibi yapılabilmesi için elzemdir. Keza şüpheli veya sanığın “delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme” ya da “tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma” ihtimali de aynı doğrultuda gerekli birer neden sayılmalıdır. Bu açıdan kanunda düzenlenen tutuklama nedenlerinin tedbirin sınırlandırdığı kişi hürriyetinin önemi ve ağırlığıyla orantılı bir öneme sahip olduğu açıktır.

Bir idari işlemde sebep unsurunun varlığı o işlemin hukuken oluşması için ne derece önemliyse bir ceza hukuku işlemi olan tutuklama kararı bakımından da kanunda düzenlenen tutuklama nedenlerinin fiilen mevcut olması aynı derecede önemlidir. Bu itibarla, tutuklama nedenlerinin her bir uyumsuzluk konusu bakımından, o konunun kendine özgü maddi koşullarının ayrıntı şekilde değerlendirilmesi, şu veya bu sebeple –değiş yerindeyse– otomatik olarak var sayılmaması kişi hürriyeti ve hukuki güvenlik prensibi bakımından hayati bir koşuldur.

III. TUTUKLAMADA KATALOG SUÇLARIN KAPSAMI

5271 sayılı Kanun, hakkında tutuklama tedbirinin uygulanıp uygulanmasının değerlendirildiği bazı suçlar bakımından bunların “işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde” tutuklama nedenlerinin “var sayılabilir” olduğunu düzenlemiştir (m. 100/3). Tutuklamada katalog suç yönteminin benimsenmesi, Türk ceza muhakemesi hukukuna özgü bir eğilim değildir. Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda katalog suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe kriterini de içeren, benzer mahiyette bir düzenleme bulunmaktadır (m. 112/3)¹⁸.

¹⁸ Recep Kahraman, “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Düzenlenen ‘Katalog Suçlarda Tutuklama’ (Md. 112/3)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 71, Sayı: 2, 2022, ss. 745-778, s. 746.

Vurgulamak gerekir ki, niteliği ve işlevi incelendiğinde, tutuklamada katalog suçlara ilişkin düzenlemenin bir karine veya varsayım düzenlemesi olduğu, “*davranışlara, olaylara, girişimlere dayanmadığından somut değil soyut nedenler*” mahiyetinde olduğu açıktır¹⁹.

Bu çerçevede yürürlükteki düzenlemeye göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78), göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), kasten öldürme (madde 81, 82, 83), kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent b, e ve f) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87), işkence (madde 94, 95), cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), çocukların cinsel istismarı (madde 103), hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), suç işlemek amacıyla örgütlenme (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), devletin güvenliğine karşı suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308), anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315); ayrıca bazı özel kanunlarda düzenlenen suçlar kapsamında, 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları, 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22. maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110. maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları, 6.10.1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33. maddesinde sayılan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen suçlar; diğer taraftan Türk Ceza Kanunu kapsamında olmakla birlikte, kadına karşı işlenen kasten yaralama suçu, sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama suçu özel olarak tutuklama tedbirinde “katalog suçlar” kapsamındadır.

Görüldüğü üzere söz konusu suçların kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Dahası, zaten ilk düzenlendiği tarih itibariyle geniş olan ve 5271 sayılı Kanun’un kabulünden kısa süre sonra dahi, 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun’un 17. maddesiyle genişletilen katalog suçların kapsamının kanun koyucu tarafından başka bazı düzenlemelerle, bilhassa son yıllarda daha da genişletilmesi eğilimi açıkça görülmektedir. Gerçekten, yalnızca son yıllarda kabul edilen düzenlemelere bakıldığında bile, yukarıda sayılan suçlardan, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarının 6/12/2019 tarihli ve 7196

¹⁹ Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 795.

sayılı Kanun'un 58. maddesiyle listeye eklendiği; kasten yaralama suçunun katalog kapsamı dışında kalan kısmının daraltılarak 5237 sayılı Kanun'un madde 86, fıkra 3, bent e'ye (silahla kasten yaralamaya) ek olarak b bendi (beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı kasten yaralama) ve f bendinin (canavarca hisle kasten yaralamanın) eklenmesi suretiyle 12/5/2022 tarihli ve 7406 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle katalogun genişletildiği; keza aynı düzenlemeyle kasten yaralama suçunun kadına karşı (bent i) ya da sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla (bent j) işlendiği hallerin de listeye eklendiği dikkat çekmektedir.

IV. TUTUKLAMADA KATALOG SUÇ YÖNTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. OLUMLU YÖNLERİ

Kişi hürriyetini sınırlandıran bir tedbirin uygulama alanıyla ilgili olarak belirli suçların kanunla öngörülen bir liste halinde düzenlenmesi, ilk bakışta kişi hürriyeti lehine bir yaklaşım olarak görülebilir. Ancak mevcut düzenleme çerçevesinde münhasıran tutuklamada katalog suç yönteminin benimsenmesinin olumlu yönleri üzerinde durmak yararlı olacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, Alman hukukunun tesiri altında 5271 sayılı Kanun'la tutuklamada katalog suç sisteminin benimsenmesi ile temel hak ve hürriyetlerin daha güçlü bir şekilde koruma altına alınmasının ve tutuklamanın istisnai olarak başvuru alanı bir tedbir haline getirilmesinin hedeflendiği belirtilmektedir²⁰. Ancak tutuklamada tüm suçlar için geçerli nedenler sistemi yerine katalog suç sisteminin tercih edilmesinin söz konusu hedeflere ulaşılması bakımından ne şekilde yarar sağlayabileceğini izah etmek güçtür. Nitekim yeni ve eski kanun dönemlerindeki tutuklama uygulamasının boyutları karşılaştırıldığında, 2001 ilâ 2004 yılları arasında tutuklu sayısının 28.068 ile 31.920 arasında olduğu, buna karşılık söz konusu sayının 2006'da 44.141'e, 2007'de ise 53229'a ulaştığı görülmektedir²¹. Dolayısıyla 5271 sayılı Kanun'un kabul edilmesinden sonraki ilk iki yıl içinde dahi tutuklu sayısının belirgin şekilde arttığı açıktır. Bu itibarla uygulamada bu sistemin, bilakis, temel hak ve hürriyetlerin daha zayıf bir şekilde korunması ve katalog suçlarda tutuklamanın bir istisna değil, kaide haline gelmesi sonucunu yarattığı söylenebilir²². 5271 sayılı Kanun'da düzenlenen tutuklama bağlamında katalog suç sistemi, kanundaki düzenleme şekli itibarıyla bu tedbirin kapsamını daraltacak mahiyette görünmemektedir. Bu yöntemin tutuklama-

²⁰ Öznur Sevdiren, "Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararının Maddî Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 16, 2019, ss. 295-358, s. 324.

²¹ Kurt Yücekul-Akyürek, "Türkiye'nin Ulusal Raporu, Bölüm III: Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarına Saygı", s. 61.

²² Sevdiren, "Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararının Maddî Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım", s. 324-325.

nın kapsamını daraltabilmesi için tedbirin katalog suçlarla sınırlı şekilde uygulanması doğrultusunda ya da bu işleve sahip bir düzenleme yapılması gerekirdi. Oysa 5271 sayılı Kanun'daki düzenlemenin, tutuklamada katalog suçlar dışındaki diğer suçların tedbirin uygulama kapsamı dışında bırakılması sonucunu doğuracak bir içerikten uzak olduğu açıktır.

Bilindiği üzere, 5271 sayılı Kanun'un tutuklama bakımından öngördüğü katalog suçların temel özelliği, bu suçlarla ilgili olarak tedbir uygulanmasının değerlendirildiği aşamada, tutuklama nedenlerinin mevcut sayılabilesidir. Kuşkusuz, katalog suçlarla ilgili olarak kanun bir "tutuklama zorunluluğu"²³ ya da bir başka deyişle "mecburi tutuklama"²⁴ öngörmemiştir. Keza söz konusu suçlarla ilgili tutuklama kararlarında her ne kadar tutuklama nedenlerinin detaylı bir şekilde incelenmesi gerekli olmaktan çıkarılmış olsa da gerekçe gösterilmesi gerektiği açıktır²⁵. Ne var ki, kanundaki düzenleme her halükârda "tutuklama karineleri" yaratmaktadır²⁶. Bu durumda, kanun koyucunun bu suçlar bakımından belli varsayımlara istinaden böyle bir düzenleme yaptığını kabul etmek yanlış olmayacaktır. Kanun koyucunun öncelikli muhtemel varsayımı, söz konusu "suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde" tutuklama nedeni olarak görülen "şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması," "delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme"si ya da "tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunmasının kaçınılmaz olmasa da kuvvetle muhtemel olduğudur. Bu şartlar altında, kanun koyucu, katalogda yer alan suçlardan birini, örneğin uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretini işlediği hususunda somut delillere istinaden kuvvetli şüphe bulunan şüpheli ya da sanıkların muhakeme sürecinde hazır bulunmamasını, bu maksatla kaçmasını, saklanmasını veya muhakemede değerlendirilecek delilleri gizlemesini, imha ya da tahrif etmesini ya da yine muhakeme işlemlerini etkileyebilecek şekilde tanıkların, mağdurların veya başkalarının üzerinde baskı yapma girişiminde bulunmasını, herhalde, eşyanın tabiatına uygun bulmaktadır. Böyle bir varsayımla elde edilmesi umulan hukuki yarar ise kanun koyucunun diğer suçlardan daha "önemli" veya en azından daha "farklı" gördüğü katalog suçlarda hâkim ya da mahkeme tarafından tutuklama nedenlerinin ayrıca araştırılmasına vakit ve mesai sarf edilmeksizin tutuklama kararının verilebilmesidir. Bu olasılıkta, somut olayda her halükârda "farklı" ya da "önemli" olduğundan kataloğa dâhil edilmiş bir suç işlediği yönünde kuvvetli şüpheyi ortaya koyan somut deliller mevcuttur. Keza tutuklama işlemi

²³ Cumhuriyet Şahin; Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 12. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), s. 292.

²⁴ Feridun Yenisey; Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), s. 368.

²⁵ Şahin, Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s. 292.

²⁶ Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 5. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınları, 2020), s. 636.

“işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü”dür. Ancak söz konusu olasılıkta, prensip olarak, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların mevcut olup olmadığının; yine delilleri gizleme, imha ya da tahrif etme ya da tanıkların, mağdurun veya başkalarının üzerinde baskı yapma girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturup oluşturmadığı açısından şüpheli veya sanığın davranışlarının değerlendirilmesine gerek yoktur.

Kabul etmek gerekir ki, bir suçun işlendiğine yönelik somut delillere dayanan kuvvetli şüphe başka bir şey, o suçla ilgili olarak yapılan soruşturma veya kovuşturma bağlamında kaçma, saklanma, delilleri karartma, tanık, mağdur veya başkalarına baskı yapmaya ilişkin somut olgulara dayanan kuvvetli şüphe başka bir şeydir. Mesela işlendiği iddia edilen silahla kasten yaralama suçunun oluştuğuna dair kuvvetli şüphe mevcut olduğu halde, bu suçtan dolayı şüpheli veya sanığın kaçma, saklanma olasılığı bulunmayabilir. Keza şüpheli veya sanık olağan zamanlardaki yaşam tarzını, yerini değiştirmemiş; çağrıldığında, hatta kendi iradesiyle adli makamlara başvurabilecek durumda olabilir. Yine, suça ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe mevcut olduğu halde şüpheli veya sanığın delillere zarar vermesine ya da tanıklara, mağdura, başkalarına baskı yaptığına ya da yapacağına dair herhangi bir şüphe bulunmayabilir. Ancak bu durumun tam tersi de söz konusu olabilir: Bu ihtimalde, suçun işlendiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe yoktur; ancak şüpheli veya sanığın davranışları ve diğer somut olgular, bu kişilerin kaçması, saklanması, delillere zarar vermesi ya da tanıklara, mağdura, başkalarına baskı yapması ihtimalinin çok yüksek olduğunu göstermektedir. Sonuçta suça ilişkin şüphe ve bunu gösteren delillerin yapısı ile suçtan dolayı uygulanabilecek tedbirin gerektirdiği şüphe ve bunu gösteren somut olguların yapısı birbirinden özü itibarıyla farklıdır. Dolayısıyla, ilk olasılıkta, suça ilişkin somut delillere istinaden kuvvetli şüphenin mevcut, ancak tedbirin nedenlerinin var olduğuna ilişkin somut olguların ve/veya kuvvetli şüphenin mevcut olmadığı durumlarda, bazı suçların önemi ve ağırlığının gözetilerek tutuklama için öngörülen katalog suçlara dâhil edilmek suretiyle tutuklama nedenlerinin ayrıca değerlendirilmesini devre dışı bırakmak yararlı olabilecektir. Örneğin kasten öldürme suçunu işlediği düşünülen şüphelinin ağır bir ceza öngörülen bu suçtan dolayı muhakeme edilecek olması, onun imkân bulduğu takdirde kaçması veya delillere zarar vermesi için önemli bir etmen ve büyük bir ihtimal yaratmaktadır²⁷. Bu halde, henüz kaçma ya da delilleri karartmaya dair somut olguların tespit edilememesi, böylesine ağır suçlardan dolayı tedbire başvurulmasına engel olmamalıdır²⁸. Genel olarak bakıldığında da söz konusu koşullar altında “önemli”, “ağır” bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın kaçma, saklanma, delilleri ka-

²⁷ Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 793.

²⁸ Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 793.

rartma, ilgili kişilere baskı yapmasına dair somut olgu ve/veya kuvvetli şüpheli olmasa da tutuklama tedbirine başvurulabilecektir. Böylece tutuklamaya ilişkin yasal sınırlandırmaların en önemlilerinden biri olan “tutuklama nedenleri”ne ilişkin şartların her uyumsuzlukta aranmasının yol açtığı muhtemel sorunlar bertaraf edilebilecektir. Tutuklamada katalog suç yönteminin uygulanmasının başlıca olumlu yönünün bu olduğunu kabul etmek gerekir.

Diğer taraftan, kuşkusuz, tutuklama nedenleri kanunda tahdidi olarak sayılmıştır. Ancak tutuklamada katalog suç yönteminin benimsenmesi, bu nedenler dışında, kanunda yer almayan, fakat kamuoyunda dikkate alınan ve dile getirilen, “infial uyandırma potansiyeli” ya da bunun gibi başka bazı nedenlerin varlığı halinde, tutuklama tedbirinin, tutuklama nedenine ilişkin özel bir değerlendirme yapılmasının uygulanmasına elverişli bir hukuki zemin yaratmaktadır. Böylece, somut olayın yapısına ve toplumsal tepki düzeyine bağlı olarak ihtiyaç duyulduğunda uygulanmak üzere, tutuklama nedenlerinin kapsamının dolaylı biçimde genişletilmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır. Ne var ki tutuklamada katalog suç yönteminin bu özelliğinin ne derece olumlu bir özellik olarak değerlendirilebileceği, oldukça tartışmaya açıktır. Zira hukuk devleti prensibi gözetildiğinde, en temel haklardan biri olan kişi hürriyetini en ağır şekilde sınırlandıran tutuklama tedbiri bakımından “tutuklama nedeni”nin oluşup oluşmadığının araştırılmasının ve bilhassa kanunla tahdidi şekilde belirlenmiş olmasının ne denli hayati ve merkezi bir öneme sahip olduğu izahtan varestedir.

B. OLUMSUZ YÖNLERİ

5271 sayılı Kanun’un kanunlaşma sürecinde tutuklamada katalog suç yönteminin benimsenmesinin tartışmasız bir şekilde gerçekleştiği söylenebilir. Söz konusu süreçte, Alman mevzuatı doğrultusunda katalog suç yönteminin kabulü yönündeki görüşlere karşılık, böyle bir tercihin katalog kapsamındaki suçlar bakımından bir “ön yargı” teşkil edeceğine dair itirazlar da ileri sürülmüştür²⁹. Dolayısıyla, katalog suç yönteminin olumsuz yönlerinin olabileceğine dair düşüncelerin, yöntemin benimsenmesinden önce dahi tartışma konusu olduğu söylenebilir.

Tutuklama tedbirinin uygulanmasının “sıkı kayıt ve şartlara bağlanması”, kişi hürriyetinin başlıca teminatlarından biridir³⁰. Bu bağlamda, tutuklama tedbirinde katalog suç yönteminin uygulanmasının en olumsuz yönü, kanaatimizce, kataloga dâhil edilmiş suçlar bakımından tutuklama nedeninin “var sayılabilir” hale getirilmesi ve bu suretle kişi hürriyetinin sınırlandırılma koşullarının hafifletilmesi yoluyla yeterli güvenceden yoksun bırakılma-

²⁹ Ali Karagülmez, “Tutuklama Nedenleri ve Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtiraz Konusunda 5271 Sayılı CMK’nın İncelenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58, 2005, ss. 120-136, s. 125.

³⁰ Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 850.

sına imkân tanınmasıdır. Alman hukuku menşeli sayılabilecek bu kurumun Alman hukuk tarihindeki gelişimine bakıldığında, katalog suç yönteminin ulusal mevzuata ilk kez 1935 yılında yapılan kanun değişikliğiyle Nasyonal Sosyalist rejim döneminde, suçun ağırlığı ve sosyal infial uyandırması koşullarıyla dâhil edilmiş olması, bu yöntemin asli mahiyeti ve işlevi bakımından oldukça düşündürücüdür³¹. Gerçekten, katalog suç yönteminin geçerli olduğu bir cezai adalet sisteminde, soruşturmanın ve/veya kovuşturma hukuki konusunun katalogda yer alan belirli bir suç olarak belirlenmesi, tek başına, bu “suç”tan dolayı tutuklama nedenlerinin araştırılması güvencesinin devre dışı bırakılması temel hak ve hürriyetler bakımından büyük bir sakınca oluşturmaktadır. Üstelik gerek soruşturma gerekse kovuşturma evresinde hukuki anlamda fail/şüpheli/sanık tarafından işlendiği sabit olan bir “suç” da mevcut olmadığı dikkate alınırca, uyuşmazlık konusu davranışın belirli bir suçla ilişkilendirilmesinin kendiliğinden tutuklama tedbirine başvurulmasıyla sonuçlanmasının kişi hürriyeti için ne denli bir tehlike yaratabileceği daha açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin soruşturmaya konu olan davranış, maddi gerçek anlamında bu evrede kesinlik kazanmamış olmasına rağmen Cumhuriyet savcısının tutuklama talebiyle sulh ceza hâkimine yaptığı başvuruda belirli bir suç nitelemesi bulunmaktadır. Bu niteleme elbette ceza muhakemesinin işleyişi bakımından gereklidir. Ancak Cumhuriyet savcısının soruşturmanın geldiği aşamada topladığı mevcut delillerle sınırlı, muhtemelen daha fazla araştırmayı gerekli kılan bir delil mevcuduna dayanarak yaptığı nitelemeye istinaden, yalnızca bu sebeple, temel bir hak ve özgürlüğü en ağır bir şekilde kısıtlayan bir ceza muhakemesi tedbirinin uygulanması malul görünmemektedir.

Bu noktada, söz konusu eleştiriye, 5271 sayılı Kanun’un, tutuklamada katalog suçların varlığı halinde tutuklama nedeninin “var sayılır” değil, “var sayılabilir” şeklinde düzenlendiği; dolayısıyla hâkim veya mahkemenin bu konuda takdir yetkisinin olduğu, doğrudan tutuklamaya karar vermesinin gerekmediği, bu sebeple de tutuklamada hâkim ya da mahkeme kararının varlığı güvencesinin devam ettiği, dahası zaten tutuklama için somut delillere dayanan kuvvetli şüphesi koşulunun her halükârda geçerli olduğu, sonuçta kişi hürriyeti bakımından bir hukuki sakınca bulunmadığı savlarıyla karşı çıkılması mümkündür. Gerçekten, tutuklama nedenlerinin var sayılabildiği belirli suçların öngörülmesi ve olayda bu suçlardan birinin işlendiği iddiası, tek başına tutuklama için yeterli bir hal intibası uyandırmamalı; hâkimin bu hususta her halükârda takdir yetkisinin mevcut olduğu, bu yetkinin itinayla kullanılması gerektiği göz ardı edilmemelidir³². Ne var ki, bu itiraz, özellikle,

³¹ Kahraman, “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Düzenlenen ‘Katalog Suçlarda Tutuklama’ (Md. 112/3)”, s. 750.

³² Süheyl Donay, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), s. 123.

Türk cezai adalet sisteminde yaygın olarak varlığı gözlemlenen teamüller, gelenekler, kurumsal alışkanlıklar, personelin nitel ve nicel yeterliliği konusundaki sorunlar ve ağır iş yükü gibi olgular karşısında yeterince ikna edici görünmemektedir.

Öte yandan, katalogda yer aldığı için “ağır” ve “önemli” olduğu var sayılan bir “suç” ithamı, henüz işlendiği sabit olmamasına ve bu durum ceza muhakemesi sùjelerince bilinmesine rağmen, neticede bir izlenim yaratmaktadır ki, bu izlenimin başlı başına kişi hürriyetinin sınırlanması için “var sayılabilir” bir neden olarak değerlendirilmesi oldukça mahzurludur. Örneğin, 1412 sayılı Kanun’un önceki halindeki ifadeyle, “*suçun devlet veya hükûmet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunması veya umumî âdâp aleyhinde olması*”nın tabiri caizse otomatik bir tutuklama sebebi olarak değerlendirilmesi, tutuklamanın varlık amacına tamamen aykırıdır³³.

Ayrıca, “somut delillere dayanan kuvvetli şüphesi koşulunun her halükârda geçerli olduğu” şeklindeki itiraz da haklı görünmemektedir. Zira söz konusu kuvvetli şüphenin konusu, tutuklamanın asıl nedenlerini oluşturan ve belirli bir sürece özgü davranışları oluşturan kaçmak, saklanma, delilleri karartmak tanık, mağdur veya başkalarına baskı yapmak değil; doğrudan geçmişte işlenen ve suç olduğu iddia edilen davranıştır. Suça ilişkin şüphe ile tutuklama nedenine ilişkin şüphe, yukarıda vurgulandığı üzere, birbirinden ayrı şeylerdir.

Katalog suç usulünün tutuklamada tatbikinin ikinci önemli sakıncası, tutuklama tedbirinin hukuki mahiyetinden ve varlık amacından uzaklaştırılması suretiyle araçsallaştırılması ihtimalidir. Hakikaten, tutuklamanın bir “tedbir” olduğu, geçici, belirli amaçları sağlamaya yönelik bir ceza muhakemesi aracı olduğu bilinir; ancak uygulamada tutuklamanın söz konusu mahiyetinden daha geniş kapsamda bir araç olarak değerlendirilmediğini söylemek güçtür. Üstelik kamuoyunun geniş kesimleri nezdinde tutuklamanın geçici bir araç olmanın ötesinde, bir yaptırım, bir ceza olarak değerlendirildiğini söylemek de her halde yanlış olmayacaktır. Bu itibarla, özellikle cezai adalet sistemi ile bu çerçevede hukuki kültürü ve teamülleri yeterince kurumsallaşmamış Türkiye gibi ülkelerde, tedbir için gerekli yasal nedenlerin “var sayılabilir” olmasını mümkün kılan katalog suç yönteminin benimsenmesi, cezai adalet sisteminin sağlıklı biçimde işleyişi ve yargı mekanizmalarının kurumsal kültürünün, temel hak ve hürriyetler bakımından yeterli duyarlılığa sahip olacak şekilde oluşturulması açısından isabetli görünmemektedir.

³³ Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 483-484.

SONUÇ

Tutuklama tedbirinde, tutuklamaya ilişkin genel koşullarla ve tüm suçlar bakımından geçerli olan tutuklama nedenleriyle yetinilmeyerek katalog suç yönteminin uygulanmasının tamamen yanlış ve mahzurlu bir hukuki tercih olduğunu söylemek zordur. Bununla beraber, bu yöntemin olumsuz yönlerinin olumlu yönlerine kıyasla çok daha ağır bastığı görülmektedir. Ceza muhakemesi, maddi gerçeğe ulaşırken, elbette, kişi hürriyetini sınırlandıran geçici araçlara başvurmak durumundadır; ancak her koşulda bu araçların anayasal ve yasal nedenlere istinaden kullanılması gerekir. Belirli suçların, hukuki ve toplumsal açıdan ne kadar “ağır” veya “önemli” görülürse görülsün, bu sınırlama ve nedenlerden azade tutulması temel hak ve hürriyetler bakımından telafisi imkânsız ihlaller yaratacak niteliktedir. Türk ceza adalet sistemindeki somut uygulamaların genel görünüşü bu tespiti doğrulayacak mahiyettedir. Neticede tutuklama tedbirinde katalog suç yönteminin terk edilmesi ve bu çerçevede 5271 sayılı Kanun’un 100. maddesinin üçüncü fıkrasının ilga edilmesi gerektiği, her türlü suç için tutuklama nedenlerinin varlığının araştırılmasının takdirî değil, zorunlu kılınmasının lüzumlu olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Aydiner, Ömer Faruk. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

Centel, Nur. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama*, İstanbul: Beta Yayınları, 1992.

Codice di procedura penale, Libro IV Misure cautelari, Titolo I Misure cautelari personali, <https://www.altalex.com/documents/leggi/2014/09/03/misure-cautelari-personali>.

Donay, Süheyl. *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.

Hendek, Hasan. Türk Ceza Hukuku Açısından Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Kahraman, Recep. “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Düzenlenen ‘Katalog Suçlarda Tutuklama’ (Md. 112/3)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 71, Sayı: 2, 2022, ss. 745-778.

Karagülmez, Ali. “Tutuklama Nedenleri ve Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtiraz Konusunda 5271 Sayılı CMK’nın İncelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 58, 2005, ss. 120-136.

Koparan, Mehmet Reşat. "Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 65, 2006, ss. 154-172.

Kunter, Nurullah. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.

Özen, Mustafa. *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2020.

Sevdiren, Öznur. "Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararının Maddi Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 16, 2019, ss. 295-358.

Şahin, Cumhuriyet; Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku -I-*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.

Taner, M. Tahir. *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1950.

Tosun, Öztekin. *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Cilt I, Genel Kısım, 4. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

Türkiye Büyük Millet Meclisi. "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535, 1/292)", Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı : 698, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>.

Yaşar, Osman. *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, 1. Cilt: Madde 1-156, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.

Yenisey, Feridun; Nuhoglu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.

Yücekel, Gülşah Kurt; Akyürek, Güçlü. "Türkiye'nin Ulusal Raporu, Bölüm III: Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarına Saygı", Uluslararası Ceza Hukuku Derneği, XVIII. Uluslararası AIDP Kongresi (İstanbul, Eylül 2009), *Suç ve Ceza Dergisi*, Sayı: 4, 2008, ss. 40-74.

EKOLOJİK KAMU DÜZENİ

Güher ULU*

GİRİŞ

20. yüzyılın ikinci yarısından sonra, çevrenin korunması hukukun konusu olmaya başlamış; çevre hukuku adı altında devletler hukuku, anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku gibi farklı hukuk dallarına ait pozitif metinler ve bu koruma amacına yönelik temel kavram ve ilkeler kabul edilmiştir. İdari rejimi kabul eden ülkeler olan Fransa ve Belçika gibi ülkelerde çevre hakkının korunması amacıyla “*ekolojik kamu düzeni*” kavramı ortaya atılmaktadır. Böylelikle daha etkin bir araç olan kamu düzeni kavramına başvurulmak istenmekte ve ekolojik kamu düzeni kavramının da aynı çevre hakkı gibi temel bir kavram olarak kabulü tasarlanmaktadır. Bu kavramın ileri sürülmesinin temelinde ise çevre sorunları olarak sayılan birçok faaliyetin hem önleme hem de ihtiyat ilkelerine hizmet edebilecek idari kolluk yetkilerine başvurularak düzenlenmesi, denetlenmesi, sınırlandırılması veya yasaklanması düşüncesi yatmaktadır.

Kamu düzeni kavramı idari kolluk faaliyetini tanımlayan, kolluk tedbirlerini sınırlandıran işlevsel bir kavramdır. Belirsiz ve soyut, önceden tanımı verilemeyen, her somut olayda içeriği belirlenebilen bir kavram olması nedeniyle bu kavrama endişe ile yaklaşılmaktadır. Yine de iki farklı anlayış olan geleneksel anlayış ve modern anlayış bu kavrama bir tanım vermektedir. Gerek Anayasa’da gerekse kanunlarda kamu düzeni tanımı bulunmamaktadır. Türk hukukunda “ekolojik kamu düzeni” kavramının adı ise, henüz herhangi bir pozitif hukuk metninde öngörülmemektedir ve bir yargı kararında yer almamaktadır.

Çevre hakkı, Türk Anayasası’nda kabul edildiği üzere “*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama*” hakkı, çevre hukukunun temel kavramlarından biridir. Esasen başlarda çevre hakkının yaşama hakkı kapsamında kabul edilmesi düşüncesi ileri sürülmüş; buna karşılık bu görüşün ileri sürüldüğü ülkelerin başında yer alan Fransa, çevrenin korunmasına hizmet eden en kapsamlı Anayasal düzenlemeyi kabul eden ülke olmuştur. Anayasal değere sahip bir metin olan Çevre Şartı, 2005 yılında, çevrenin korunmasına ilişkin temel hak, ilke ve ödevleri tanıyarak Fransız hukukunun anayasallık bloğuna entegre

* Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku A.B.D., e-mail: guherulu@uludag.edu.tr.

edilmiştir¹. Türk hukukunda ise, söz konusu ilkeler Çevre Kanunu ile kanuni düzeyde de olsa ulusal hukukta normatif değere kavuşturulmuştur. Bugün çevre hakkı nasıl hukukun gündemine alınarak uluslararası ve ulusal hukuk metinlerinde hüküm altına alınmışsa, çevrenin korunması amacıyla ekolojik kamu düzeni de gündeme alınmıştır ve belirli bir normatif değere kavuşturulması gerekliliği ileri sürülmektedir. Uluslararası metinlerde ve anayasalarda yer alan kavram olan çevre ve çevre hakkı ile idari bir kavram olan kamu düzeninin birleşiminden doğacak ekolojik kamu düzeninin hukuken tanınması istenmektedir. Bu çalışmada anayasal düzeydeki söz konusu korumanın niteliği, kamu düzeni kavramına atfedilen tanımlar, mevcut anayasal ve kanuni düzenlemeler ışığında ekolojik kamu düzene ilişkin idare hukukundaki teorik ve pratik anlam ve eleştiriler açıklanmaya çalışacaktır².

I. EKOLOJİK KAMU DÜZENİNİN ANAYASAL TEMELLERİ

Türk hukukunda ekolojik kamu düzeni kavramının kabulü veya reddi yönündeki değerlendirme öncelikle anayasal temelin tespiti ile başlar. İdari kolluk faaliyeti kapsamında ekolojik kamu düzeninin korunması sorunu, Anayasa'nın 56'ncı maddesinin niteliğini ve kamu düzenin bir sınırlandırma sebebi olarak kapsamını incelemeyi gündeme getirmektedir.

A. ANAYASAL BİR YÜKÜMLÜLÜK OLARAK ÇEVRENİN KORUNMASI

Çevre hakkı, insan haklarının ortaya çıkış sıralarına göre yapılan sınıflandırmaya göre, yeni kuşak haklar veya yeni insan hakları olarak da adlandırılan üçüncü kuşak haklar arasında sayılmaktadır³. Bu sınıflandırma sonucu çevre hakkının bağlayıcılığı ve normatifliğinin tartışmalı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁴. Bir diğer sınıflandırma olan Jellinek'in üçlü sınıflandırması-na göre çevre hakkı, ikinci sınıf olan pozitif statü haklarından biridir⁵.

Her iki sınıflandırmanın pedagojik amaç taşıdığı ve hakların bütünlüğü ilkesi gereği de esasen yapay olduğu kabul edilmekle beraber, sınıflara bağlanan hukuki sonuçlar sıralanmaktadır. Birinci kuşak hakları düzenleyen

¹ Charte de l'environnement, 2005-205 sayılı ve 1 Mart 2005 tarihli Çevre Şartı'na ilişkin Anayasa Değişikliği Kanunu, 0051 sayılı ve 2 Mart 2005 tarihli JORF, 3697, Erişim Tarihi: Temmuz 15, 2022. <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-environnement>.

² Ekolojik kamu düzeninin Roma hukukundan gelen ve özel hukukun konusu olan komşuluk hukuku, devletler hukuku gibi farklı hukuk dallarındaki hukuki temellendirmesi konusunda bkz. Bettina Laville, "L'ordre public écologique", Archives de philosophie du droit 58, S. 1 (2015): 317-336; Nadia Belaidi, "Identité et perspectives d'un ordre public écologique", Revue internationale interdisciplinaire 68, S. 2 (2014), 15-49.

³ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2011), 512; Kemal Dadak, "Yeni Kuşak Hak Olarak Çevre Hakkı", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5 (2015): 309-326.

⁴ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 513.

⁵ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2021), 309.

normların bağlayıcılığı tartışmasızken, ikinci kuşak hakları düzenleyen normların program hüküm niteliğinde olduğu ve devletin bunları mali imkanlarının yeterliliği ölçüsünde gerçekleştireceği sonucuna ulaşılmaktadır⁶. Üçüncü kuşak haklar bakımından ise, bu hakları düzenleyen normların bağlayıcılığının tartışmalı olduğu sonucu kabul edilmektedir⁷. Dolayısıyla çevre hakkını düzenleyen anayasal normun devlete bir yükümlülük getirdiğini iddia etmek güçtür. Buna karşılık Jellinek'in sınıflandırması kabul edildiğinde çevre hakkı, olumlu, isteme haklarından ve devlete olumlu bir edimde bulunma ödevi yüklemektedir⁸. Bu halde çevre hakkının anayasada tanınması, devlete bu konuda ödevler yüklemektedir.

Türk hukukunda sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkının niteliğini belirlemede Anayasa'nın kabul ettiği sınıflandırma dikkate alınmalıdır. Anayasa'da kabul edilen temel hak ve hürriyetler temel olarak Jellinek'e ait sınıflandırmaya benzer şekilde üçe ayrılarak iki, üç ve dördüncü bölümlerde düzenlenmektedir. Anayasa'da çevre hakkı "*sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkı*" olarak "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümde düzenlenmektedir. Üçüncü bölümdeki bu haklar çoğunlukla pozitif statü haklarından oluşmaktadır; ancak bölümdeki hakların bazıları negatif statü hakları, bazıları ise aktif statü haklarıdır⁹. Çevre hakkı da hem negatif statü hakkı hem de pozitif statü hakkı niteliğindedir.

Düzenleme uyarınca, sağlıklı ve dengeli yaşama hakkı bakımından devletin bu hakka dokunmama ve ayrıca bu hakkın korunması için olumlu edinme bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Anayasa'nın VII sayılı ve "*Sağlık, çevre ve konut*" adlı başlık altında yer alan "*Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması*" başlıklı 56'ncı maddesi uyarınca, "*herkes, sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkına sahiptir*" ve "*çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir*". Anayasa'da "çevre hakkı" ifadesi yerine "*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı*" ifadesinin seçilmesi nedeniyle Türk hukukunda çevre hakkının çevreyi merkez alan değil, insanı merkez alan anlamıyla kabul edildiği söylenebilir ve bu eleştirilebilir. Maddenin Anayasa'da düzenlendiği bölüm, başlık ve lafzından yola çıkılarak yaşam hakkı ile sağlıklı ve dengeli çevrenin bağlantılı olduğu, dolayısıyla sağlıklı ve dengeli çevrenin, kişinin yaşam hakkı ile bağlantılı bir hak olarak tanınarak korunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Çevre hakkı ile ulaşılmak istenen korumaya, bu düzenleme ile de ulaşıldığı tartışmasızdır. Çevre hakkı hem yaşam hem de sağlık hakkı ile ilişkilendirilerek korunmaktadır. Bu düzenleme ile diğer haklarla, örneğin mülkiyet hakkı ile çatışma halinde çevre hakkının yaşam hakkının vazgeçilmez parçası olması göz

⁶ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 513, 514.

⁷ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 513.

⁸ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 309.

⁹ Örnekler için bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 311.

önünde bulundurulması sağlanacaktır¹⁰. Dolayısıyla, insanı merkez alan bu korumanın, aslında yine insanı merkez alan diğer temel hak ve hürriyetler karşısında en azından eşit konuma sahip olduğu yorumu yapılabilecektir.

Anayasa'daki düzenleme, çevrenin her koşulda ve her faaliyete karşı korunmasını değil; sağlıklı ve dengeli çevrede yaşam hakkının korunmasını güvence altına almaktadır. Bu halde çevrenin korunmasının diğer hak ve özgürlükler karşısında mutlak bir üstünlüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın tesis ettiği liberal haklar sistemi ve bunun çerçevesinde devletin izlediği sosyal ve ekonomik politikalar ile çevrenin korunması arasında denge sağlanabilecektir.

Bu hüküm uyarınca devlet, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ihlalleri engellemek yükümlülüğü altındadır. Buna ek olarak çevrenin korunması ve kirlenmesinin önlenmesi Devlet'in ödevidir. Anayasa ayrıca bu ödevi bireylere de yüklemektedir. Bu ödevin düzenlenmesi ve denetlenmesi yine devletin görev ve yükümlülüğü kapsamındadır. Bu düzenleme gereği çevrenin korunmasının hem bireyler için anayasal bir hak olduğu hem de gerek bu hak kapsamında gerekse devlete ve bireylere yüklenen ödev kapsamında anayasal bir yükümlülük olduğu tartışmasızdır.

Devlet bu yükümlülüğü Anayasa'nın 65'inci maddesini gözeterek yasama faaliyeti dışında yürütme faaliyeti kapsamında da yerine getirecektir. Anayasa'da düzelenden bu hak ve ödevin idari faaliyetler kapsamında korunması ve yerine getirilmesi sağlanacaktır. Keza anayasa hukukunun somutlaşması idare hukuku yoluyla olur. Yasama organının yükümlülüğü kapsamında Çevre Kanunu dışında, Türkiye Çevre Ajansının Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun, Nükleer Düzenleme Kanunu, Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu ve dahası örnek verilebilir. Yürütme organı yasamanın çizdiği sınırlar çerçevesinde bu yükümlülüğü yerine getirme görev ve yetkisine sahiptir. İdare, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını koruma görev ve yetkisini, kanunilik ilkesi ile bağlı olarak, kamu hizmetleri kapsamında üstleneceği gibi, ayrıca kolluk faaliyetleri kapsamında kullanacaktır. İşte çevrenin korunmasında daha etkin bir araç olacak idari kolluk tedbirlerine başvurulmasının temeli "ekolojik kamu düzeni (*ordre public ecologique*)" kavramına dayandırılmaktadır. Bu kavramın Türk hukukunda hukuki temeli ise, öncelikle Anayasa'nın 56'ncı maddedir.

¹⁰ Bu çatışmanın idare hukukunda somutlaşması ekonomik kamu düzeni ve ekolojik kamu düzeninin çatışması şeklinde ortaya çıkacaktır. Mülkiyet hakkı, özel teşebbüs hürriyeti gibi temel hak ve hürriyetlerin ekonomik kamu düzeni amacıyla yürütülecek idari kolluk faaliyeti ile ekolojik kamu düzeninin korunmasındaki öncelik veya ilişki ayrıca incelemeye ihtiyaç duymaktadır. Bu konu için bkz. Jacqueline Morand-Deviller, "Ordre Public économique, ordre public écologique", *Direito Econômico e Socioambiental* 9, 1 (2018): 3-17.

B. BİR SINIRLANDIRMA SEBEBİ OLARAK KAMU DÜZENİ KAVRAMI

Bugün çevre sorunları, ozon tabakasını tahrip eden ve küresel ısınmayı hızlandıran sera gazı emisyonlarındaki artış, içme suyu sıkıntısı, ormanların aşırı kullanımından kaynaklanan biyolojik çeşitliliğin azalması, büyük endüstrilerden kaynaklanan hava kirliliği, atmosferdeki CO2 konsantrasyonundaki artıştan kaynaklanan küresel ısınma, yoğun tarım sonucu oluşan toprak kirliliği ve tükenmesi, yenilenebilir ve yenilenemez kaynakların aşırı kullanımını başlıkları ile ifade edilmektedir.

İnsan faaliyetlerinin kontrolsüz ve artarak devamı hem ulusal hem de küresel alanda çevrenin korunması konusunda yeni önlemler alınmasını gerekli kılmaktadır. Hukuk alanında bu mücadele için temel kavram ve ilkelerin şimdiye kadar kabul edildiği, süreç içinde de gelişmeye ihtiyaç duyulduğu yadsınmamaktadır. İdare, ulusal düzeyde kolluk faaliyeti kapsamında insan faaliyetlerine müdahale etme yetkisine sahip olarak, çevrenin etkin korunmasına hizmet eden aktör rolüne geçmektedir.

İdari kolluk faaliyeti, kamu düzeni koruma amacı taşıyan kamu hizmeti faaliyeti olarak tanımlanmaktadır¹¹; ancak bu iki faaliyet türü önemli farklar içermektedir. Birincisi hareket şeklidir, ikincisi ise amaçtır. Kamu hizmetlerinde kamu yararı ihtiyaçları karşılanır, bunun için idare kişilere mal ve hizmet sunar, olumlu bir edimde bulunur¹². İdari kolluk faaliyetlerinde ise amaç, kamu düzeninin korunmasıdır ve kolluk tedbirleri ancak bu amacı taşıyorsa hukuka uygun olacaktır¹³. Kamu yararı, kamu düzeni kavramından daha geniş bir kavramdır. İdare, kolluk faaliyetleri kapsamında kamu düzenine yapılan saldırıları önlemek, durdurmak veya bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek için bireylerin faaliyetlerine müdahale eder, temel hak ve hürriyetleri sınırlandırıcı nitelikte tedbirler alır. Bu farklar nedeniyle idarenin faaliyetleri kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti olmak üzere iki tür olarak sınıflandırılmaktadır¹⁴.

İdari kolluk faaliyetleri kapsamında idare, kamu düzeninin bozulmasının önüne geçmek veya bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek amacıyla özel kişilerin faaliyetlerini düzenler, sınırlandırır, emir verir, yasak koyar¹⁵. İdari eylem ve işlemlerden oluşan idari kolluk tedbirleri, kamu düzenini sağ-

¹¹ René Chapus, *Droit administratif général*, C. I, (Paris: Montchrestien, 2001), 697.

¹² Chapus, 697; Georges Dupuis, Marie-José Guédon ve Pattice Chrétien, *Droit administratif*, (Paris: Sirey, 2009), 520; Jean Rivero, *Droit administratif*, (Paris: Sirey, 2011), 405; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2019), 252.

¹³ Chapus, 699; Dupuis, Guédon ve Chrétien, 522.

¹⁴ Jean Waline, *Droit administratif*, (Paris: Dalloz, 2008), 321; Gustave Peiser, *Droit administrative général*, (Paris: Dalloz, 2008), 162; Rivero, 390.

¹⁵ Adré de Laubadère ve Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, (Paris: LGDJ, 2001), 722; Paul Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, (Paris: LGDJ, 1962), 81; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C. I, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), s. 646.

lanması amacıyla, kişilerin bu faaliyetleri kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerini sınırlayıcı niteliktedir. Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre, "*temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*" ve bu "*sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*".

Ekolojik kamu düzeninin korunması amacıyla temel hak ve hürriyetlere idari kolluk tedbirleri ile müdahalenin hukuka uygunluğu için anayasanın öngördüğü şartlar gerçekleşmelidir. Bu şartlar uyarınca bu müdahale, kanuna dayanmalı, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine uygun olmalı, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sebeplerle bağlı olmalı, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmamalı, ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır. Bu şartlardan sebebe bağlılık ilkesi, Türk hukukunda ekolojik kamu düzeni kavramının anayasal temeli için ayrı bir önem taşımaktadır.

İdari kolluğun ekolojik kamu düzeni amacıyla bir temel hak ve hürriyete müdahale edebilmesi için öncelikle söz konusu temel hak ve hürriyetin düzenlendiği Anayasa maddesinde sınırlandırma sebebi olarak kamu düzeninin varlığı aranmaktadır. Anayasa'nın 13'üncü maddesi, 3 Ekim 2001 Anayasa değişikliğinden önce, temel hak ve hürriyetler için genel sınırlandırma sebepleri öngörmekteydi ve kamu düzeni sebebi de bunlardan biriydi¹⁶. Bu değişiklikten sonra Anayasa'nın 13'üncü maddesinde genel sınırlandırma sebepleri öngörülmemiş, sebebe bağlılık ilkesinde Anayasa'nın ilgili maddesindeki sebeplerle sınırlı düzenleme ile yetinilmiştir. Anayasa'da kamu düzeni artık tüm temel hak ve hürriyetler için bir sınırlandırma sebebi olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle Anayasa'da düzenlenen pek çok temel hak ve hürriyet için kamu düzeni sebebiyle kanunla sınırlandırma getirilememektedir¹⁷. Öyleyse ekolojik kamu düzeninin korunması amacıyla kanunla her temel hak ve hürriyetin, dolayısıyla özel kişilerin yürüttüğü her faaliyetin sınırlandırıl-

¹⁶ 3 Ekim 2001 Tarih ve 4709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Erişim Tarihi: Temmuz 12, 2022, <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4709.html>. Değişiklikten önceki madde metni: "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir." (9 Kasım 1982 Tarih ve 17863 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete, Erişim Tarihi: Temmuz 12, 2022, https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17863_1.pdf).

¹⁷ Bu konudaki görüş ve eleştiriler için bkz. Kemal Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", Ankara Barosu Dergisi 59, S. 4 (2001): 53-67.

ması Anayasa'ya göre mümkün değildir. Örneğin, çevreye zararlı faaliyetleri kapsayabilecek nitelikteki özel teşebbüs hürriyetini öngören Anayasa'nın 48'inci maddesinde, kamu düzeni bir sınırlandırma sebebi olarak yer almaktadır. İdari kolluk faaliyetlerinin amacına ekolojik kamu düzeninin korunması amacı eklenmesi kabul edilse bile Anayasa'da ilgili maddesinde kamu düzeni bir sınırlandırma sebebi olarak öngörülüyorsa, o temel hak ve hürriyet kanunla dahi sınırlandırılmayacaktır. Nihayetinde ilgili maddesinde sınırlandırma sebebi olarak kamu düzeni yer almayan temel hak ve hürriyetlerin ekolojik kamu düzeni amacı ile kolluk tedbiri ile sınırlandırılması Anayasa'ya göre mümkün değildir. Bu yönde bir sınırlandırma öngören kanun Anayasa'ya aykırı olacaktır. Söz konusu temel hak ve hürriyetler bakımından ekolojik kamu düzeni kavramının anayasal temelden, dolayısıyla hukuki temelden yoksun olduğunu söylemek doğru olacaktır.

II. EKOLOJİK KAMU DÜZENİNİN TEORİK VE YASAL TEMELLERİ

Kolluk yetkilerinin amacı ve sınırlarını oluşturan kamu düzeni kavramının teorik tanımı ve çevrenin korunmasına ilişkin yasal düzenlemeler inceleyerek ekolojik kamu düzeninin kabulü veya reddi yönünde bir değerlendirme yapılabilir.

A. KAMU DÜZENİ KAVRAMINA ATFEDİLEN TANIMLAR

“Kamu düzeni (*ordre public*)” kavramı, kamu hukukunun özellikle idare hukukunun temel kavramlarından biridir. Belirsiz, genel ve soyut nitelikte bir kavram olan kamu düzeni, aynı zamanda işlevsel niteliktedir. Kanun koyucu ve idare için temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırmasında meşru bir kavram olarak kullanılmaktadır; ancak bu kavram bu müdahalenin meşru sınırlarını da oluşturur. İdari kolluk faaliyetinin temeli ve amacı kamu düzeninin korunmasıdır. İdari kolluk tedbirleri, ancak bu amaca uygun ise hukuka uygun olduğu kabul edilir.

Bu belirsiz niteliği nedeniyle kamu düzenine bir tanım verme ihtiyacı doğmaktadır. Çünkü kamu düzeni kavramı, totaliter devletteki “düzen için düzen” değil, temel hak ve hürriyetleri güvence altına alan liberal devletin hukuk düzenindeki kamu düzeni demektir¹⁸.

Bu belirsiz kavram Fransız hukukuna dayanır ve klasik ve modern anlayış olmak üzere iki farklı kapsamda tanımlanmaktadır. Klasik anlayışa göre kamu düzeni, geleneksel üçlü olan “kamu huzuru (*tranquillité publique*)”, “kamu güvenliği (*sécurité publique*)” ve “kamu sağlığı (*salubrité publique*)”ndan oluşan toplumun maddi ve dış düzenidir¹⁹. Tanımı yapan Fransız yazar Hauriou kamu

¹⁸ Pierre-Laurent Frier ve Jaques Petit, Précis de droit administratif, (Paris: Montchrestien, 2008), 251.

¹⁹ Maurice Hauriou, Précis élémentaire de droit administratif et de droit public, (Paris: Sirey, 1933), 549. Chapus, 702; Waline, 325.

düzenini ayrıca “düzensizliğin karşıt hali” olarak tanımlamıştır²⁰. Böylelikle sadece dışsal ve maddi düzensizlikler, diğer deyişle “görünür düzensizlikler (*désordres visibles*)” idari kolluğun yetkisindedir²¹. Kamu düzeni kavramına verilen bu klasik tanım Türk hukukunda da benimsenen tanımdır²².

Bu anlayışa göre kamu sağlığı, kamu huzuru ve kamu güvenliğinden oluşan toplumun maddi ve dış düzeni dışında bir kamu düzeni yoktur. Klasik anlayış ekonomik kamu düzeni, ekolojik kamu düzeni gibi farklı kamu düzenlerini ve ayrıca yeni kamu düzeni unsurlarını reddeder. Bu ret yönündeki görüşün temelinde, kamu düzeni kavramının belirsizliği nedeniyle, temel hak ve hürriyetlerin idare tarafından kefiyen ihlal edilmesi imkanının liberal hukuk düzenine zarar vereceği endişesi yer alır. Kamu düzeni kavramının kapsamını genişletmek idari kolluk yetkilerini de genişletmek demektir. Kavramın unsurlarına yeni unsur eklenmesi onu daha da belirsiz bir kavram haline getirecek, kamu düzeni kavramının kamu yararı kavramından farkı kalmayacaktır²³. Bu görüş, idarenin temel hak ve hürriyetlerini sınırlandırıcı faaliyetlerinin amacını oluşturan kamu düzeni kavramının bu şekilde genişletilmesinin öngörülmez sonuçlara yol açabileceği ve devletin birçok alanda toplumu ve bireyleri biçimlendiren bir özne yapacağı uyarısında bulunmaktadır²⁴. Bu görüşe göre, yeni kavramların maddi düzenin korunması kapsamında değerlendirilmesi gereklidir; kamu güvenliği, dirlik ve esenliği ve sağlığın korunmasının her çağda toplumun maddi ve dış düzeni için zorunludur, bu unsurların kapsadığı konular ise zaman ve yere göre değişmektedir²⁵. Kamu düzeni kavramını genişletmek, bu üç unsurdan başka unsurlar saymak kamu düzenini korumak gerekçesi arkasında başka amaçlarla idarenin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmasına olanak tanımak demek olduğu ileri sürülmektedir²⁶.

Fransız hukukunda kamu düzeni kavramının geleneksel üçlü ile sınırlandırılması bir pozitif hukuk metnine dayanmaktadır. Genel hüküm niteliği taşıdığı kabul edilen “Fransız Mahalli İdareler Genel Kanunu (*Code général des collectivités territoriales*)”nun L 2212-2 sayılı maddesinde, genel kolluk makamı olan belediye kolluğunun amacının kamu asayışı, sağlığı ve güvenliğini korumak olduğu belirtildikten sonra yedi bent halinde bunların özellikle

²⁰ Hauriou, 549.

²¹ Rivero, 393; Waline, 325;

²² Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, (İstanbul: Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966), 1479-1483; İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 724, 728; Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2017), 290-293. Gözübüyük ve Tan, 647.

²³ Turan Yıldırım vd., *İdare hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 548.

²⁴ Yıldırım vd., 548.

²⁵ Yıldırım vd., 548.

²⁶ Özge Okan Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 167.

neler olduğunu açıklanmaktadır ve bunların arasında kamu esenliği de yer almaktadır²⁷.

Klasik anlayış kabul edilirse çevrenin korunmasına ilişkin olarak idari kolluk ancak kamu sağlığı, kamu huzuru unsurlarına dahil olduğu ölçüde temel hak ve hürriyetlere müdahale edebilecektir. Sağlıklı ve dengeli yaşama hakkının koruması için tanınan çevrenin korunmasına ilişkin hükümlerin kamu sağlığı unsurundaki güncel gelişme olarak aktarılmakta hatta “sağlık güvelliği (*sécurité sanitaire*)” kavramının doğduğu kabul edilmektedir²⁸.

Buna karşılık zamanla Fransız hukukunda Fransız danıştayı *Conseil d'État* içtihatları ışığında “kamusal ahlak (*ordre moral*)”, “kamusal estetik (*ordre esthétique*)”, “insan onuru (*dignité humaine*)”, “kişilerin kendilerine karşı korunması (*protection des individus contre eux-mêmes*)” ve “birlikte yaşama (*vivre ensemble*)” gibi yeni kamu düzeni unsurları da kabul edilmiş ve öğretide bu modern anlayış olarak adlandırılmıştır²⁹. Modern anlayışa göre ise, kamu düzeni kavramı belirsiz nitelik taşıya da sınırlı bir içeriğe sahip değildir. Bu görüş, bu üçlü unsurdan oluşan başka kamu düzenlerini kabul ettiği gibi, kamu düzenine yeni unsurlarında eklenmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Bu anlayışa göre ekolojik kamu düzeninin kabulü mümkündür. Zaman içinde Fransız danıştayının da yeni unsurları kabul etmesinin kamu düzeni kavramının da gelişen bir içeriğe sahip olduğu ve bu geleneksel üçlü ile sınırlı olmadığı görüşü ileri sürülmektedir³⁰.

Fransız hukukunda Fransız danıştayının kabul ettiği bu yeni unsurları içine alan başka bir teorik açıklama ise “genel kamu düzeni (*ordre public général*)” ve “özel kamu düzeni (*ordre public spécial*)” ayırımı ile yapılmaktadır³¹. Genel kamu düzeni kavramı geleneksel üçlü ile sınırlı olarak tanımlanırken, kanunlarda idari kolluğa tanınan ekonomik kamu düzeni veya ekolojik kamu düzeni, kamusal estetik gibi yeni unsur ve kamu düzeni türlerine ilişkin kabul edilebilecek yetkiler, özel kamu düzeni kavramı ile açıklanmak-

²⁷ 21 Şubat 1996 Tarih ve 96-142 Sayılı Kanun, 24 Şubat 1996 Tarihli JORF, Erişim Tarihi: Temmuz 15, 2022. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070633/LEGISCTA000006164555/#LEGISCTA000006164555. Kamu düzeninin geleneksel üçlü ile pozitif metinlerde açıklanması daha eski tarihlere dayanmaktadır. Bölgesel yerel yönetim kanunu olan 22 Aralık 1789 ve 8 Ocak 1790 Kanunu ile komünlere ilişkin kanun olan 4 Nisan 1884 tarihli Kanun'da da bu geleneksel üçlü yer almaktadır. Chapus, 702; Waline, 327.

²⁸ Dupuis, Guédon, Chrétien, 523; Jacline Morand-Deviller, *Droit administratif*, (Paris: Montchrestien, 2009), 630.

²⁹ Bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, 479; Chapus, 707-712; De Laubadère ve Gaudemet, 722, 723; Moand-Deviller, *Droit administratif*, 361-633.

³⁰ Dupuis, Guédon ve Chrétien, 522; Gaëtan Bailly, “Ordre public et environnement: De la poursuite d'intérêt général à la reconnaissance d'un ordre public écologique”, *Actualité juridique collectivités territoriales*, 2020, 340.

³¹ Frier ve Petit, 251-254; Pascale Donod, Fabrice Melleray ve Philippe Yolka, *Traité de droit administratif*, C. II, (Paris: Dalloz, 2011), 11-16.

tadır³². Bu teori kabul edilirse ekolojik kamu düzeni, özel kamu düzeni türlerinden biri olacaktır.

Son olarak Fransız öğretisinde kamu düzeni kavramına tamamen farklı tanım da verilmektedir. Bu tanım ile hem içtihat hem de kanuni düzenlemelerle kabul edilen yeni idari kolluk yetkilerini içine alan bütüncül bir kamu düzeni teorisi oluşturulabilmektedir. Bu tanıma göre kamu düzeni, kamu gücü ile korunan “sosyal barış durumu (*etat de paix social*)”dur³³. Böyle bir tanım haliyle yeni idari kolluk yetkilerini kamu düzeni kavramını yeniden tanımlayarak hukuki temellendirmeyi sağlamaktadır; ancak oldukça geniş ve sosyal barış durumu gibi yine belirsiz denebilecek bir kavrama dayandığı için eleştirilebilir. Bu tanım kabul edilirse, ekolojik kamu düzeni kavramına başvurularda çevre hakkının korunması amacına ulaşılabileceğini söylemek mümkündür. Bu amaç, ekolojik kamu düzeni kavramı ile değil, kamu düzeninin yeni tanımı ile hukuken temellendirilmiş olacaktır.

B. ÇEVRENİN KORUNMASINA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER

Türk pozitif hukukunda kamu düzeni kavramını tanımlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Danıştay kararlarında ise, kamu düzeni kavramının tanımının yapılmasından kaçınılmaktadır. Bu sayede kamu düzeni kavramı içeriğinin kesinleşmemesi de sağlanmaktadır. Türk kanun koyucunun kamu düzeni için geleneksel üçlü ile sınırlı bir düzenleme yaptığı da söylenememektedir. Örneğin, İl İdaresi Kanunu’nun 11’inci maddesinde kamu düzeninin yanında “*kamu güveni*” ifadesinin yer alması, kamu güvenliği unsurunun kamu düzeni kavramı dışında bir kavram olarak ayrıca kabul edildiği yorumuna neden olmaktadır³⁴. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu³⁵’nin 1’inci maddesinde yer alan “*polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur*” ve “*halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder*” ifadelerinde görüldüğü üzere, asayiş amme ve amme istirahati yan yanadır. Kanun’un 2’nci maddesinde polisin görevi olan genel güvenlik görevi ikiye ayrılmış, ilk görevi olan idari kolluk görevi açıklanırken “*kamu düzenine uygun olmıyan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak*” ifadeleri ile kamu düzeni kavramı temel alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında aynı İl İdaresi Kanunu’nda olduğu gibi kamu dü-

³² Frier vce Petit, 254; Christophe Fardet, “Existe-t-il des ordres publics spéciaux”, Charles Vautrot-Schwarz, edittör. La police administratif, (Paris: PUF, 2014), 121-137.

³³ Touzeil-Divina, Dictionnaire de droit public interne, (Paris: Lexisnexus, 2017), 344.

³⁴ “Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alır.” 10 Haziran 1949 Tarih ve 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu, Erişim Tarihi: Ağustos 1, 2022. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5442&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>.

³⁵ 4 Temmuz 1934 Tarih ve 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2559&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>.

zeni ve kamu güvenliği yan yana yer almaktadır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında sayılan haller, kamu düzeni unsurları ile nitelendirilmemektedir. Örneğin, “herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için” için polise verilen yetki kamu huzuru unsuru kapsamında bir yetkidir. Buna karşılık 11’inci maddede genel ahlak unsuru açıkça yer almaktadır³⁶. Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu’nun 5’inci maddesinde çarşı ve mahalle bekçilerinin halka yardım görevleri arasında, “görevli oldukları mülki sınırlar içerisinde halkın istirahat, sağlık ve selametini sağlamak” görevi sayılmaktadır³⁷. Önleyici ve koruyucu görev ve yetkilerini düzenleyen 6’ncı maddede ise, kamu düzeni kavramı üst kavram olarak sayılmadan, kamu düzeninin unsurlarından birine veya kamu düzenine yapılacak saldırılar çarşı ve mahalle bekçilerinin görev ve yetkilerinin konuları arasında sayılmaktadır³⁸. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu³⁹’nun 7’nci maddesinde jandarmanın mülki görevleri açıklanırken “emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak” ifadeleri kullanılmaktadır. Bu ve benzeri hükümler incelendiğinde, Türk pozitif hukukunda Fransa’da olduğu gibi kamu düzeni

³⁶ “Polis; A) Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları, B) Çocuklar, kız ve kadınlar ile genç erkeklere sözle veya herhangi bir şekilde sarkıntılık edenleri, kötü alışkanlıklara ve hertürlü ahlaksızlığa yönelten ve teşvik edenleri, C) Genel ahlâk ve edebe aykırı mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları, Herhangi bir müracaat veya şikayet olmasa bile engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar, sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal şikayete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikayet ve müracaat vukubulduğu takdirde adliyeye tevdi eder.”

³⁷ 11 Haziran 2020 Tarih ve 7245 Sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu, Erişim Tarihi: Ağustos 1, 2022. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=7245&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

³⁸ “(1) Çarşı ve mahalle bekçileri; a) Görev saatleri içinde görevlendirildikleri bölgede devriye hizmeti yürütmek, b) Görev bölgeleri içinde bulunan konut, iş yeri ve araçlar gibi malların korunmasında sahipleri tarafından noksan alınan tedbirleri tamamlattırmak, c) Görev saatleri içerisinde vâkıf oldukları şüpheli durum veya kişileri bağlı buldukları genel kolluk birimlerine bildirmek, ç) Kamu düzenini bozacak mahiyetteki gösteri, yürüyüş ve karışıklıkların önlenmesi amacıyla genel kolluk kuvvetleri gelinceye kadar önleyici tedbirleri almak, d) Görev bölgeleri içinde uyuşturucu madde imal edildiği, satıldığı veya kullanıldığından, kumar oynandığından ya da fuhuş yapıldığından şüphe edilen yerleri bağlı buldukları genel kolluk birimlerine bildirmek, e) Kişilerin can, mal ve ırzına yönelik saldırı ve tehditleri önlemek ve genel kolluk kuvvetleri gelinceye kadar gerekli tedbirleri almak, f) Mahalle sakinlerini etkileyen elektrik, su, doğalgaz, kanalizasyon gibi arızaları, bağlı bulunduğu genel kolluk birimleri ile ilgili kurum ve kuruluşlara bildirmek ve görevli ekipler gelinceye kadar gerekli önleyici tedbirleri almak, g) Halkın sükûn ve istirahatini bozanları ve başkalarını rahatsız edenleri engellemek, ğ) Sokak, geçit ve meydanları tıkararak trafiğe mâni olan taşıtların ve diğer engellerin kaldırılmasını sağlamak ve gerektiğinde bağlı bulunduğu genel kolluk birimlerine bildirmek, h) Yangın, deprem, su baskını gibi afet ve tehlikelerde genel kolluğu bilgilendirmek ve görevli ekipler gelinceye kadar gerekli önleyici tedbirleri almak, ile görevli ve yetkilidir.”

³⁹ 10 Mart 1983 Tarih ve 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, Erişim Tarihi: Ağustos 3, 2022. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2803&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

kavramını geleneksel üçlü ile sınırlandıran bir yasal düzenleme olmadığı görülmektedir.

Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının korunmasına hizmet eden yasal hükümler ise pek çok kanunda dağınık halde mevcuttur. Bunların başında Çevre Kanunu yer alır⁴⁰. Kanunda çevre, “*canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortamı*” ifade ettiği kabul edilerek çevre merkezli bir anlayışa işaret edilmektedir. Aynı anlayış çevre kirliliği, sürdürülebilir çevre, sürdürülebilir kalkınma, doğal varlık ve diğer kavramlar bakımından da kabul edilmektedir. Kanun’un 8’inci maddesindeki kirletme yasağı, çevrenin korunmasına ilişkin 9’uncu maddede öngörülen çevre kirliliğini önlemek amacıyla nazım ve uygulama imar plânlarına esas teşkil etmek üzere bölge ve havza bazında 1/50.000-1/100.000 ölçekli çevre düzeni plânları yapılması, özel çevre koruma bölgesi ilan etme ve bunun korunması, sulak alanların doldurulması ve kurutulması yolu ile arazi kazanılmasının yasaklanması ve diğer pek çok örnek hükümde yer alan idari koluk yetkileri ekolojik kamu düzeni amacı ile açıklanabilecek yetkililerdir.

Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu⁴¹’nin amaç maddesi uyarınca, “*Kanunun amacı, jeotermal ve doğal mineralli su kaynaklarının etkin bir şekilde aranması, araştırılması, geliştirilmesi, üretilmesi, korunması, bu kaynaklar üzerinde hak sahibi olunması ve hakların devredilmesi, çevre ile uyumlu olarak ekonomik şekilde değerlendirilmesi ve terk edilmesi ile ilgili usûl ve esasları düzenlemek*” olduğu belirtilmektedir. Kanun’un 5’inci maddesine göre “*arama ruhsatı döneminde idarenin bilgisi dahilinde, çevrenin kirletilmemesi kaydı ile sadece test amaçlı üretim yapılabilir*”. İdari yaptırımları düzenleyen 11’inci maddeye göre, “*kaynağın ve rezervuarın korunması ile çevre kirliliğinin önlenmesi için acil tedbirlerin gerekli olduğu hallerde tedbirler idarece alınır.*” Kaynak rezervuarın korunmasına ilişkin 14’üncü madde gereği, “*bu Kanuna tâbi faaliyetlerde kaynağı oluşturan jeotermal sistemin korunması, kaynağın israf edilmemesi ve çevrenin korunması esas olup işletme faaliyeti öncesinde kaynağın koruma alanları etüdünün ruhsat sahibi tarafından yaptırılması zorunludur.*” Aynı madde gereği, “*ruhsat sahibi, kullanım sonrası açığa çıkacak akışkanı çevre limitlerini dikkate alarak deşarj edebilir*” ve “*akışkan içeriği çevre limitlerine göre deşarja izin vermiyorsa reenjekt etmekle yükümlüdür*”, “*ancak formasyonun fiziksel ve kimyasal özellikleri nedeniyle reenjektasyonun gerçekleşmediğinin MTA tarafından onaylanması halinde, çevre kirlenmesini önleyecek tedbirler alınarak deşarj yapılır.*”

⁴⁰ 9 Temmuz 1983 Tarih ve 2872 Sayılı Çevre Kanunu, Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2872&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

⁴¹ 3 Haziran 2007 Tarih ve 5686 Sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu, Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5686&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu⁴² kapsamında ise ekolojik unsurlar olan hayvan nüfusu ve bitki örtüsünün, çevre düzenleme projesi, koruma amaçlı imar planı gibi tedbirlerle kapsamına alındığı ölçüde korunması da imkan dahilindedir. Nükleer Düzenleme Kanunu⁴³'nun amacı birinci maddeye göre, *“barışçıl kullanım ilkesi esas alınarak, nükleer enerji ve iyonlaştırıcı radyasyona ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi sırasında çalışanların, halkın, çevrenin ve gelecek nesillerin iyonlaştırıcı radyasyonun olası zararlı etkilerinden korunmasına yönelik uygulanması gereken ilke ve esaslar ile tarafların sorumluluklarını, bu faaliyetler üzerinde düzenleyici kontrol yetkisini haiz Nükleer Düzenleme Kurumunun yetki ve sorumluluklarını ve nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkındaki hukuki sorumluluğu belirlemektir”*. Kanunda, nükleer tesis, radyasyon tesisi, radyoaktif atık tesisi işletmek ve radyasyon uygulamalarını yürütmek için lisans alınması zorunluğu getirilmiştir. Ayrıca Kanun, Nükleer Düzenleme Kurumuna; çalışanların, halkın, çevrenin ve gelecek nesillerin radyasyondan korunmasına etki edebilecek faaliyetler için uygunluk ölçütleri belirleyebilme ve onaya tabi tutma yetkisi vermektedir. Kanun'un 25'inci maddesinin ikinci fıkrasında birinci fıkrada sayılan fiillerin halk veya çevre sağlığına ve güvenliğine tehdit oluşturacak şekilde tahribata yol açtığı tespit edilmesi hâlinde idari para cezası bir kat artırılacağı düzenlenmiştir. Kurum, idari para cezasına ek olarak, fiillerin halk ve çevre üzerinde oluşturduğu riskin devamı süresince lisansı veya izni kısıtlayabilir, askıya alabilir. Kurum, fiillerin halk ve çevre üzerinde oluşturduğu riskin ağırlığına göre lisansı veya izni iptal edebilir.

Amacı, 1'inci maddesinde *“hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamak”* olarak belirlenen Hayvanları koruma Kanunu⁴⁴'nun 3'üncü maddesinde yaşam ortamı, ekosistem kavramları insan odaklı değil, çevre odaklı tanımlanmış, 4'üncü maddede ise, hayvanlar için eşitlik, yaşam hakkı, yaşama özgürlüğü, nesli tükenmekte olan hayvanların yaşam ortamlarının korunması gibi kamu düzeninin klasik anlayışa göre kabul edilen unsurlar ile açıklanamayacak ilkeler ve yasaklar belirlenmiştir. 5'inci maddede bir hayvanı, sahiplenen veya ona bakan kişiye, hayvanı barındırmak, hayvanın türüne ve üreme yöntemine uygun olan etolojik ihtiyaçlarını temin etmek, sağlığına dikkat etmek, insan, hayvan ve çevre sağlığı açısından gerekli tüm önlemleri almakla yükümlülüğü getirilmiştir. Aynı maddede, idari kolluk

⁴² 21 Temmuz 1983 Tarih ve 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu, Erişim Tarihi: Ağustos 3, 2022. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2863&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

⁴³ 8 Mart 2022 Tarih ve 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu, Erişim Tarihi: Ağustos 3, 2022. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=7381&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

⁴⁴ 24 Haziran 2004 Tarih ve 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, Erişim Tarihi: Ağustos 4, 2022. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5199&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

faaliyeti kapsamında hayvan satan kişilere, bu hayvanların bakımı ve korunması ile ilgili olarak yerel yönetimler tarafından düzenlenen eğitim programlarına katılarak sertifika almakla yükümlülüğü getirilmiştir. 6'ncı maddede sahipsiz ve güçten düşmüş hayvanların öldürülme, ticari veya gösteri amaçlı veya herhangi bir şekilde binicilik ve taşımacılık amacıyla çalıştırılması yasaklanmış; sahipsiz veya güçten düşmüş hayvanların en hızlı şekilde yerel yönetimlerce kurulan veya izin verilen hayvan bakımevlerine götürülmesi zorunluluğu getirilmiştir. Aynı madde uyarınca, hayvan bakımevleri ve hastanelerin kurulması amacıyla Hazineye ait araziler öncelikle tahsis edilir; fakat amacı dışında kullanıldığı tespit edilen arazilerin tahsisi iptal edilecektir. Kanunun devamı maddelerinde yasak cerrahi müdahaleler, hayvan deneylerine ilişkin yasaklar ve sınırlamalar, hayvan ticaretine ilişkin sınırlandırmalar getirilmiş, söz konusu yasakların ihlaline idari para cezası öngörülmüştür.

Bu düzenlemeler gibi pek çok hükümde kamu sağlığını veya kamu huzuru unsurlarını aşan, çevrenin unsurlarını koruyan dolayısıyla ekolojik kamu düzenine işaret eden hükümler bulunmaktadır. Öyleyse ismi henüz mevzuatta zikredilmese de ekolojik kamu düzeni, idari kolluk faaliyetleri kapsamında korunmaktadır.

SONUÇ

Ekolojik kamu düzeni kavramının anayasal temeli Anayasa'nın 56'ncı maddesinde güvence altına alınan sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkıdır. Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini belirleyen 13'üncü maddesi gereği, temel hak ve hürriyetler idari kolluk tedbirleri kapsamında sebebe bağlılık ilkesi ile ancak kanunla sınırlandırılabilir. Buna karşılık Anayasa'da kamu düzeni genel bir sınırlandırma sebebi olarak düzenlenmemektedir. Ayrıca pek çok temel hak ve hürriyet hakkında ilgili maddesinde sınırlandırma sebepleri arasında kamu düzeni sebebi yer almaktadır. Bu temel hak ve hürriyetlerin kamu düzeni, dolayısıyla ekolojik kamu düzeni sebebi ile idari kolluk tedbirleri ile sınırlandırılması anayasal temelden yoksundur.

Kavramın idare hukuku teorisinde temeli ise tartışmalıdır. Kamu düzenine verilen tanımlardan klasik anlayışı muhafaza etmek isteyen görüş, ekolojik kamu düzeni kavramını reddeder. Bunun nedeni kamu düzeni kavramının bu şekilde genişletilmesinin idarenin temel hak ve hürriyetleri sınırlandırıcı nitelikteki idari kolluk faaliyetlerinde yetki saptırması yoluna başvurma için kolay bir zemin oluşturacağı endişesidir.

Ekolojik kamu düzeninin kamu düzeni kavramını geleneksel üçlü ile sınırlandıran görüş, idari kolluk yetkilerinin sadece bir yönü bakımından değerlendirme yapmaktadır. Bu da kolluk tedbirlerinin temel hak ve hürriyet-

leri sınırlandırma yönüdür. Oysa kamu düzeni temel hak ve hürriyetlerin varlığı için gereken ön şartlardan biridir. Özgürlükler düzeni ve kamu düzeni karşıt kavramlar olarak görülmektedir. Oysa kamu düzeni liberal düzenin, temel hak ve hürriyetlerin tamamlayıcısı olma işlevine de sahiptir. Kamu düzeni, sadece temel hak ve hürriyetlerle çatışmaz, onları aynı zamanda tamamlar⁴⁵. Kamu düzeninin olmadığı yerde temel hak ve özgürlüklerin korunması mümkün değildir. Kamu düzeni amacı, idarenin keyfiyetine bağlı bir araç olarak görülmemelidir. Tam aksine bireylerin kamusal hayatta özgürlük alanlarına bozucu nitelikteki faaliyetleri, devletin ve idarenin müdahalesi ile engellenebilmelidir. Ekolojik kamu düzeni ile de ulaşılmak istenen amaç, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının bir tamamlayıcısı olması ve bu düzenin idari kolluk tedbirleri ile korunmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 5'inci maddesini şöyle yorumlamaktadır:

*"Kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın önkoşulu kamu düzeninin tesisidir. Kamu düzeninin sağlanmadığı bir ortamda, hak ve özgürlüklerden gereği gibi yararlanılması, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi mümkün değildir. Devletin hak ve özgürlükleri koruma ödevinin yanında, kamu düzenini sağlama görevi de bulunmaktadır. Şiddetin ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla çeşitli tedbirler almak, Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete yüklenen kamu düzenini koruma ödevinin bir gereğidir. Bu nedenle, kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacıyla özgürlüğün sınırlandırılması mümkündür."*⁴⁶

Ekolojik kamu düzeni kabul edildiğinde dahi söz konusu kolluk tedbiri yargısal denetimden muaf olmayacaktır. İdari kolluk tedbirlerinin amaç ve sebep unsuru arasında sıkı bir bağ, hatta örtüşme söz konudur⁴⁷. Ekolojik kamu düzeninin korunması amacıyla idarenin yapacağı müdahalenin hukuka uygunluğu, bağımsız yargı organlarınca tedbirin sebebi ve amacı arasındaki ilişki bakımından da denetlenecektir. Kamu düzeni kavramı içeriği ne olursa olsun idareyi yargısal denetimden kurtaran bir kavram değildir. Kamu güvenliği, kamu sağlığı gibi unsurlar bakımından nasıl denetim yapılıyorsa, ekolojik kamu düzeni bakımından da bu denetim yine yürütülecektir. Yetki saptırması ile sakat olan işlem ise, iptal edilecek, idarenin sorumluluğu şartları gerçekleştiyse idarenin tazmin yükümlülüğü doğacaktır.

⁴⁵ Waline, 328.

⁴⁶ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/19795, 9.01.2019, § 42; AYM Kararı, E.2015/19, K.2015/17, 18.02.2015; AYM Kararı, E.2013/95, K.2014/176, 13.11.2014; AYM Kararı, E.2014/169, K.2014/167, 13.11.2014; AYM Kararı, E.2013/157, K.2014/138, 11.09.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.08.2022. <https://lib.kazanci.com.tr/solr/aym/browse?q=%22Ki%C5%9Finin+ve+toplumun+refah%2C+huzur+ve+mutlulu%C4%9Funu+sa%C4%9Flaman%C4%B1n+%C3%B6nko%C5%9Fulu+kamu+d%C3%BCzeninin+tesisidir.%22&sort=tarih+desc>.

⁴⁷ Roger Bonnard, Précis de droit administratif: Partie général, (Paris: Recueil Sirey, 1935), 318, 319, 320.

Kamu düzeni kavramının toplumun kamu sağlığı, kamu güvenliği ve kamu huzurundan oluşan maddi ve dış düzeni ile sınırlandırılması, kanunlarda çevrenin korunmasına ilişkin çok sayıda idari kolluk yetkilerinin hukuki temellendirilmesini zayıflatmaktadır. Keza idari kolluk yetkileri, kamu düzeninin korunması amacı ile tanımlanmaktadır. Oysa çevrenin korunmasına hizmet eden yasal düzenlemelerdeki idari kolluk yetkileri kamu sağlığı, kamu huzuru kamu güvenliği unsurlarının kapsamını aşan niteliktedir. Bu yetkiler kamu düzeni kavramı ile temellendirilmeyecek ise, idari kolluk yetkilerinin tanımından kamu düzeni kavramının çıkarılması gerekliliği doğacaktır. Veyahut bu yetkiler, idari kolluk faaliyeti dışında yeni bir tür idari faaliyet kapsamında kabul edilecektir. Tüm idari faaliyetlerin amacı olan kamu yararı ile temellendirildiğinde ise, yine kamu düzeni kavramı yerine kamu yararı kavramının ikame edilmesi sonucu doğmaktadır. Bu ise klasik kamu düzeni anlayışını muhafaza etmek isteyen görüşün istemediği bir sonuçtur.

İdari kolluk yetkilerinin kamu düzeni amacı ile sınırlandırılarak tanımlanmasının nedeni, temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran bu yetkilerin kapsamını da sınırlandırmak ve ayrıca gereklilik ve ölçülülük ilkeleri ile etkin bir yargısal denetime başvurabilmektir. Kanımızca idari kolluk faaliyetlerinin alanı genişledikçe, kamu düzeni kavramının da genişlediği kabul edilmelidir. Zira kamu düzeni kavramının içeriği zaman ve yere göre değişen, uygulamakla somutlaşan göreceli ve belirsiz bir kavram olarak kabul edilmektedir.

Kamu düzeni kavramını en geniş anlamı ile, “sosyal barış durumu” ile tanımlamak ise, kamu düzeni kavramının yeni belirsiz bir kavramla tanımlanmasıdır. Bu halde, klasik anlayışı muhafaza etmek isteyen haklı görüşün iddia ettiği sonuçların doğması imkan dahilindedir. Kamu düzeni kavramını belirlemek bir tartışma konusu iken sosyal barış durumunu belirlemek ek bir tartışma konusu doğuracaktır. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı nitelikteki idari kolluk faaliyetinin yegane, kamu yararından daha dar kapsamlı olan amacı, kamu düzeni kavramı kalmalıdır. Yeni kolluk yetkilerini teorik temele oturtmak amacıyla kamu düzeni kavramını başka bir kavram ile ikame etmek, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini yeniden inşa etmektir. Keza kamu düzeni kavramı temelini idari kolluk faaliyetinin varlığı ile başlayan anayasal, yasal ve içtihadî bir geçmişten almaktadır.

Genel kamu düzeni-özel kamu düzeni ayırımı klasik anlayış ile korunmak istenen liberal hak ve özgürlükleri garantiye alan anayasal hukuk sistemi ile daha uyumludur. Türk hukukunda Anayasa'nın 13'üncü maddesinde sayılan ilkelere uygun olarak kanunlarda öngörülen ve kamu sağlığı, kamu huzuru unsurlarını aşan özellikteki idari kolluk tedbirlerinin teorik temeli ekolojik kamu düzeni olacaktır. Ekolojik kamu düzeni amacı ile alınan tedbirler, gereklilik ve ölçülülük ilkeleri gözetilerek sebep ve amaç arasında uygunluk denetimi ile idarenin söz konusu yetkisini kötüye kullanmasının, yetki saptırmasının önüne geçilecektir.

KAYNAKÇA

- Bailly, Gaëtan. "Ordre public et environnement: De la poursuite d'intérêt général à la reconnaissance d'un ordre public écologique", *Actualité juridique collectivités territoriales*, 2020, 340 vd.
- Belaidi, Nadia. "Identité et perspectives d'un ordre public écologique", *Revue internationale interdisciplinaire* 68, S. 2 (2014), 15-49.
- Bernard, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif*. Paris: LGDJ, 1962.
- Bonnard, Roger. *Précis de droit administratif: Partie général*. Paris: Recueil Sirey, 1935.
- Chapus, René. *Droit administratif général*, C. I. Paris: Montchrestien, 2001.
- Dadak, Kemal. "Yeni Kuşak Hak Olarak Çevre Hakkı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 5 (2015): 309-326.
- De Laubadère Adré ve Gaudemet, Yves. *Traité de droit administratif*. Paris: LGDJ, 2001.
- Divina, Touzeil. *Dictionnaire de droit public interne*. Paris: Lexisnexis, 2017.
- Donod, Pascale; Melleray, Fabrice ve Yolka, Philippe. *Traité de droit administratif*, C. II. Paris: Dalloz, 2011.
- Dupuis, Georges; Guédon, Marie-José ve Chrétien, Pattice. *Droit administratif*. Paris: Sirey, 2009)
- Fardet, Christophe. "Existe-t-il des ordres publics spéciaux", Charles Vautrot-Schwarz, edittör. *La police administratif*. Paris: PUF, 2014, 121-137.
- Frier, Pierre-Laurent ve Petit, Jaques. *Précis de droit administratif*. Paris: Montchrestien, 2008.
- Gözler, Kemal. "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", *Ankara Barosu Dergisi* 59, S. 4 (2001): 53-67.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II. Bursa: Ekin Kitabevi, 2011.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, C. II. Bursa: Ekin Kitabevi, 2019.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2021.
- Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, C. I. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2017.
- Hauriou, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1933.

<https://www.legifrance.gouv.fr>.

<https://www.mevzuat.gov.tr>.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>.

Laville, Bettina. "L'ordre public écologique", *Archives de philosophie du droit* 58, S. 1 (2015): 317-336.

Morand-Deville, Jacline. *Droit administratif*. Paris: Montchrestien, 2009.

Morand-Deville, Jacqueline. "Ordre Public économique, ordre public écologique", *Direito Económico e Socioambiental* 9, 1 (2018): 3-17.

Okan Tekinsoy, Özge. *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III. İstanbul: Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Özay, İl Han. *Günüşişinde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

Peiser, Gustave. *Droit administrative général*. Paris: Dalloz, 2008.

Rivero, Jean. *Droit administratif*. Paris: Sirey, 2011.

Waline, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2008.

Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr.

Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, Eyüp; Üstün, Gül ve Olan Tekinsoy, Özge. *İdare hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

İDARE EKONOMİK KAMU DÜZENİNİ SAĞLAMAK İÇİN GIDA FİYATLARINI SABİTLEYEBİLİR Mİ?

*Nurhan YAPRAK**

GİRİŞ

Gıda, bir bireyin varlığını sürdürdürebilmesi için vazgeçilmez bir unsurdur. Bir toplumu oluşturan bireylerin yaşamlarını sürdürmek, büyümek, fizyolojik ve zihinsel gelişimlerini sağlamak için beslenmeye ihtiyaçları vardır. Dolayısıyla gıda fiyatlarındaki artış, doğrudan toplum varlığına ve huzuruna etki etmektedir.

Gıda fiyatlarındaki artış, gıdaya erişimi engellemekte, bu durum da hem beslenme hakkına hem de sağlık hakkına etki etmektedir. Çünkü yeterli beslenme gereksinimini sağlayamayan bireylerin sağlık problemleri yaşamaları kaçınılmazdır. Özellikle Covid-19 pandemisi ile birlikte yaşanan kapanma süreçleri üretim ve tedarik zincirini de etkilemiş bu durum gıda fiyatlarında artışlara sebep olmuştur. Sokağa çıkma kısıtlamaları nedeniyle üreticiden aracıya ürünlerin gitmesinin zorlaştığı ve ürünlerin tarlalarda çürümeye mahkum bırakıldığı haberleri basına yansımıştır. Yine, zengin ülkelerin gıda stoku yapma refleksleri de gıda fiyatlarının artmasına sebep olmaktadır¹.

Gıdaya erişim sağlık ve yaşam hakkı ile doğrudan bağlantılı bir durumdur. Bu bağlamda, gıdaya erişim ve beslenme hakkı uluslararası belgelerde de kendisine yer bulmuştur. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25'inci maddesinde gıdaya erişim, beslenme bir hak olarak tanımlanmıştır. Maddeye göre, her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesi hakkına sahip olduğundan bahsedilmiştir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 11'inci maddesinde ise, taraf devletlerin, herkesin, yeterli beslenme, giyim ve konut da dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma ve yaşam koşullarını sürekli geliştirme hakkına sahip olduğunu kabul edeceği ve bu hakkın gerçekleşmesini güvence altına almak için uygun tedbirleri alacakları hüküm altına alınmıştır². Kalkınma Hakları Bildirgesi'nde

* Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, nyaprak@ticaret.edu.tr.

¹ Artan fiyatlar, çürüyen ürünler: 'Koronavirüs salgını küresel gıda krizini tetikledi', Erişim Tarihi, 10.07.2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-52671411>

² Alınacak tedbirler ise şöyledir; “ (a) Teknik ve bilimsel bilgilerden tam olarak yararlanmak suretiyle, beslenme ilkeleri konusundaki bilgileri yayarak ve doğal kaynakların en etkin bir şekilde geliştirilmesini ve kullanılmasını sağlayacak şekilde tarımsal sistemleri düzelterek ya da geliştirerek, besinlerin üretilmesi, korunması ve dağıtılması yöntemlerini iyileştirmek; ve

ise, devletlerin sağlık hizmetleri ve gıdaya erişimde herkese eşit imkanları sağlaması tavsiye edilmiştir³. Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilen Beslenme ve Gıda Güvenliği Bildirgesi'nde ise, gıda güvencesinin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre gıda güvencesi, insanların sağlıklı bir yaşam sürdürebilmelerini sağlayan besin ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için yeterli, sağlıklı, güvenilir ve besleyici gıdaya fiziksel ve ekonomik olarak daimi bir şekilde ulaşabilmelerini ifade eder. Bildirgede, sağlıklı beslenme kamusal bir hak olduğu için devletin bu haktan her vatandaşın eşit biçimde yararlanmasını sağlamaya yönelik tedbirleri almakla sorumlu olduğu belirtilmiştir⁴.

2022 yılı Nisan ayında, idarenin enflasyonla mücadele kapsamında, temel tüketim maddelerinin fiyatlarının yılsonuna kadar sabitleyecek bir sistemi hayata geçirmeyi planladığı haberleri basına yansımıştır. Bu kapsamda, enflasyon sepetinde bulunan ve dar gelirli vatandaşların sıklıkla tükettiği 20 kalem ürünün seçileceği ve fiyatların sabitleneceği ifade edilmiştir. Bunların arasında yağ, un, şeker, gibi ürünlerin yer alacaktır. Örneğin, 16 liraya satılması gereken ürünün rafta yıl boyunca 10 liraya satılması düşünülmektedir. Aradaki 6 liralık farkı devlet sübvansiyon yaparak üreticiye ödeyecek ve üreticinin zarara girmesini engelleyecektir⁵.

İdarenin neden böyle bir tedbir almak istediğini öğrenebilmek ve böyle bir tedbir alabilme ehliyetinin olup olmadığını tespit edebilmek için öncelikle idareyi bu tedbiri almaya iten sebeplere değinmek gerekir. Çünkü bu sebepler, idareyi harekete geçiren, işlem ve eylemlerine sebep teşkil eden olgulardır.

1. GIDA FİYATLARINDAKİ ARTIŞIN SEBEPLERİ

Gıda fiyatlarındaki artış sadece son dönemde değil, uzun yıllardır gerek dünya gerekse ülke gündeminde zaman zaman yer almaktadır. Örneğin, IMF'nin 2009 yıllık raporunda, gıda ve yakıt fiyatlarındaki büyük artışlar nedeniyle, 2009 Mali Yılı'nın ilk aylarında bazı orta ve düşük gelirli ülkelerin önemli sorunlarla karşı karşıya kaldığından bahsedilmiştir⁶. Ülkemizde de gıda ve tarım ürünleri fiyatlarının dünya fiyatlarına paralel bir artış gösterdi-

(b) Gerek gıda maddeleri ihraç eden, gerek gıda maddeleri ithal eden ülkelerin sorunlarını dikkate alarak, dünyadaki besin maddelerinin ihtiyaca göre adil bir şekilde dağıtımını sağlamak."https://www.ihd.org.tr/ekonomik-sosyal-ve-ktel-haklar-uluslararası-sleesi/Bu-belgeler-dışında, Anne Sütü Muadillerinin Pazarlanmasıyla İlgili Yasa, Çocuk Hakları Bildirgesi de beslenme hakkını düzenlemiştir. https://istanbulism.saglik.gov.tr/Eklenti/7715/0/mama-kodu-uluslararası-yasapdf.pdf

³ https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/01/KalkinmaHak_kinaDairBildirge.pdf

⁴ Beslenme ve Gıda Güvenliği Bildirgesi, Erişim Tarihi: 10.06.2022, https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=5b2dac78-903f-11ea-9b7d-6d38d16eb233

⁵ AK Parti'den enflasyon formülü! 20 ürünün fiyatı sabitlenecek mi?Erişim Tarihi, 10.06.2022, https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/ak-partiden-enflasyon-formulu-20-urunun-fiyati-sabitlenecek-mi-6732464

⁶ IMF Yıllık Raporu 2009, https://www.imf.org/external/lang/turkish/pubs/ft/ar/2009/pdf/ar09_tur.pdf, s. 4.

ği, 2010 yılı sonrasında dünya gıda fiyatları azaldığı halde ülkemizde gıda fiyatlarının artmaya devam ettiği ve enflasyonun temel belirleyicilerinden olduğu vurgulanmıştır⁷. Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütünün Verilerine göre ise 2022 yılının şubat ayında, gıda enflasyonu rekor seviyelere ulaşmıştır⁸. Gıda fiyatlarındaki temel artış sebepleri olarak ise, küresel ısınmaya bağlı olarak oluşan kuraklık nedeniyle ürün arzında meydana gelen kısıtlamalar, ekim alanlarındaki ve verimlilikteki değişim, petrol fiyatlarının yükselişinin üretim ve nakliye maliyetlerine yansması, biyoyakıt üretiminde tarım ürünlerinin kullanılması nedeniyle tarımsal ürüne olan talebin artması ve gelişmekte olan ülkelerde refah artışına bağlı olarak gıda tüketim talebinin artması sayılmıştır⁹. Türkiye özelinde ise gıda maddelerinin fiyatlarında artışa sebep olan unsurlar arasında, ülkenin iklim değişikliklerinden en çok etkilenen bölgelerden biri olan Akdeniz havasında yer almasına bağlı olarak su kaynaklarının azalmasının, suyun kullanımında verimliliği etkilemesinin tarım ürünlerine yansması gösterilmiştir¹⁰. Devlet Su İşlerinin verilerine göre, Türkiye'nin, kişi başına kullanılabilir su potansiyeline bakıldığında, su baskısı yaşayan ülkeler arasında yer almaktadır.¹¹Küresel ısınma nedeniyle yaşanan kuraklık ve aşırı sıcaklar, Türkiye'nin "hububat ambarı" olarak tabir edilen İç Anadolu bölgesinde önemli bir kayba sebep olmuş ve doğal bir sonuç olarak ürün fiyatları da etkilenmiştir. Gıda maliyetlerini doğrudan etkileyen ve özellikle son günlerde oldukça gündemde olan iki girdi ise mazot ve gübredir. Petrol ürünü olan bu iki girdi, doğrudan fiyatlara yansımaktadır. Diğer bir husus ise, Türkiye'de tarımsal ürün piyasalarının genel olarak aracıların hakimiyetinde olmasıdır¹². Ülkemizde pazarlama, taşınma, ambalajlama gibi aşamaların büyük bir kısmı araçlar tarafından yapıldığı için üretilen bir ürünün tüketiciye ulaşana kadar değeri katlanarak artmaktadır¹³. Son olarak pandemi sürecinin de gıda fiyatlarına etkisinin büyük olduğuna değinmek gerekir. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Gıda Sektörü Analizi Raporu ve Klavuzuna göre, Tarımda, hasat zamanı seyahat engelleri ve çalı-

⁷ Özlem Eştürk, Nihal Albayrak, Tarım Ürünleri-Gıda Fiyat Artışları Ve Enflasyon Arasındaki İlişkinin İncelenmesi, Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, (UIİİD-IJEAS), 2018 (18. EYİ Özel Sayısı):147-158 ISSN 1307-9832, s. 148.

⁸ Food and Agriculture Organization of the United Nations, Erişim Tarihi: 10.07.2022, <https://www.fao.org/turkey/news/detail-news/tr/c/1475697/>

⁹ Eştürk, Albayrak, Tarım Ürünleri-Gıda Fiyat Artışları Ve Enflasyon Arasındaki İlişkinin İncelenmesi, s. 148; Taylan Kıymaz, Yurdakul Saçlı, Tarım ve Gıda Ürünleri Fiyatlarında Yaşanan Sorunlar ve Öneriler, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, DPT yayını, No: 2767, S.26

¹⁰ Kıymaz, Saçlı, Tarım ve Gıda Ürünleri Fiyatlarında Yaşanan Sorunlar ve Öneriler, S.28.

¹¹ Toprak Su kaynakları, Dsi, Erişim Tarihi: 10.07.2022.<https://www.dsi.gov.tr/Sayfa/Detay/754;> Muharrem Can, Dünya Gıda Fiyatlarının Yükselmesinin Piyasa Yapısıyla İlgisi; Artış Nedenleri Sonuçları ve Türkiye Ekonomisi Üzerindeki Etkileri, Maliye Dergisi, Sayı 155, Temmuz-Aralık 2008, s. 89-107, s. 105.

¹² Kıymaz, Saçlı, Tarım ve Gıda Ürünleri Fiyatlarında Yaşanan Sorunlar ve Öneriler, s. 29-30-52.

¹³ Ahmet Ulusoy, Burak Şahingöz, Türkiye'de Gıda Ürünleri Fiyatlarının Enflasyon Üzerindeki Etkisi, Maliye Araştırmaları Dergisi, Temmuz 2020, Cilt: 6, Sayı: 2, ss:45-55, s. 49.

şanların temasından dolayı bulaş riski korkusundan kaynaklanan işgücü temininde zorlanılmış, ücretler artmıştır.¹⁴

Görüldüğü gibi, gıda fiyatlarının artmasında birçok etken rol oynamaktadır. Gıda fiyatlarının artması, toplumda huzursuzluğa yol açmakta bu durum da kamu düzeninin bozulmasına sebep olmaktadır. Çünkü bireylerin sağlıklı bir yaşam sürebilmeleri için gıdaya güvenle erişebilmeleri gerekir. Bunun yanında, Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Beyanname-sinin 1948'de kabul ettiği gibi beslenme hakkı bir temel haktır¹⁵. Bu sebeple vatandaşların gıdaya erişimini sağlamak için idarenin kendisine verilen yetki çerçevesinde önlemler alması gerekir. İşte bu aşamada idarenin alabileceği önlemlere değinmek gerekir.

2. İDARENİN GIDA FİYATLARINDAKİ ARTIŞA MÜDAHALESİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI

Gıda piyasaları, özel hukuk kişilerinin serbest rekabet ortamında faaliyetlerini yürüttükleri bir alandır. İdarenin ise bu alana müdahale edebilmesi için mevzuatla kendisine yetki verilmiş olması gerekir. 1982 Anayasası'nda, doğrudan gıdaya yönelik bir düzenleme olmasa da, Planlama, Ekonomik ve Sosyal Konsey başlıklı 166'ncı maddede, Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamanın ve bu amaçla gerekli teşkilatı kurmanın devletin görevi olduğu belirtilmiştir. Yine, planda milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörüleceği, yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetileceği de ifade edilmiştir. İdarenin piyasaya müdahale edebilmesinin asıl dayanağı ise, anayasanın Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi Başlıklı 167'inci maddesidir. Çünkü maddeye göre, Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır. Yine 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nun 1'inci maddesinde, kanunun amacının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Kanunun 20'nci maddesine göre mal ve hizmet piyasala-

¹⁴ T.C, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Gıda Sektörü Analizi Raporu ve Kalvuzu, Covid 19 Krizine Yanıt ve Dayanıklılık Projesi, S.36; Erdal Akdeve, Erman Benli, 1 Covid-19'un Küresel Tedarik Zinciri Ve Sektörlere Etkisi, Perspektif, s. 5. https://thinktech.stm.com.tr/uploads/docs/1608985428_stm-covid-19-kuresel-tedarik.pdf?

¹⁵ İnsan Hakları Evrensel Beyanname-si, Erişim Tarihi:10.07.2022, <https://www.ihd.org.tr/insan-haklari-evrensel-beyanname-si>

rının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere Rekabet Kurumu kurulmuştur. Kurum, ayrıntılı olarak düzenlenmiş inceleme ve soruşturma süreçleri sonucunda piyasadaki rekabeti bozan, engelleyen ya da kısıtlayan teşebbüsleri cezalandırmaktadır.

İdarenin, gıda piyasalarında tüketiciyi olumsuz yönde etkileyebilecek gelişmeleri engelleyebilmesi için tedbir alması gerekmektedir. Dolayısıyla, oluşabilecek aksi durumları öngörebilmesi ve bu kapsamda planlama yapması gerekmektedir. Bu kapsamda, 9 Aralık 2014 tarihinde Gıda ve Tarımsal Ürün Piyasaları İzleme ve Değerlendirme Komitesi, ülkemizde gıda ve tarımsal ürün piyasalarındaki gelişmeleri takip ederek yapısal sorunları belirleme ve çözüm önerileri geliştirme amacı doğrultusunda kurulmuş ve Komite'nin sekretaryası 27 Aralık 2016 tarihinde Merkez Bankasına devredilmiştir¹⁶. 2015 yılında, 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun yayımlanmıştır. Kanun'un amacının perakende işletmelerin açılış ve faaliyete geçiş işlemlerinin kolaylaştırılması, perakende ticaretin serbest piyasa ortamında etkin ve sürdürülebilir rekabet şartlarına göre yapılması, tüketicinin korunması, perakende işletmelerin dengeli bir şekilde büyüme ve gelişmesinin sağlanması ve perakende işletmelerin faaliyetleri ile bunların birbirleri, üretici ve tedarikçilerle ilişkilerinin düzenlenmesi olduğu ifade edilmiştir. Bu kanuna 17 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile ek madde eklenmiş ve haksız fiyat değerlendirme kurulu oluşturulmuştur. Kurul, fahiş fiyat artışı ve stokçuluk uygulamalarına yönelik denetim ve incelemelerde bulunacak ve gerektiğinde idari para cezası uygulayacaktır. Söz konusu Kurul olağan dışı durumlarda özellikle temel ihtiyaç maddeleriyle ilgili yaşanan sorunları çözmek için Başkanın çağrısı üzerine toplanacak ve çalışmalarını yürütecektir¹⁷. Kanunun Ceza Hükümleri başlıklı 18'inci maddesine göre idari para cezalarını uygulama yetkisi de verilmiştir. Ardından 30.06.2021 tarihli ve 74 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile fiyat istikrarının kalıcı olarak tesis edilmesine ve sürdürülmesine katkı sağlamak amacıyla Fiyat İstikrarı Komitesi kurulmuştur. Komitenin görevleri arasında, fiyat istikrarını tehdit eden riskleri izleyerek alınması gereken tedbirleri belirlemek ve kamu tarafından belirlenen ya da yönlendirilen fiyatların, fiyat istikrarı odağında uygulanmasını sağlamaya

¹⁶ Gıda ve Tarımsal Ürün Piyasaları İzleme ve Değerlendirme Komitesi, Erişim Tarihi: 17.07.2022.

<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Para+Politikasi/Fiyat+Istikrari+ve+Enflasyon/Gida>

¹⁷ Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Oluşturuldu, Erişim Tarihi: 10.08.2022, <https://iticaret.ticaret.gov.tr/haberler/haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-olusturuldu>

yönelik kararlar almak sayılmıştır. Fakat 74 sayılı kararname Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir. Kararda, Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen idarenin kanuniliği ilkesinin, idarenin kuruluşu ile görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kıldığı, kararnamenin idari teşkilat içerisinde yeni bir birimin doğrudan kuruluşu ile görev ve yetkilerine ilişkin olduğu ve Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu sebeple dava konusu kararnamenin konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir¹⁸. 2022 yılı Şubat ayında ise, *pirinç, makarna, et, balık, süt ve süt ürünleri, peynir, yumurta, yemeklik yağlar, meyveler, sebzeler, kuruyemişler, bakliyat çeşitleri, şeker ve şekerli ürünler, çay, kahve, su gibi insanların günlük hayatlarında sık tükettikleri gıdalarda vergi indirimi yapılmıştır. Üretim, toptan ticaret ve perakende ticaret aşamalarının hepsini de kapsayan gıda ürünlerindeki KDV'yi %8'den yüzde 1'e indiren "Mal ve Hizmetlere Uygulanacak Katma Değer Vergisi Oranlarının Tespitine İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararı"* 29 Mart 2022 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır¹⁹. Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılan açıklamada "Üretim, toptan ve perakende gıda sektörlerinden sadece indirim değil aynı zamanda, ilgili bakanlıkların oluşturacakları Enflasyonla Mücadele Timleri vasıtasıyla fiyatları izahı olmayan şekilde artırmış gıda ürünlerinde sıkı denetimlerin yürüteceği ifade edilmiştir²⁰. 18 Haziran 2022 tarihinde ise, Cumhurbaşkanlığı tarafından Gıda ve Tarımsal Ürün Piyasaları İzleme ve Değerlendirme Komitesi konulu genelge yayımlanmıştır. Genelgeye göre, 2014 yılında kurulan ve 2016 yılında tekrar yapılandırılan komite, Hazine ve Maliye Bakanının koordinasyonunda; Tarım ve Orman Bakanı, Ticaret Bakanı, Strateji ve Bütçe Başkanı ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Başkanı'nın katılımıyla devam ettirecek, görev alanına giren hususlarda karar alabilecektir. Komitenin sekretarya hizmetleri, alınan kararların uygulanmasının takibi ve koordinasyonu, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yürütülecektir. Görüldüğü gibi yasama organı ve idare tarafından, düzenleme yetkisini çerçevesinde gıda fiyatlarına yönelik tedbirler alınmak istenmiştir. İşte bu aşamada, idare tarafından yürütülen bu faaliyetin idari faaliyet içerisindeki yerine değinmek gerekmektedir.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2021/85, K.2022/60, 01/06/2022, Erişim tarihi: 28.08.2022, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2022-60-nrm.pdf>

¹⁹ Mal ve Hizmetlere Uygulanacak Katma Değer Vergisi Oranlarının Tespitine İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararı, Erişim Tarihi, 18.08.2022, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/02/20220213-8.pdf>

²⁰ Temel gıda ürünlerinde yüzde 8 olan KDV'yi yüzde 1'e indiriyoruz", "Erişim Tarihi: 10.06.2022 <https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/135629/-temel-gida-urunlerinde-yuzde-8-olan-kdv-yi-yuzde-1-e-indiriyoruz->

3. İDARENİN GIDA FİYATLARINA MÜDAHALESİNİN İDARENİN FAALİYETLERİ İÇERİSİNDEKİ YERİ

Devletin ekonomiye müdahale etme refleksinin 1980 öncesi ve sonrası dönem açısından farklılık gösterdiğini ifade etmek gerekir. Özel hukuk kişilerinin piyasa aktivitesinin az olduğu 1980 öncesi dönemde, devletin ekonomiye müdahale yöntemlerinden biri de piyasa fiyatlarına müdahale olarak kendini göstermiştir²¹. 1980 sonrasında, özel hukuk kişilerinin piyasada aktif rol olması gerçekleşse de idarenin piyasaya ve yine fiyatlara müdahale edebilme imkanını sağlayan yasal düzenlemeler varlığını korumuştur²².

İdarenin, özel hukuk kişilerinin serbest piyasa koşullarında ve rekabet ortamında faaliyet yürüttükleri gıda piyasasında tüketiciye yansıyan ve kamu düzenini bozan ya da bozma ihtimali olan bir halde müdahale etmesi gerekir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, gıdaya erişim ve gıda güvenliği bir temel hak olduğu için, vatandaşların bu haklarına kullanmalarına engel olacak durumların oluşması kamu düzenini bozan bir unsur olarak ortaya çıkar. İdare ise kamu düzeninin bozulması halinde kolluk faaliyeti ile müdahalede bulunur. Çünkü bilindiği gibi kolluk faaliyeti, Kamu düzeninin korunması, bozulmuşsa iadesi için yürütülen bir faaliyettir. Kamu düzeninin genel sağlık, güvenlik, dirlik ve esenlik gibi temel unsurlarının yanına ekonomik kamu düzeni eklenen unsurlardan biridir²³. Ekonomik kolluk faaliyeti ise, var olan ekonomik kamu düzeninin sürekliliğini esas almasının yanında, ekonominin bozulması ya da bozulma ihtimalinin olması halinde bu duruma müdahale edilmesi ve eski hale iadesini hedefler²⁴. Ekonomik kamu düzeninin ise, girişim ve sözleşme özgürlüğüne, tüketicilerin korunması amacıyla müdahale edilmesi, böylece toplumun refah ve huzurunun temin edilmesine ve genel kamu düzeninin sağlanmasına katkı sağlayan unsur olduğu ifade edilebilir²⁵.

Devletin ekonomik sistem içerisinde düzenleyici olarak yer alması ise regülasyon faaliyetiyle açıklanabilir. Devletin regülasyon faaliyeti de aslında ekonomik özgürlüklere müdahale teşkil eden bir kolluk faaliyetinin yerine

²¹ Turgut Tan, Ekonomik Kamu Hukuku, Türkiye Ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1984, s. 157vd.

²² Turgut Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 302; Örneğin; Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından 2008 yılında çıkarılan “Belgeli İşletmelerin Uygulayacakları Fiyat Tarifelerinin Hazırlanması Ve Onaylanmasına İlişkin Genel İlkeler Hakkında Tebliğ” Erişim Tarihi; 10.08.2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=12411&mevzuatTur=Tebliğ&mevzuatTertip=5>; Bazı Tarım Ürünlerinin İhracatına İlişkin Tebliğ (İhracat: 2022/1) ile gıda fiyatlarını düşürmek için 20 üründe ihracat belli dönemler kısıtlanabilecektir. Erişim Tarihi, 10.08.2022, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220127-7.htm>

²³ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Çakır, Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8.baskı, Oniki Levha Yayınları, s.613; Ali Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınevi, 3. Bası, Eylül 2020, s.538.

²⁴ Orer, Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi, s. 374.

²⁵ Orer, Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi, s. 368.

getirilmesidir. Ekonomik kararların alınmasının kontrolünün tamamen özel sektöre bırakılması yerine, bu sürece kamusal makamlar tarafından “müdahale” edilmesinin temelinde “kamu yararı” yatmaktadır²⁶.

İdarenin, vatandaşların gıdaya erişimi için son yıllarda aldığı tedbirlere bakıldığında, öncelikle tanzim satışı devreye soktuğunu görüyoruz. 2019 yılında gerçekleşen bu müdahale regülasyondan farklı olarak idarenin doğrudan gıda piyasasında aktif rol alması anlamına gelmektedir. Tanzim satışı, devletin işlem gören mal miktarını veya oluşan fiyatları etkileyerek piyasaları düzene sokma amacıyla satıcı olarak piyasaya girmesi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla tanzim satışın düzene sokma etkisinin olup olmadığı büyük önem taşımaktadır.²⁷ Türkiye Tarım kooperatifleri Aylık Gazetesinde her alan bir yazıda, Tarım Kredi Kooperatiflerinin, aracıları devre dışı bırakarak, belediyelerin tanzim mağazalarında satılacak ürünleri çiftçilerden doğrudan temin etmesi temeline dayanan uygulamaya çiftçilerin de destek verdiği, ürününü hale götürmesi durumunda komisyon kesintisiyle karşılaşan çiftçilerin, Tarım Krediyeye verdiği üründe böyle bir durumla karşılaşmadığı ifade edilmiştir. Ürünün parasının da 15- 20 gün içerisinde çiftçiye ödendiği, tanzim satış uygulamasının üretici tarafından olduğu kadar tüketici tarafından da olumlu karşılandığı, bazı ürünlerin market fiyatlarında yüzde 50'nin üzerinde gerileme olduğu vurgulanmıştır²⁸ Fakat tanzim satışın, piyasalara doğrudan müdahale niteliğinde olan ve daha ziyade savaş, kriz veya diğer olağanüstü durumlarda ve dönemlerinde görülen ve iktisadi açıdan önemli sakıncalar yarattığı bilinen ilkel bir sosyal politika aracı olduğu yönünde eleştirildiği de görülmektedir²⁹.

2022 yılının nisan ayında gündeme gelen gıda fiyatlarının sabitlenmesinin ise, üreticilerin zararına yol açması muhtemeldir. Rekabet Kanuna göre, rekabet, mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış ifade eder. İşte idare tam da bu serbest karar alma mekanizmasına müdahalede bulunmaktadır. 1982 Anayasası'nın 172'inci maddeye göre, Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder. Rekabet Kanunu'nda yine, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanarak, tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu ifade edilmiştir.

²⁶ Cenk Yaşar Şahin, Amerikan İdare Hukukunun Temel Kavramı Olarak Regülasyon Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 13.

²⁷ Erdal Türkkkan, Tanzim Satışların Gerekçelerindeki Yanılgılar ve Sorunlar, Rekabet Forumu Sayı:123 Şubat 2019

²⁸ Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Aylık Gazetesi, ŞUBAT 2019, Yıl: 36, sayı: 559, s.13.

²⁹ Türkkkan, Tanzim Satışların Gerekçelerindeki Yanılgılar ve Sorunlar,s. 3.

İdare, piyasa üzerindeki denetim ve gözetim faaliyetini kolluk yetkisini kapsamında Bağımsız Bir idari Otorite olan ve idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu aracılığıyla yerine getirmektedir. Buradaki bağımsızlık ifadesi, kurumun faaliyetlerinin tamamen denetim dışında olduğu anlamına gelmemektedir. Buradaki bağımsızlık, kurumun hem organlarının hem de faaliyetlerinin siyasi otorite ve idari birimlerin tarafından denetime tabi olmaması anlamına gelmektedir. Kurumun aldığı kararlar yargı denetimine tabidir³⁰.

Rekabet Kurumu'nun gıda fiyatlarındaki artışın denetlenmesi kapsamında zincir marketler hakkında yürüttüğü soruşturmalar sonucunda aldığı kararlar idarenin gıda piyasasına doğrudan müdahalesinin önemli bir örneğini teşkil etmektedir. Bu kararlardan birinde, A101, BİM, CARREFOURSA, MİGROS ve ŞOK zincir marketlerinin, satışa sundukları pek çok ürünün perakende satış fiyatlarının tespiti amacına sahip, topla-dağıt özelliği de sergileyen kartel niteliğindeki anlaşma veya uyumlu eylemler yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri sonucuna varılmıştır. Bu bakımdan ilgili teşebbüslere 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında idari para cezası verilmesi, takdir edilecek idari para cezası verilmesine hükmedilmiştir³¹.

SONUÇ

Devletin ekonomik hayata müdahalesi sınırı ekonominin yönetilmesi için seçilen ekonomik sistem ile yakından ilgilidir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde devletin ekonomiye müdahalesi piyasaları müdahale etme refleksi daha fazla kendini göstermektedir. Her ne kadar piyasa serbestliği anlayışı idare tarafından benimsense de sağlıklı rekabet ortamını bozan tekelleri kırmak, yolsuzlukları engellemek, toplumdaki güçsüz kesimleri korumak, piyasa mekanizmalarının olumsuz etkilerinin eğitim, sağlık gibi alanlara etkilerini engellemek adına müdahalelerin gerçekleştiği ifade edilmiştir³².

1982 Anayasası'nın 5. maddesinde, Devletin temel amaç ve görevlerinin, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla sosyal bir hukuk devleti olarak ekonomiye müdahale edilebilecektir. Anayasa Mahkemesi de sosyal devletin müdahaleci bir devlet olduğunu kararında belirtmiştir. Kararda,

³⁰ Eren Gönen, Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 7, Sayı 2, 01.06.2003, s. 16.

³¹ Rekabet Kurulu Kararı, Erişim Tarihi:10.07.2022. <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=82884ab7-9d26-405c-9019-e2b9ee10f2c7>

³² Erdoğan Alkin, Piyasa Ekonomisine Kamu Müdahalesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Yıl 2004, Cilt 3, Sayı 6, 1 - 7, 01.12.2004,s. 6.

özel girişimlerin ulusal ekonominin gereklerine uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınmasının siyasi iktidarların tercihine bırakıldığı vurgulanmıştır. Yine, iktidarların uygun buldukları önlemleri, Anayasa'da yer alan kurallara aykırı olmamak koşuluyla, kendi ekonomik politikaları çerçevesinde belirleyebileceği, ekonomik ve sosyal politikalar uygulamanın, özel teşebbüse gelişmesini sağlayacak güvenli çalışma ortamı sağlamanın bir görev olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca devletin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun olarak anayasal sınırlar içinde kimi düzenlemeler getirebileceği gibi bunları değiştirmeye ve kaldırmaya da yetkili olduğu belirtilmiştir³³.

İdare, temel bir hak olan gıdaya erişimi ve gıda güvenliğini sağlamak için ekonomik kolluk müdahalesini devreye sokabilmektedir. Çünkü beslenme ve gıdaya erişim bir temel haktır. Anayasanın 166'ncı maddesine göre de devlet piyasalara kamu yararı amacıyla müdahalede bulunabilmektedir. Alınacak tedbirler vatandaşların gıdaya erişimini sağlamak açısından gerekli olmasının yanında ekonomiye etkisinin de iyi değerlendirilmesi gerekir. Çünkü sağlıklı işleyen bir piyasa mekanizması ekonomiyi doğrudan etkiler. Fiyat sabitlenmesi mutlaka piyasa zincirinin halkasını oluşturan tüm unsurları etkileyecektir. Alınan önlemlerde bu mekanizmanın oluşan zararını da karşılamak gerekir. Aksi halde temel ihtiyaç olan gıdanın üretilmesi aşamasında ciddi sıkıntılar yaşanması kaçınılmazdır. Gıda fiyatlarının sabitlenmesi ile ekonomiye yapılacak müdahalenin verimli olup olmadığı başka bir ifadeyle doğru bir tercih olup olmadığı hususunu idare takdir edecektir. Tabi ki idare takdir hakkını kullanırken kamu yararı ve hizmetin gereklerini de gözetmek zorundadır. İdare bu tercihlerinde de hem tüketici açısından hem de serbest piyasa koşullarında faaliyet gösteren üretici ve ticaret erbabları açısından en makul ve devletin menfaatlerine en uygun tercihi yapmakla da mükelleftir.

³³ Anayasa Mahkemesi Kararı - GK, E. 2002/32 K. 2003/100 T. 20.11.2003, Erişim tarihi: 10.08.2022, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2002-32-k-2003-100-t-20-11-2003>

KAYNAKÇA

- Akdeve, Erdal Benli, Erman : 1 Covid-19'un Küresel Tedarik Zinciri Ve Sektörlere Etkisi, *Perspektif*, s.5, Erişim Tarihi, 10.09.2022, https://thinktech.stm.com.tr/uploads/docs/1608985428_stm-covid-19-kuresel-tedarik.pdf?
- Alkin, Erdoğan : Piyasa Ekonomisine Kamu Müdahalesi, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi*, Yıl 2004, Cilt 3, Sayı 6, 1 - 7, 01.12.2004.
- Can, Muharrem : Dünya Gıda Fiyatlarının Yükselmesinin Piyasa Yapısıyla İlgisi; Artış Nedenleri Sonuçları ve Türkiye Ekonomisi Üzerindeki Etkileri, *Maliye Dergisi*, Sayı 155 Temmuz-Aralık 2008, s. 89-107.
- Eştürk Özlem, Albayrak, Nihal : Tarım Ürünleri-Gıda Fiyat Artışları Ve Enflasyon Arasındaki İlişkinin İncelenmesi, *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, (UIİİD-IJEAS), 2018 (18. EYİ Özel Sayısı):147-158 ISSN 1307-9832.
- Gönen, Eren :Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2003, Cilt 7, Sayı 2, 01.06.2003.
- Kıymaz Taylan, Saçlı, Yurdakul : *Tarım ve Gıda Ürünleri Fiyatlarında Yaşanan Sorunlar ve Öneriler*, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, DPT Yayın No: 2767.
- Orer, Gürsel :Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, s. 363-393.
- Şahin, Cenk Yaşar : *Amerikan İdare Hukukunun Temel Kavramı Olarak Regülasyon Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2009.
- Tan, Turgut :*Ekonomik Kamu Hukuku, Türkiye Ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1984. :Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Türkkan, Erdal : Tanzim Satışların Gereçeklerindeki Yanılgılar ve Sorunlar, *Rekabet Forumu* Sayı:123 Şubat 2019
- Ulusoy, Şahingöz, Ahmet Burak :Türkiye'de Gıda Ürünleri Fiyatlarının Enflasyon Üzerindeki Etkisi, *Maliye Araştırmaları Dergisi*, Temmuz 2020, Cilt: 6, Sayı: 2, ss:45-55.
- Ulusoy, Ali : *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 3. Bası, Eylül 2020.
- Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir,
- Üstün, Çakır, Okay Tekinsoy: : İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8.baskı, Oniki Levha Yayınları.

İNTERNET KAYNAKLARI

- Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Aylık Gazetesi, Şubat 2019, Yıl: 36, sayı: 559, s.13.

- Artan fiyatlar, çürüyen ürünler: 'Koronavirüs salgını küresel gıda krizini tetikledi', Erişim Tarihi, 10.07.2022, <https://www.bbc.com/turkce/ haberler-dunya-52671411>
- İnsan Hakları Belgeleri, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Erişim Tarihi, 10.07.2022, <https://www.ihd.org.tr/ekonomik-sosyal-ve-ktel-haklar-uluslararasi-sleesi/>
- Anne Sütü Muadillerinin Pazarlanmasıyla İlgili Yasa, Erişim Tarihi, 12.07.2022, <https://istanbulism.saglik.gov.tr/Eklenti/7715/0/mama-kodu-uluslararasi-yasapdf.pdf>
- Kalkınma Hakkına Dair Bildirge, Erişim Tarihi: 12.07.2022, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/01/Kalkinma-HakkinaDairBildirge.pdf>
- Beslenme ve Gıda Güvenliği Bildirgesi, Erişim Tarihi: 10.06.2022, https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=5b2dac78-903f-11ea-9b7d-6d38d16eb233
- AK Parti'den enflasyon formülü! 20 ürünün fiyatı sabitlenecek mi? Erişim Tarihi: 15.07.2022. <https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/ak-partiden-enflasyon-formulu-20-urunun-fiyati-sabitlenecek-mi-6732464>
- IMF Yıllık Raporu 2009, https://www.imf.org/external/lang/turkish/pubs/ft/ar/2009/pdf/ar09_tur.pdf, s. 4.
- Food and Agriculture Organization of the United Nations, Erişim Tarihi: 10.06.2022, <https://www.fao.org/turkey/news/detail-news/tr/c/1475697/>
- Toprak Su kaynakları, Dsi, Erişim Tarihi, 10.08.2022, <https://www.dsi.gov.tr/Sayfa/Detay/754>
- Gıda ve Tarımsal Ürün Piyasaları İzleme ve Değerlendirme Komitesi, Erişim Tarihi, <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Para+Politikasi/Fiyat+Istikrari+ve+Enflasyon/Gıda>
- Haksız Değerlendirme Kurulu Oluşturuldu, Erişim Tarihi: 17.08.2022, <https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-olusturuldu>
- "Temel gıda ürünlerinde yüzde 8 olan KDV'yi yüzde 1'e indiriyoruz", Erişim Tarihi: 10.06.2022 <https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/135629/-temel-gida-urunlerinde-yuzde-8-olan-kdv-yi-yuzde-1-e-indiriyoruz->
- T.C, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Gıda Sektörü Analizi Raporu ve Kalvuzu, Covid 19 Krizine Yanıt ve Dayanıklılık Projesi, Erişim Tarihi: 10.08.2022, <https://www.kalkinmakutuphanesi.gov.tr/dokuman/covid-19-krizine-yanit-ve-dayaniklilik-projesi-gida-sektoru-analiz-raporu-ve-kilavuzu-tr33-bolgesi/2133>

ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK KAPSAMINDA SİĞİNMACILARIN KORUNMASI

*Tülay YILDIRIM MAT**

GİRİŞ

Savaşların ve silahlı çatışmaların tarihin hiçbir döneminde eksik olmadığı tartışmasız bir gerçektir. Savaşsız ve çatışmasız bir dünya inşa etmek tarihin de ispat ettiği üzere hayal ürünü olsa da bunların sayısını azaltma ve yaşandığı takdirde de sivilleri koruma adına birçok çalışma yapılmıştır. Uluslararası İnsancıl hukuk bu çalışmalar sonucunda ortaya çıkan bir hukuk dalıdır.

İnsancıl Hukuk, savaş araçlarını ve yöntemlerini düzenleyip savaş mağdurlarını koruyarak, savaşın dehşetini kontrol altına almayı amaçlayan tüm uluslararası anlaşmalar ile bunlara dayalı olan örf ve adet hukukunu içerir¹. Bir diğer ifade ile insancıl hukuk, savaş hukuku ve silahlı çatışma hukukudur. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, İnsancıl Hukuku, “silahlı çatışma zamanlarında uygulanan hukuk” olarak tanımlamıştır². Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda sivillerin zarar görmemesini, göç hareketlerini engellemeyi ve zorunlu ya da hukuksuz göç hareketlerinin insancıl şekilde yapılmasını hedefler. Uluslararası İnsancıl Hukuk’un getirdiği bir diğer hüküm de göçün şartlarına dairdir. İstisnai durumda izin verilen göçler ile hukuksuz yaptırılan göçlerde ilgili taraf bu göç hareketinin güven, sağlık ve hijyen şartlarında gerçekleşmesini sağlamakla yükümlüdür. İşgal devletinin işgal ettiği bölgedeki diğer taraf vatandaşlarına misilleme saldırı yapmaması, açlık ve serseri saldırılarla dolaylı yoldan göçe zorlamaması da Uluslararası İnsancıl Hukuk’un getirdiği yasaklardanır. İşgal devleti diğer taraf vatandaşlarının güvenliğini sağlamakla yardım malzemelerinin geçişine izin vermelidir³.

Mülteci denilince bakılması gereken ana kaynak ise 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’dir. Bu sözleşmenin ve dolayısıyla mülteci hukukunun temeli insan hakları hukukuna dayanır. Mülteci kavramı uluslararası hukukta ta-

* Doç. Dr. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, E-mail: tulay.yildirim@medeniyet.edu.tr.

¹ Francois Bugnion, “Refugees, Internally Displaced Persons, And International Humanitarian Law” Fordham International Law Journal, C. 28, S. 5, 2004, s.1410.

² Ü. Elçin Ertuğrul, Silahlı Çatışmadan Kaçanların (Yerlerinden Edilenlerin) Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1, 2017, s.156.

³ Humanitarian Law, Human Rights and Refugee Law- Three Pillars, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/statement/6t7g86.htm>, E.T. 19 Ocak 2022.

nımlayan ve kurumsallaştıran sözleşme 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesidir. Bu sözleşmeye göre mülteci, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku sebebiyle yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişi olarak tanımlanmaktadır.

Bir uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışma sebebiyle göç eden kimselerin 1951 Mülteci Sözleşmesi'ne göre mülteci kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Ağırlıklı görüşe göre genel şiddetten veya silahlı çatışmadan kaçan kişiler mülteci olarak kabul edilmeyecektir⁴. Zira ilgili sözleşmenin birinci maddesinde "ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesi yüzünden zulme uğrama" şartı getirilmiştir. Nitekim BMMYK El Kitabında da bu kişilerin mülteci olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmiştir.⁵ Bununla beraber Afrika Birliği Örgütü Mülteci Sözleşmesi ve 1984 tarihli Cartagena Deklarasyonu ile mülteci tanımının kapsamı genişletilerek silahlı çatışma mağdurları da ilgili ülkeler için mülteci kapsamına alınmıştır.⁶

İnsancıl Hukuk'da mülteci kavramına bakılacak olursa, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde özellikle mülteci kavramı üzerinde net bir şekilde durulmadığı dikkat çeker. Fakat bu durum mültecilerin İnsancıl Hukuku'nun konusu olmadığı anlamına gelmemektedir⁷. Her ne kadar mülteciler hakkında kurumsallaşmış bir tanımlamaya yer verilmemişse de 4. Cenevre Sözleşmesi'nin 44. maddesinde mültecilerden bahsetmektedir. Bu hükme göre mülteciler fiilen hiçbir hükümetin himayesinden istifade etmeyen kişilerdir. Görüldüğü üzere insancıl hukukta mülteci için yapılan tanım çok daha geniş kapsamlıdır. Mülteci hukukunda ise kişinin mülteci olabilmesi adına himayesiz kalmasındaki sebepler sınırlı sayıda ve belirlidir. Mülteci hukuku himayesiz kalınmasındaki motivasyonun ayrımcılık temelli olmasını arar. İnsancıl hukukta ise başlı başına himayesizlik durumu mültecilik için yeterlidir.

İnsan hakları kapsamında mülteci hukuku kişinin menşe ülkesini terk ederek üçüncü bir ülkeye sığınma talebinde bulunması ile başlar. Mülteci hukukunun barış zamanı içinde uygulama alanı bulabilecekken, silahlı çatışma dolayısıyla yaşamların tehdit altında olan kişileri, güvenli bir yer bulmak

⁴ Ü. Elçin Ertuğrul, Silahlı Çatışmadan Kaçanların (Yerlerinden Edilenlerin) Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1, 2017, s.165.

⁵ a.g.e., s. 166

⁶ Humantarian Law, Human Rights and Refugee Law- Three Pillars, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/statement/6t7g86.htm>, E.T. 19 Ocak 2022.

⁷ Francois Bugnion, "Refugees, Internally Displaced Persons, And International Humanitarian Law" Fordham International Law Journal, C. 28, S. 5, 2004, s.1412.

adına buldukları menşe ülkelerinden ayrılmaları esnasında uğrayacakları insanlık dışı muamelelerden insancıl hukuk koruyacaktır. Bu durumda “*yerinden edilen kişi*” tabiri karşımıza çıkar. Bu kişiler, yaygın şiddet, silahlı çatışma ya da insan haklarının sistematik yahut da genelleşmiş ihlalleri dolayısıyla ciddi risk altında bulunanları ifade etmiştir⁸.

Yerinden edilen kişiler menşe ülkesinin himayesini reddetmezler, menşe ülkelerinde var olan silahlı çatışma sebebi ile fiilen himayeleri zorlaşır. Bu kişiler ülkelerinin yerlileri olmaya devam eder⁹. Hatta ülkelerindeki şiddet olaylarının son bulması durumunda ülkelere geri dönmeleri söz konusu olabilecektir. Mülteciler ise menşe ülkelerince ayrımcılık temelli olarak ya himaye edilmezler ya da himayeyi kabul etmezler. Mültecilerin ülkelere dönmeleri olası olmadığı gibi geri gönderilmeleri de yasaktır.

Silahlı çatışma sebebi ile yerinden edilen ve henüz barış durumunda üçüncü bir ülkeye giriş yapmamış olan kişiler, insancıl hukuk hükümlerince çatışmaya müdahil olmamış yahut savaş dışı kalmış olması sebebiyle korunurlar. İnsancıl hukukta mültecilerin korunmasına ilişkin kuralları incelenen karşımıza dört düzenleme çıkar¹⁰. Bunlar; dördüncü Cenevre Sözleşmesi, Ek I. Protokol, Ek II. Protokol ve Sözleşmenin Ortak 3. maddesidir. Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, savaş zamanında sivillerin korunmasına ilişkin Cenevre Sözleşmesidir. Ek Protokol I, uluslararası çatışmaların mağdurlarının korunmasında ilişkin daha kapsamlı kurallar içermektedir. II. Ek Protokol, iç silahlı çatışmanın mağdurlarının korunmasına ilişkin olup Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. maddesi, silahlarını teslim eden silahlı kuvvetler mensuplarıyla, çeşitli sebeplerle (hastalık, zorunluluk, tutukluluk ya da herhangi bir sebeple) silahlı çatışma dışı kalmış olan kimseler de dahil olmak üzere, silahlı çatışmaya doğrudan katılmayan kişilere her durumda ayrımcılığa dayanan bir fark gözetilmeksizin insani muamele yapılmasını öngörür. Sırasıyla bu düzenlemelerin mültecilerin korunmasında uygulanıp uygulanmadığı aşağıda incelenecektir.

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi Kapsamında Mültecilerin Korunması

Uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin kuralları düzenleyen Dördüncü Cenevre Sözleşmesi mültecileri öncelikle sivil olması hasebiyle koruma altına alır¹¹. Uluslararası silahlı çatışmalar sırasında, düşmanlıklardan kaçan ve düşman bir devletin topraklarına giren bir başka ifade ile yerinden edilen

⁸ Ü. Elçin Ertuğrul, Silahlı Çatışmadan Kaçanların (Yerlerinden Edilenlerin) Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1, 2017, s.170.

⁹ Francois Bugnion, “Refugees, Internally Displaced Persons, And International Humanitarian Law” Fordham International Law Journal, C. 28, S. 5, 2004, s.1410.

¹⁰ Ü. Elçin Ertuğrul, Silahlı Çatışmadan Kaçanların (Yerlerinden Edilenlerin) Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1, 2017, s.158.

¹¹ Helen Obregon Gieseken, “The Protection Of Migrants Under International Humanitarian Law”, International Review of the Red Cross, C.99, S.1, 2017, s.128.

kişiler Dördüncü Cenevre Sözleşmesince korunan kişi olarak kabul edilmektedir¹².

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 4. Maddesi uyarınca, bir ihtilâf veya işgal halinde, ihtilâfa dahil bir tarafın işgal devletinin her ne zaman ve her ne tarzda olursa olsun, eline düşen ve onların tabiyetinde olmayan şahıslar sözleşmenin himayesi altındadır. Bu hükümden işgal altında kalan şahısların himaye altında olan kişiler olduğunu görmekteyiz. Bu hüküm kişilerin işgal altındaki topraklara, işgal devletlerinin hükmü altına nasıl geçtiğinin önemli olmadığından bahsetmektedir. Bir diğer ifade ile korunan kişiler düşmanlıktan kaçan kişiler olabileceği gibi bulunduğu toprakların işgal edilmesi sebebi ile işgalci devletin hükmü altında kalan kişiler de olabilmektedir. Buradaki önemli husus işgalci devletin tabiyetinde olmayan kişilerden bahsetmesidir. Zira ilgili madde hükmünün devamında da sözleşmenin onunla bağlı olmayan devletin tebaalarını korumadığını da belirtmektedir.

Himaye gören şahıslar, sıhhi vaziyetlerine, yaşlarına ve cinsiyetlerine ilişkin hükümler de göz önünde bulundurularak, kendilerini hükmü altında bulunduran çatışmaya dahil tarafça; özellikle ırk, din veya siyasi kanaat itibarıyla, hiçbir fark gözetilmeksizin ayrımcılığa maruz kalmaz. Bu kurala göre, çatışmaya dahil devlet tarafından himaye edilen kişilere yapılacak muamelede ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmektedir.

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin yabancılara uygulanacak hükümler kısmının 35. maddesi uyarında himaye gören şahıs, çatışma esnasında ve devamında bulunduğu toprağı terk etme hakkında sahiptir. Bu kuralın tek istisnası kişinin ayrılışının devletin milli menfaatlerine aykırı olmasıdır. Sözleşmenin devam eden 38. maddesinde ise korunan kişilerin esas itibarıyla barış zamanında yabancılara yapılan muameleye ilişkin hükümlere tabi olmaya devam edeceğinden bahsetmekle beraber herhâlde sahip olacağı hakları da sıralamıştır. Buna göre;

Madde 38 devamı:

"...Herhalde bunlara aşağıdaki haklar verilecektir:

- i. Kendilerine gönderilecek ferdi veya kolektif yardımları alabileceklerdir.*
- ii. Sıhhi vaziyetleri icap ettirirse, alâkalı devlet tebaaları nisbetinde tıbbi tedavi görecekle ve hastaneye yatırılacaklardır.*
- iii. Kendi dinlerinde ibadette bulunabilecekler ve kendi din adamlarının ruhani muzaheretine mazhar olabileceklerdir.*
- iv. Şayet harp tehlikelerine bilhassa maruz bir, mıntıkada ikamet ediyorlarsa, alâkâlî devletin tebaaları nisbetinde başka bir mıntıkaya gitmelerine müsaade edilecektir.*

¹² Jean-Philippe Lavoyer, "Refugees and internally displaced persons" Cambridge University, 2010, s.168.

- v. *Onbeş yaşından küçük çocuklar, gebe kadınlar ve yedi yaşından aşağı çocukların anneleri, alâkalı devletin tebaaları nisbetinde, her türlü rüçhanlı muameleden istifade edeceklerdir.”*

Görüldüğü üzere işgal altında bulunan yabancılar silahlı çatışmanın tehlikelerinden korunmak ve çatışmadan zarar görmesinin engellenmesi adına Dördüncü Cenevre Sözleşmesi tarafından korunmaktadır. Sözleşmenin 39. Maddesi ise himaye gören yabancıların savaş sebebi ile geçimini sağlayacak faaliyetlerden yoksun kalır ise ev sahibi devletin vatandaşları ile aynı şekilde çalışma hakkına sahip olduğundan bahsetmektedir. Bu hükümde de korunan kişilerin çalışma hakkına sahip olduğu görülmektedir.

Dördüncü Cenevre Sözleşmesinin 44. maddesinde mültecilere özellikle atıf yapılmaktadır. Bu hükme göre kontrol tedbirlerini alırken, zilyet devlet fiilen hiçbir hükümetin himayesinden istifade etmeyen mültecilere, münhasıran hukukî bakımdan bir düşman devlet tebaası oldukları esasına dayanarak, yabancı düşman muamelesi yapmayacaktır. Bu hüküm ile de yerinden edilmiş, mülteci olarak korunmaktadır.

Sözleşme'nin 45. maddesinde ise mülteci hukukuna hakim olan “*geri göndermeme yasağı*”nın düzenlendiğini görmekteyiz. Bu hükme göre korunan bir kişi, siyasi görüşleri veya dini inançları nedeniyle zulme uğramaktan korkmak için nedeninin bulunabileceği bir ülkeye hiçbir koşulda nakledilemez¹³. İşgalci gücün işgal altındaki topraklarında mültecilerin tutuklanması, kovuşturulması, mahkum edilmesi veya sınır dışı edilmesi yasaktır. Bu kuralın istisnası ise düşmanlıkların başlamasından sonra menşe ülkelerine karşı suç işlemleri veya düşmanlığın başlamasından önce işgal edilen devletin yasalarına göre barış zamanından iadeyi haklı gösterecek adi cezai suçlar işlemleridir. Bu husus Sözleşmenin 70. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hüküm ile mültecilerin yalnızca sığınma talebinde buldukları veya ayrılmalarına neden olan eylemler nedeniyle cezalandırılmamalarını ve daha önce sahip oldukları sığınma haklarının menşe ülkeleri tarafından saygı gösterilmeye devam edeceğini garanti altına almayı amaçlamaktadır¹⁴.

Ek Protokol I Kapsamında Mültecilerin Korunması

Cenevre Ek I no'lu Protokolü sivil tanımına ilişkin dördüncü sözleşmeye nispeten daha belirlenebilir ölçütler getirmektedir. Ek I no'lu Protokolün “*Sivillerin ve Sivil Halkın Tanımı*” başlıklı 50 maddesine göre, sivil, Üçüncü Sözleşmenin madde 4 (A) (1), (2), (3) ve (6)'sında ve bu Protokolün madde 43'ünde sözü edilen kişi kategorilerine girmeyen kişilerdir. Bir kişinin sivil

¹³ Jean-Philippe Lavoyer, “Refugees and internally displaced persons” Cambridge University, 2010, s.168.

¹⁴ Helen Obregon Gieseken, “The Protection Of Migrants Under International Humanitarian Law”, International Review of the Red Cross, C.99, S.1, 2017, s.138.

olup olmadığı konusunda kuşkular olması durumunda, söz konusu kişi sivil sayılacaktır. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, kişinin sivil olması kural, savaşıyor olması ise istisnadır. Kişi sözleşmede savaşıyor bir kişi olarak tanımlanmış ise sivil olmaktan çıkar ve kuşku durumunda ise ana kural işlerlik kazanır. Bu durumda savaşıyor kişi olmayan mülteci sivil olarak kabul edilecek ve sözleşmenin sağladığı korumadan faydalanacaktır.

Sözleşmenin 51. Maddesinde ise sivillerin korunmasına ilişkin ayrıntılı şekilde kurallar getirilmiştir. Bu hükme göre, siviller, askeri operasyonlardan doğan tehlikelere karşı genel bir korumadan yararlanacaklardır. Bu korumanın işlerlik kazanması için, diğer uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarına ek olan kuralların her koşulda gözetilmesi gerekmektedir. Bu kurallar ise şunlardır;

A. Siviller saldırının hedefi olmayacaktır.

2. Esas amacı sivil halk arasında terör yaymak olan şiddet hareketleri ya da tehditleri yasaktır.

3. Siviller, çatışmada doğrudan yer almadıkları sürece bu sözleşme ile sağlanan korumadan yararlanacaklardır.

4. Ayrım gözetmeksizin yapılan saldırılar yasaktır.

5. Misillemeler yoluyla sivil halka ya da sivillere karşı saldırılar yasaklanmıştır.

6. Sivillerin varlığı ya da hareketi, belli noktaları askeri operasyonlardan muaf tutmak için, özellikle de askeri hedefleri saldırılara karşı korumak, askeri operasyonlara yarar sağlamak veya engel olmak için yapılacak girişimlerde kullanılmayacaktır.

7. Çatışmanın Tarafları, sivillerin hareketini, askeri hedeflere ya da askeri operasyonlara karşı yapılacak saldırılara karşı kalkan olarak kullanmak amacıyla yönetmeyecektir.

Sözleşme'nin Ek I. Protokolü ile sivillerin hiçbir suretle çatışmadan etkilenmesine izin verilmez iken çatışmada hedef haline gelmesi de kesin olarak yasaklanmıştır. Sivillerin bu

imtiyazının ise çatışmada taraf olanlarca lehine olacak şekilde kötüye kullanılmasına izin verilmez.

Ek I. Protokol'ün 73. maddesinde ise mülteciler ve vatansız olan kişilere ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, mülteciler ve vatansızlar düşmanlıklar başlamadan önce ilgili tarafların kabul ettiği konuya ilişkin uluslararası belgelerle ya da sığınılan veya ikamet edilen devletin ulusal yasaları altında vatansız veya mülteci olarak kabul edilen kişiler Dördüncü Sözleşme'nin I. ve III. Bölümleri anlamında, her şartta ve herhangi bir aleyhte ayırım gözetilmeksizin, korunan kişiler olacaklardır. Menşe devletle-

rince korunmayan, ancak aynı zamanda uluslararası insancıl hukuk kapsamında “korunan kişi” olmayan bazı bireyler olabilir. Bu boşluk, Ek I no’lu Protokol’ün 73. maddesinin kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır. Görüldüğü gibi mültecilere ek olarak vatansız kişilere, uyruklarına ve yönetimine düştükleri tarafa bakılmaksızın korunan kişi statüsü verir¹⁵.

Ek Protokol II Kapsamında Mültecilerin Korunması

Ek Protokol II, iç silahlı çatışmanın mağdurlarının korunmasına ilişkin kurallar içerir. Protokol kapsamında mağdurlar sivil halk olarak koruma altına alınırken, mültecilere ve vatansız kişilere referans verilmez. Ancak bu mülteciler, çatışmalara katılmayan sivil kişiler olarak korunur. Bu kişilere her koşulda, ırk, renk, din veya inanç, cinsiyet, doğum veya zenginlik veya benzeri herhangi bir kritere dayalı herhangi bir olumsuz ayırım olmaksızın insanca muamele edilmelidir¹⁶.

Ek Protokol II madde 13 uyarınca sivil kişiler, askeri operasyonlardan kaynaklanan tehlikelere karşı genel korumadan yararlanırlar. Sivil halk saldırı hedefi olmayacaktır. Mültecilerin ve yerinden edilen kişilerin bu protokol kapsamında korunmadan yararlanabilmeleri için doğrudan düşmanlıklara katılmamalıdır.

Protokol kapsamında sivillerin zorunlu yer değiştirmeleri de yasaklanmıştır. Ek Protokol II madde 17’ye göre, sivillerin güvenliği ya da zorunlu askeri nedenlerin gerekli kılması hali dışında, sivil çatışmaya dayalı nedenlerden ötürü halkın zorunlu yer değiştirmesi emri verilmeyecektir. Bu tür bir yer değiştirmenin gerçekleştirilmesi gerekirse, sivil halkın uygun sığınak, hijyen, sağlık, güvenlik ve beslenme koşullarında ağırlanması için gerekli bütün önlemler alınacaktır. Siviller kendi topraklarını çatışmayla ilgili nedenlerden ötürü terk etmeye zorlanmayacaktır. Sivil kapsamında kalan mültecilerin bu kural kapsamında zorunlu olarak göçe tabi tutulması yasaklanmıştır.

Ortak Üçüncü Madde Kapsamında Mültecilerin Korunması

Sözleşmenin ortak üçüncü maddesi hem uluslararası silahlı çatışmalarda hem de iç silahlı çatışmalarda uygulama alanı bulmaktadır. Uluslararası Kızılhaç Komitesi görüşüne göre de, silahlı çatışmaların genel itibari ile iç silahlı çatışma olarak cereyan etmesi sebebi ile ortak üçüncü maddenin uygulama alanı ve önemi artmıştır¹⁷.

¹⁵ Helen Obregon Gieseken, “The Protection Of Migrants Under İnternational Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, C.99, S.1, 2017, s.135.

¹⁶ Helen Obregon Gieseken, “The Protection Of Migrants Under İnternational Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, C.99, S.1, 2017, s.139.

¹⁷ Oğuz Demiralp, “Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kökenleri ve Gelişimi” *Uluslararası Suçlar ve Tarih / International Crimes and History*, S.22, 2021, s.26.

Sözleşmenin ortak üçüncü maddesi ile silahlarını teslim eden silahlı kuvvetler mensuplarıyla hastalık, mecburiyet, tutukluluk dolayısıyla veya diğer herhangi bir sebeple harp dışı olan kimseler de dahil olmak üzere, çatışmaya doğrudan doğruya iştirak etmeyen şahıslara, ırk, renk, din veya itikat, cinsiyet, doğum, servet veya bunlara benzeyen diğer herhangi bir kıstasa dayanan fark gözetilmeksizin, insani muamele yapılması emredilir. Hükmün devamında ise bu kişilere yasak olan muameleler sayılmıştır. Bu fiiller şunlardır;

- I. Hayatta veya beden bütünlüğüne kasıtlar, bilhassa her şekilde katil, tadili uzuv, zulüm, azap ve işkenceler,
- II. Rehine almalar,
- III. Şahısların haysiyet ve şerefine tecavüzler, bilhassa tehzil ve terzil edici muameleler,
- IV. Nizami şekilde oluşturulmuş bir mahkeme tarafından ve medeni milletlerce zarurî addedilen adli teminat altında verilmiş hükümlere dayanmayan mahkûmiyetler ve idamlar.

Sözleşmenin ortak üçüncü maddesinde korunan kişiler olarak savaş dışı kalan kişilerden bahsedilmiştir. Mülteciler de savaş dışı kalan kişiler olarak bu hükmün korumasından yararlanacaklardır.

SONUÇ

Uluslararası İnsancıl Hukuk sivillerin temel olarak can güvenliğini korumanın yanında ilk olarak sivillerin bireysel veya kitlesel göç ettirilmelerini yasaklamaktadır. Bu göçün ülke içine ya da dışına olması sonucu değiştirmemekle beraber bu yasağın iki istisnası; sivillerin güvenliği ve zorunlu askeri operasyonlardır. Sivillerin güvenliği ve zorunlu askeri operasyon sebebiyle siviller göç ettirilebilirler. Yalnız bu istisnai durumlarda dahi siviller ülke dışına göç ettirilemezler ve istisnai durum sona erdiği takdir derhal sivillere eski yerline dönme imkânı tanınmalıdır.

İnsancıl Hukuk mültecileri öncelikli sivil nüfusa yönelik genel kurallar çerçevesinde korur. Ayrıca, korunan kişiler olarak uluslararası silahlı çatışmalarda özel korunma hakkına sahiptirler. İşgal edilen bölgedeki siviller ile işgal devletindeki himayesiz sivillerin istedikleri takdirde ülkeden ayrılma hakları, temel haklarının korunması, yaşamlarını idame ettirmeleri için gereken araçların sağlanması, insancıl hukuk çerçevesinde koruma altına alınmıştır. Burada değinilmesi gereken bir konu da geri göndermeme yasağının erken tezahürünün Uluslararası İnsancıl Hukuk'ta görünmesidir. Şöyle ki savaşan taraf bölgesindeki yabancıların siyasi ya da dini düşüncesinden dolayı zulme uğrama ihtimalinin olduğu ülkelere nakline hiçbir şekilde fırsat vermemelidir. Uluslararası İnsancıl Hukuk'un göçmenler ile potansiyel göçmen ve mültecilerin güvenliğini sağlamak için birçok noktaya temas etmiştir. Silahlı çatışmaların azaltılsa da tamamen engellenemeyeceği hakikati karşısında Uluslararası İnsancıl Hukuk insanlık için değerli bir kazanımdır.

KAYNAKÇA

- BUGNİON, Francois, (2004). "Refugees, Internally Displaced Persons, And International Humanitarian Law" Fordham International Law Journal, C. 28, S. 5, ss. 1396-1420
- DEMİRALP, Oğuz, (2021). "Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kökenleri ve Gelişimi" Uluslararası Suçlar ve Tarih / International Crimes and History, S.22, ss. 21-28
- ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin (2016). "Silahlı Çatışmadan Kaçanların (Yerinden Edilenlerin) Uluslararası Hukukta Korunması" Ankara Barosu Dergisi, S.1, ss. 151-180
- GİESEKEN, Helen Obrego'n (2017). "The Protection Of Migrants Under International Humanitarian Law", International Review of the Red Cross, C. 99 (1), ss. 121-152
- GÖZEN Ercan, Pınar, Kul, S. (2021). "Ülkeleri İçinde Yerinden Edilmiş Kişilerin ve Mültecilerin Koruma Sorumluluğu Çerçevesinde Korunması", Uluslararası İlişkiler, C.18, S. 71, ss. 1-19.
- Harp zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, m. 49. <https://www.icrc.org/en/doc/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>, E.T. 19 Ocak 2020.
- Humanitarian Law, Human Rights and Refugee Law- Three Pillars, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/statement/6t7g86.htm>, E.T. 19 Ocak 2022.
- LAVOYER, Jean-Philippe, (2010). "Refugees and internally displaced persons" Cambridge University, ss.162-180
- ÖNDÜL, Hüsnü, (1998). "İnsancıl Hukuka Giriş", Cennet Ayhan (der.), Ankara, SES Yayınları.

ÖZEL HUKUK

HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU UYARINCA DURUŞMALARIN GİZLİ YAPILABİLMESİ BAKIMINDAN KORUNMAYA DEĞER ÜSTÜN MENFAAT KAVRAMI

Ayşe Ece ACAR*

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 28, f. 1 uyarınca duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 28, f. 2’de de aleniyet ilkesi kapsamında duruşmaların ne zaman gizli yapılabileceği düzenlenmektedir. 28.07.2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda birçok değişiklik yapılmıştır. 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden biri, aleniyet ilkesini düzenleyen 28. maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişikliktir. 7251 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle, bu fıkradaki “*kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi*” ibaresi “*yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi*” ibaresi ile değiştirilmiştir.

Tebliğimizde öncelikle aleniyet ilkesine dair açıklamalara yer verilecek, devamında korunmaya değer üstün menfaat kavramı Almanya ve İsviçre hukuklarındaki düzenlemeler, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi düzenlemesi ve örnek teşkil edebilecek Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenmeye çalışılacaktır.

A. ALENİYET İLKESİ

Aleniyet ilkesi, Anayasa’nın 141. maddesinde “*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır*” ifadesi ile yer almaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 28. maddesinde de, aleniyet ilkesi, “*Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir*” şeklinde vurgulanmıştır.

Aleniyet ilkesi sadece medenî yargıda değil, aynı zamanda ceza yargılamasında ve idari yargıda da uygulanır. Bu ilke Ceza Muhakemesi Kanunu m. 182’de ve İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 18’de düzenlenmiştir.

Aleniyet ilkesine uluslararası düzenlemelerde de yer verilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 10. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Söz-

* Araş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ecedelipinar@gmail.com.

leşmesi'nin 6. maddesinde, Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinde ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesinde de bu ilkeye dair düzenlemeler yer almaktadır.

Aleniyet ilkesi doğrudan aleniyet ve dolaylı aleniyet olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir¹. Yargılamaya dahil olmayan kişilerin yargılamayı duruşma salonuna bizzat giderek izlemeleri hâlinde, doğrudan aleniyet söz konusu olur². Başka bir ifadeyle doğrudan aleniyet mahkemelerdeki duruşmaların, aksi kanunda öngörülmedikçe, herkese açık olması olarak ifade edilmektedir³. Dolaylı aleniyet ise izleyicinin bizzat duruşma salonunda bulunmayıp, televizyon ve gazete gibi basın araçlarıyla yargılamaya ilişkin bilgi sahibi olması anlamına gelir⁴.

HMK m. 28 düzenlemesi ile, açıkça doğrudan aleniyetin usûl hukukumuzda geçerli olduğu düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca aleniyetin kapsamına duruşmalar ve kararların açıklanması dahildir. Doğrudan aleniyet, ilk derece mahkemelerindeki yargılamanın yanı sıra duruşmalı olarak yapılan kanun yolu incelemelerinde de geçerlidir⁵.

Halkın yargılamayı izleyebilmesi olanağına sahip olması ve keyfiliğe sebebiyet verebilecek gizli yargılamayı önlemek aleniyet ilkesinin temel amaçlarından⁶. Tarafların korunması, mahkemelere olan güvenin temin edilmesi, yargı fonksiyonunu icra eden kişilerin görevlerini daha dikkatli ve özenli yapmaları da aleniyet ilkesinin önde gelen amaçlarından⁷. Aleniyet ilkesinin diğer amaçları kısaca, yargıya olan güvenin sağlanması, halkın adli olaylar hakkında bilgilendirilmesi, hâkimlerin bağımsızlığının temini, yargılama sırasında ifadesine başvuru kişilerin doğruyu söylemeye sevk edilmesi ve kamu düzeninin korunması olarak sayılabilir⁸.

¹ Nesibe Kurt Konca, Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 115 vd.; Selçuk Öztekin, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi İle Ses Ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 Uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler", Adalet Dergisi, 2020 (1), 645; Murat Atalı; İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, 121.

² Kurt Konca, Aleniyet İlkesi, 115-116; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 121; Günce Artantaş, "Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, 1 (2022), 416.

³ Kurt Konca, Aleniyet İlkesi, 116; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 121.

⁴ Hakan Pekcanitez, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", İzmir Barosu Dergisi, 1999, 33; Kurt Konca, Aleniyet İlkesi, 120-121; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 121; Artantaş, 416.

⁵ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 122.

⁶ Kurt Konca, Aleniyet İlkesi, 23, Öztekin, 644.

⁷ Pekcanitez, "Aleniyet İlkesi", 23; Kurt Konca, Aleniyet İlkesi, 23.

⁸ Kurt Konca, Aleniyet İlkesi, 26-31; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan. Medenî Usul Hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, 77; Mert Namlı, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2019), 115.

B. DURUŞMALARIN GİZLİ YAPILMASI

Aleniyet ilkesinin de birtakım istisnaları bulunmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan istisna, m. 28, f. 2'de düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâk, kamu güvenliği ya da yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kılması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine ya da re'sen mahkeme tarafından karar verilebilir. Söz konusu düzenlemede duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılması kararının verilebileceği 3 ihtimalden bahsedilmiştir: Genel ahlak, kamu güvenliği ve ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kılması.

7251 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte dikkate alınması gereken bir diğer husus artık yalnızca yargılamanın taraflarının değil, ilgili kişilerin de duruşmaların gizli yapılmasını talep edebilecek olmasıdır. Zira yargılamanın tarafı olmamakla birlikte "yargılama ile ilgili (üçüncü) kişilerin" de, yargılamanın gizli yapılmasında hukuki menfaatleri olabilir⁹. Buna örnek olarak, fer'i müdahil de artık duruşmanın gizli yapılmasını talep edebilmektedir. Yargılama ile ilgili üçüncü kişilere başka örnek olarak taraflardan birinin akdi veya kanuni temsilcisi, bilirkişi ve tanık da verilebilir¹⁰.

Duruşmaların gizli yapılması usûlü HMK'nin 28. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca, duruşmaların gizli yapılması kararı ilgilinin talebi üzerine verilebileceği gibi re'sen mahkeme tarafından da verilebilir. Taraflar gizlilik talebinde bulunmuşlarsa, bu talep, ön sorunlar hakkındaki hükümler çerçevesinde gizli duruşmada incelenerek karara bağlanır. Hâkim, gizli duruşmada vereceği kararının gerekçelerini esas hakkındaki kararı ile birlikte açıklar.

C. KORUNMAYA DEĞER ÜSTÜN MENFAAT KAVRAMI

1. HUKUK MUHADEMELERİ KANUNU UYARINCA ÜSTÜN MENFAAT KAVRAMI

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile duruşmaların aleni olarak yapılmasına ilişkin ilkeye, genel ahlakın veya kamu güvenliğinin korunması yanında "*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin*" korunması için de bir istisna getirilmiştir.

Değişikliğe ilişkin Hükümet Gerekçesinde, bu düzenlemeyle duruşmaların aleni olarak yapılmasına ilişkin ilkeye kişilerin haklarının korunması için bir istisna getirildiği ifade edilmiştir. Öğretide de yapılan değişiklikle HMK m.

⁹ Kurt Konca, 303-304; Öztekin, 646; Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale, 97.

¹⁰ Öztekin, 649.

28 ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi arasında uyum sağlanmak istendiği ve bu değişiklik yapılırken, kavramlar bakımından İsviçre Medeni Usûl Kanunu'ndan ve İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarından da yararlandırıldığına değinilmiş ve değişiklikle yapılmak istenenin aleniyet ilkesini çağdaş standartlara uygun hale getirmeye çalışmaktan ibaret olduğu ifade edilmiştir¹¹.

2. İSVİÇRE HUKUKU VE ALMAN HUKUKUNDAKİ İLGİLİ DÜZENLEMELER

Federal İsviçre Anayasası'nın 30. maddesinde aleniyet ilkesine kanunla istisnalar getirilebileceği düzenlenmiştir. Medeni usûl hukukunda da bu istisnalar, İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 54. maddesinde yer almaktadır. Yargılamanın aleniyetini düzenleyen İsviçre Federal Usûl Kanunu 54. maddeye göre duruşmalar ve kararın sözlü bildirilmesi herkese açıktır. Verilen kararlar kamunun erişimine açıktır (Art. 54, 1). Karar müzakerelerinin kamuya açık olup olmadığı kantonların hukukuna göre belirlenir (Art. 54, 2). Kamu menfaati veya ilgilinin meşru menfaati gerekli kılırsa yargılama kısmen veya tamamen kapalı olarak yapılabilir (Art. 54, 3). Aile hukukuna ilişkin yargılamalar ise aleni değildir (Art. 54, 4).

Alman hukukunda aleniyet ilkesi ve istisnaları Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun (GVG) 170, 171b ve 172. maddelerinde düzenlenmiştir. Mahkemeler Teşkilatı Kanunu madde 170 uyarınca aile hukukuna ilişkin dava ve çekişmesiz yargı işleri gizlidir. Ancak taraflardan birisinin iradesine aykırı olmadığı müddetçe, mahkeme yargılamanın aleni yapılmasına karar verebilir.

Aleniyetin kaldırılması sebeplerini düzenleyen 172. maddede, korunmaya değer menfaat olabilecek hâller: ulusal güvenlik, kamu düzeninin veya ahlâka aykırılığın söz konusu olması, tanıkların veya diğer kişilerin yaşamının, vücut bütünlüğünün veya özgürlüğünün tehlikeye girmesi, önemli ticari, mesleki ve mali sırlarının korunması, özel hayatın korunması ve 16 yaşından küçüklerin dinlenmesi olmak üzere ayrı ayrı sayılmıştır.

Görüleceği üzere, hem Federal İsviçre Usûl Kanunu'nda hem de Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nda korunmaya değer menfaat kavramı tüm istisnaları içeren bir başlık olarak kullanılmıştır¹².

3. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ DÜZENLEMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: *"...Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir dava-*

¹¹ Öztekin, 648-649.

¹² Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", TBB Dergisi, 2020 (150), 279.

ya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'ya göre gizli duruşma yapılabilecek hâller; ahlak, kamu düzeni, ulusal güvenlik, küçüklerin çıkarları, bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirmesi ve aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği özel durumlardır ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde duruşmanın gizli yapılması mümkündür.

4. DEĞERLENDİRME

Öğretide, yargılamayla ilgili kişilerin korunmaya değer üstün menfaati kavramı, genel ve soyut bir ifade olduğu, bu kavramın içtihatlarda ve doktrinde yerleşmiş bir kavram olmadığı, aleniyet ilkesi adil yargılamayla da bağlantılı olduğundan bunun muğlak genel bir kritere bağlanarak takdire açık hale getirildiği, dolayısıyla uygulamada subjektif değerlendirmelere ve bazı tartışmalara yol açabileceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹³.

Kanaatimizce de 28. maddede yer alan üstün menfaat kavramı muğlak bir ifadedir. Zira kişinin üstün menfaati, kişilere ve olaylara göre değişebilir. Bu noktada takdir tamamen hâkime ait olduğundan, bu durum, hâkimin bu kavramı çok geniş yorumlaması riskini de beraberinde getirmektedir.

Gizlilik kararı verilebilmesi bakımından üstün bir menfaatten bahsedebilmek için ilgili kişinin korunmaya değer menfaati ile duruşmanın aleni yapılması arasındaki menfaat karşılaştırılmalı ve bu iki menfaat arasında korunmaya değer menfaat ağır basmalıdır¹⁴.

Buna bir örnek olarak Anayasa Mahkemesi'nin 2017 yılında bireysel başvuru üzerine verdiği bir karar verilebilir. Anayasa mahkemesi söz konusu kararında HIV virüsü taşıyan bir kişinin özel hayata saygı kapsamında duruşmanın kapalı yürütülmesi konusunda haklı olduğu ifadelerine yer vermiştir. Mahkemenin gizlilik talebinin reddi kararı verdiği ve bu kararın haklı gerekçelerinin ortaya konulamadığı dolayısıyla özel hayata saygı hakkının unsurlarından olan kişisel verilerin korunması hakkının ihlâl edildiği yönünde karar vermiştir¹⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararından da görüleceği üzere duruşmaların gizli yapılması kararı verilirken Anayasa hükümlerimiz de göz önünde bulundurulmalıdır. Bahsi geçen kararda Anayasamızın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği korunmaya değer üstün menfaat olarak kabul edilmiştir.

¹³ Pekcanitez Dinamik Kitap, 3004; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 279; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 124; Üçüncü, 194.

¹⁴ Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale, 97.

¹⁵ Başvuru No: 2014/19081, 01.02.2017.

Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı, birçok farklı kavramı da içermektedir. Kişinin mahremiyeti, kişinin şeref ve itibarının korunması ve kişisel verilerin korunması gibi birçok hak bu kapsamda değerlendirilebilir.

Kişisel veriler ise bireyin adını, soyadını, doğum tarihi ve doğum yerini kapsadığı gibi, telefon numarası, motorlu taşıt plakasını, sosyal güvenlik numarasını, pasaport numarasını, öz geçmişini, resimlerini, görüntü ve ses kayıtlarını, parmak izlerini, sağlık bilgilerini, genetik bilgilerini, IP adresini, e-posta adresini, alışveriş alışkanlıklarını ve bunlar gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verileri kapsar¹⁶.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, kişisel verilerin korunması hakkının kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamadığı vurgulanmıştır¹⁷. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan, özel hayata saygı hakkına karşılık gelmektedir.

Her davada ya da başvuruda Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında bir kişisel veri bulunup bulunmadığı, davanın ve başvurunun kendine özgü koşulları dikkate alınarak hâkim tarafından tespit edilir.

Burada örnek olarak yine Anayasa mahkemesinin 2017 yılında verdiği bir diğer bireysel başvuru kararı verilebilir. Söz konusu kararda geçirilen bir göğüs operasyonda tıbbî hata olması sebebiyle doktora karşı tazminat yoluna başvurulmuş; yerel mahkeme tazminat davası açısından dava dosyası hakkında gizlilik kararı verilmesi talebini reddetmiştir. Gizlilik kararı talep edilmesinin nedeni, dosyada davacı tarafın doktorun kusurlu davranışını dava dosyasına sunduğu fotoğraflarla somutlaştırmış olmasıdır. Davacı taraf, dava dosyasına eklediği bu fotoğraflar hakkında gizlilik kararı verilmesini talep etmiş ama yerel mahkeme davacının bu talebini reddetmiştir. Davacının bireysel başvurusu üzerine de Anayasa Mahkemesi özel hayatının korunması hakkının ihlâl edildiğini hükme bağlamıştır¹⁸. Söz konusu kararda olduğu gibi, kişisel veri niteliğindeki sırların ifşası ihtimalinin söz konusu olması hâlinde, duruşmanın gizli yapılmasına karar verilebilir.

Yine buna paralel olarak tarafların veya yargılama ile ilgili üçüncü kişilerin yargılamanın aleni olması nedeniyle sırlarının herkesçe öğrenileceği yö-

¹⁶ AYM, E. 2014/74, K. 2014/201, 25/12/2014; E.2014/180, K.2015/30, 19/3/2015.

¹⁷ AYM, E. 2014/122, K. 2015/123, 30/12/2015.

¹⁸ Başvuru Numarası: 2014/14189, Karar Tarihi: 25/10/2017, R.G. Tarih ve Sayı: 16/11/2017-30242. Ayrıca bkz. Pınar Çiftçi, "Özel Hayatın Korunması Menfaati Kapsamında Medenî Yargılamada Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 20, (2), 159-189.

nündeki bir endişeleri olacaksa ve bu durum onların gerçeği tam olarak söylemekten kaçınması sonucunu doğuracaksa da duruşmanın gizli yapılmasına karar verilebilmelidir. Böylece kişisel verilerin korunması yoluyla kişisel menfaatler korunmuş olacağı gibi, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıyla da kamu yararı korunmuş olur¹⁹.

Öğretide de özel hayatın korunması için duruşmaların kamuya kapalı yapılabileceği önceden beri kabul edilmekteydi²⁰. Bu kapsamda özel hayatın korunmasının yanı sıra, ticari sırların korunması hâlinde de gizli duruşma yapılabilmelidir²¹. Zira ticarî sırların ifşası Anayasayla güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edilmesine neden olabilecektir²².

Ayrıca Anayasamızın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığın korunması, 19. maddede düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği, 24. maddesinde düzenlenen din ve vicdan hürriyeti ve 41. maddesinde düzenlenen ailenin korunması ve çocuk hakları gibi üst değerler de mutlaka bu kapsamda dikkate alınmalıdır²³.

Son olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye tarafından da kabul edildiği ve Sözleşme hükümleri iç hukukun bir parçası hâline geldiği için, aleniyet ilkesine getirilebilecek istisnalar bakımından Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan hâller de dikkate alınmalıdır²⁴. Nitekim Anayasa'mızın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de, temel haklara ve özgürlüklere ilişkin usûlüne uygun yürürlüğe konulmuş bir uluslararası andlaşmadır. Dolayısıyla kanunumuzdaki düzenlemedeki eleştiri konusu olan muğlaklık bu şekilde bir ölçüde giderilebilir.

SONUÇ

Kanunlarımızda sıklıkla değişiklikler olduğu ve uygulamacılar bakımından bu değişiklikleri takip etmenin zorluğu da göz önünde bulundurulduğunda, Kanun'da yeni bir kavram içeren bir değişiklik yapılacağı zaman mümkün olduğunca belirlemenin yapılmasında yarar olduğu, dolayısıyla korunmaya değer üstün menfaat kavramı bakımından hukukumuzda da Alman hukukunda olduğu gibi bir sayım yolu tercih edilmesinin daha yerinde olabileceği kanaatindeyiz. Tabii ki burada sınırlı bir sayım yapmak mümkün

¹⁹ Üçüncü, 193.

²⁰ Pekcanitez, "Aleniyet İlkesi", 26; Kurt Konca, Aleniyet İlkesi, 275; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, 901; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 123.

²¹ Erdönmez, Pekcanitez Usûl, 901; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 123; Çiftçi, 164-165.

²² Erdönmez, Pekcanitez Usûl, 901; Çiftçi, 164-165.

²³ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 123.

²⁴ Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale, 97.

değildir ancak içtihatların yerleşmesini beklemek yerine bir çerçeve çizilmesi uygulamada ortaya çıkabilecek problemler bakımından daha olumlu neticelere sebebiyet verebilirdi kanaatindeyiz. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu henüz tasarı hâlindeyken alenîyetin sınırlandırılması sebepleri daha geniş düzenlenmişti. Bilim Komisyonu'ndaki Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın son hâlinde alenîyet ilkesini karşılayan 33. madde şu şekildeydi: *“Genel ahlak, kamu düzeni, millî güvenlik, küçüklerin korunması veya yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticarî sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gereğiyle duruşmanın bir kısmının yahut tamamının gizli olarak yapılmasına taraflardan birinin talebi üzerine yahut re’sen mahkemece karar verilir.”* (HMK Tasarısı, Adalet Komisyonu, m. 33/2). Adalet komisyonu gereğesinde de ifade edildiği üzere bu hâliyle Tasarı düzenlemesi, uluslararası sözleşmelerle de uyum sağlamaktaydı. Kısacası Kanun'da bu şekilde bir düzenleme olsaydı, daha yerinde olurdu kanaatindeyiz.

Mevcut düzenlemelere göre ise korunmaya değer üstün menfaat kapsamında duruşmaların gizliliğine dair karar verilecekse, hâkim, kişinin üstün menfaatinin korunması kapsamında gizlilik talep ettiği hususun gerçekten de korunmaya değer olup olmadığının tespitini yapmalıdır. Anayasamızın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığın korunması, 19. maddede düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği, 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı, 24. maddesinde düzenlenen din ve vicdan hürriyeti ve 41. maddesinde düzenlenen ailenin korunması ve çocuk hakları gibi üst değerler de mutlaka bu kapsamda dikkate alınmalıdır.

Alenîyet ilkesi ve bu ilkenin sınırlandırılmasına ilişkin açıklamalar hiç kuşkusuz istinaf yargılamasında incelemenin (tahkikatın) duruşmalı olarak yapılması, temyiz aşamasında ise tarafların talebi üzerine veya Yargıtay tarafından re’sen karar verildiği takdirde temyiz incelemesinin duruşmalı olarak gerçekleştirilmesi (HMK m. 369) hâllerinde de geçerli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Artantaş, Günce. "Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022,71 (1), 413-436.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Esin. *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Budak, Ali Cem ve Karaaslan, Varol, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Çiftçi, Pınar. "Özel Hayatın Korunması Menfaati Kapsamında Medenî Yargılamada Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, 20, (2), 159-189.
- Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2017.
- Kurt Konca, Nesibe. *Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Namlı, Mert. *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2019.
- Öztek, Selçuk. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi İle Ses Ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 Uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler", *Adalet Dergisi*, 2020 (1), 641-665.
- Öztek, Selçuk; Taşpınar Ayvaz, Sema ve Kale, Serdar. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, 2020 (149), 77-152.
- Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku (Lexpera Dinamik Kitap)* İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2022.
- Pekcanitez, Hakan. "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", *İzmir Barosu Dergisi*, 1999, 21-42.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz ve Özeken, Muhammet. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", *TBB Dergisi*, 2020 (150), 247-299.
- Üçüncü, S. Hilal. *Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2019.

AİLE KONUTUNA İLİŞKİN KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

*Alpaslan AKARTEPE **

GİRİŞ

01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, özellikle Aile Hukuku alanında önemli yenilik ve değişiklikleri de beraberinde getirmiştir. Bu yeniliklerden bir tanesi de “*aile konutu*” kavramının Kanunun farklı hükümlerinde yer almasıdır. Gerçekten de aile konutuna dair düzenlemeler, Türk Medeni Kanunu’nun 194, 240, 254, 279 ve 652. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Evlilik birliğinin korunması noktasında önemli bir yere sahip olan aile konutu ile ilgili olarak eşlerden birisinin tek başına hukuki işlemler yapması, bazı olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Bu kapsamda da eşlerden birisinin tek başına aile konutu ile ilgili hukuki işlemler yapmasının diğer eşin haklı menfaatlerini ve dolaısıyla evlilik birliğini etkileyeceğini öngören kanun koyucu, TMK m. 194’te aile konutu olarak kullanılan yere ait kira sözleşmesinin feshi, bu konutun başkalarına devri ya da konut üzerindeki hakların, buna benzer diğer hukukî işlemlerle tamamen ya da kısmen sınırlandırılmasını diğer eşin rızasına bağlamıştır.

Türk Medeni Kanunu’ndan sonra, 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 349. maddesi, TMK m. 194 ile uyumlu bir düzenlemeye yer vermiştir. Söz konusu düzenleme, aile konutunun eşlerden birisinin yaptığı kira sözleşmesi ile edinilmesi halinde, sözleşmenin feshinin diğer eşin açık rızasına bağlı olduğunu hükme bağlamıştır. Böylece, eşlerden birisinin kiracı sıfatıyla tek başına hareket ederek diğer eşin açık rızası olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi, evlilik birliğinin korunması amacıyla, önlenmek istenmiştir. Her iki hükümde de diğer hususlarda benzer düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Ancak TMK m. 194’ten farklı olarak, TBK m. 349’un son fıkrasında kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde, kiraya verenin fesih bildiri ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olduğu belirtilmiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; e-posta: aakartep@erzincan.edu.tr.

Aile konutunun eşlerden birisinin yapmış olduğu kira sözleşmesi ile edinilmesi halinde, kanun koyucu kira sözleşmesinin kiracı eş tarafından feshedilmesine yönelik olarak bazı sınırlamalar getirmiştir. Evlilik birliğini koruma amacıyla getirilen bu düzenlemeler, TMK m. 194 ve TBK m. 349'da hükme bağlanmıştır. Çalışmamızda da konusu aile konutu olan kira sözleşmesinin kiracı eş tarafından sona erdirilmesi, TMK m. 194 ve özellikle de TBK m. 349 kapsamında ele alınacaktır.

I. AİLE KONUTU KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

A) AİLE KONUTU

Aile konutu¹, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte hukuk dünyamızda yerini almış olan bir kavramdır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Kanun çeşitli hükümlerinde aile konutu kavramına yer vermiş olsa da söz konusu kavramın bir tanımını yapmış değildir. Kanunda bir tanım verilmediği için aile konutu kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde doktrinde çeşitli fikirler ileri sürülmüştür.

Aile konutu en genel anlamı ile eşlerin ve arsa çocuklarının, evlilik birliği süresince ortak yaşamlarını sürdürdükleri ve ortak yaşamlarının merkezi haline getirdikleri, barınma, korunma ve beslenme gibi ihtiyaçlarını karşıladıkları yer olarak tanımlanabilir. Ancak, doktrinde aile konutu ile ilgili olarak daha detaylı ve kapsayıcı tanımlar da yapılmıştır. Bu tanımlardan bazı örnekler aşağıda belirtilmiştir.

Doktrinde yapılan bir tanıma göre, *“Aile konutu, eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürmenin gerekli kıldığı, bir yerde ortak oturma ihtiyacının giderilmesinde kullanılmak üzere sürekli olarak seçtikleri, kısaca aile yaşamlarının merkezi haline getirdikleri konut olarak kullanılmaya elverişli taşı-*

¹ Aile konutu kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ŞİPKA, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), İkinci Bası, İstanbul 2004, s. 72 vd.; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Yenilenmiş Yirmibirinci Bası, İstanbul 2019, s. 121 vd.; GÜMÜŞ, M. Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, İstanbul 2007, s. 20 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Bası, s. 44 vd.; ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Genişletilmiş-Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2021, s. 17 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara 2019, s. 188 vd.; ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2019, s. 221 vd.; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Onaltıncı Bası, İstanbul 2021, s. 177 vd.; AYAN, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 60 vd.; DOĞAN, Murat: “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu”, AÜEHFD, C. VI, S. 1-4, Y. 2002, s. 285-287; GÜNERGÖK, Özcan: “Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet Veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı”, EÜHFD, C. XIII, S. 1-2, Haziran 2009, s. 250-252; NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem: “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri”, TBB Dergisi, Y. 2011, S. 97, s. 120-123.

nır veya taşınmaz yerdir”². ŞİPKA tarafından yapılan tanıma göre, “Aile konutu, eşlerin ve ailenin müşterek yaşam merkezi olan ve üçüncü kişilerce de objektif olarak böyle olduğu anlaşılabilen kural olarak tek konuttur”³. ACAR ise “Ailenin kullanımına özgülenmiş, dolayısıyla ailevi faaliyetlerin merkezini oluşturan ve bu bağlamda konut işlevine sahip, genellikle sabit nitelikte mekanı (yeri) aile konutu olarak nitelemek mümkündür.”⁴ şeklinde tanımlamıştır. Bunların dışında, “Aile konutu, eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocuklarıyla birlikte eylemler olarak içinde yaşadıkları ortak konuttur”⁵, “Karı ve kocanın birlikte yaşadıkları konut aile konutudur”⁶, “Aile konutu, eşlerin yaşamsal ilişkilerinin işlerinin ve hayatlarının odak noktası olarak seçtikleri ve fiilen, varsa çocuklarıyla birlikte yaşadıkları konuttur.”⁷, “resmi evlilik birliği ile bir araya gelen eşlerin, ortak yaşama yükümlülüğü gereği, sürekli ve fiili olarak ortak yaşamlarının merkezi haline getirdikleri, eşlerin ve varsa çocukların barınma ihtiyacını karşılayan, manevi değeri bulunan, konut olarak kullanılmaya elverişli taşınır veya taşınmaz eşya”⁸ şeklinde ifade edilen tanımlar da doktrinde yapılmıştır.

Aile konutu, Türk Medeni Kanunu’nun 194. maddesinin gerekçesinde ise “Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.” şeklinde tanımlanmıştır.

Yargıtay kararlarında da aile konutu tanımına rastlamak mümkündür. Yargıtay, aile konutunu, “Eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekan”⁹ olarak veya “Aile konutu, eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürmeleri için ayrılan ve aynı konutta iki tarafın da yaşama hakkını güvenceye alan hukuksal bir kurumdur.”¹⁰ şeklinde tanımladığı gibi, bazı kararlarında da TMK m. 194’ün gerekçesinde yer alan tanımları kullandığı görülmektedir¹¹.

B) AİLE KONUTUNUN ÖZELLİKLERİ

Bir konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken bazı özellikler bulunmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Kanun aile konutunun tanımını yapmadığı gibi, hangi özelliklere sahip olması gerektiği

² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 177; aynı yönde GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 20, 21.

³ ŞİPKA, s. 86.

⁴ ACAR, s. 17.

⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 121.

⁶ KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 46; KILIÇOĞLU, Aile, s. 190.

⁷ AYAN, s. 61.

⁸ CUMALI, Gamze: Aile Konutu ve Kira İlişkileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s. 20, 21.

⁹ Yarg., 2. HD., E. 2005/16473, K. 2006/799, T. 02.02.2006 (www.legal.com.tr).

¹⁰ Yarg., 14. HD., E. 2020/3509, K. 2021/2907, T. 19.04.2021 (www.legal.com.tr).

¹¹ Yarg., HGK, E. 2006/2-591, K. 2006/624, T. 14.10.2006 (www.legal.com.tr); Yarg., 2. HD., E. 2021/3464, K. 2021/6355, T. 22.09.2021 (www.legal.com.tr); Yarg., 2. HD., E. 2021/1737, K. 2021/5563, T. 01.07.2021 (www.legal.com.tr).

noktasında da bir düzenleme içermemektedir. Ancak, aile konutunun doktrin ve uygulamada yapılan tanımları çerçevesinde, ne tür özelliklere sahip olması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Genel olarak söz konusu özellikleri, aile konutunun tek olması, aile faaliyetlerinin merkezi olması, sürekliliği, ailenin ortak kullanımına özgü bir konut olması şeklinde saymak mümkün olabilmektedir. Aşağıda bu özellikler üzerinde durulacaktır.

1. Aile Konutunun Tek Olması

Aile konutunun tek bir konut olması gerekir^{12,13}. Eşlerin kullandıkları birden fazla konut olsa bile, bunlardan sadece bir tanesi aile konutu niteliğini haizdir¹⁴. Aile konutuna ilişkin korumadan da bu tek konut faydalanabilir¹⁵.

Birden fazla konutun kullanılması halinde, bunlardan hangisinin aile konutu olduğunun belirlenmesinde eşlerin iradesi esas alınmalıdır. Bu bağlamda, eşlerin evlilik birliğinde yaşam merkezi olarak benimsedikleri ve üçüncü kişilerce de objektif olarak bilinebilir olan konutun, aile konutu olarak kabul edilmesi gerekir¹⁶. Ancak kural bu olmakla birlikte, doktrin¹⁷ ve uygulamada¹⁸ istisnai hallerde, örneğin eşlerin mesleki faaliyetleri, sağlık

¹² GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 21; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 177; GÜNERGÖK, s. 251; DOĞAN, s. 286; REİSOĞLU, Seza: "Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri", Bankacılar Dergisi, S. 40, Y. 2002, s. 68.

¹³ "Aile konutu; eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekandır. Aile konutu tektir." (Yarg., 2. HD., E. 2005/16473, K. 2006/799, T. 02.02.2006; www.legal.com.tr).

¹⁴ "Evlilik, eşlere birlikte yaşama yükümlülüğü getirmektedir. TMK'nun 186/1. maddesinde "eşlerin oturacakları konut", TMK'nun 194. maddesinde ise "aile konutu" düzenlenmektedir. Çoğu olayda, eşlerin birlikte seçtikleri konut aile konutudur. Bunun yanı sıra, eşlerin ikametgâhlarını aynı yerde seçmeleri o yerin aile konutu olduğu yönünde emare teşkil eder. Ancak eşlerin iradeleri ile belirledikleri konutlar her zaman aile konutu değildir. Eşlerin birlikte oturdukları birden fazla konut olsa bile, bunlardan sadece biri aile konutu sayılır ve TMK'nun 194. maddesindeki korumadan faydalanabilir. Çünkü, TMK'nun 194. maddesi ile, ailenin oturduğu veya kullandığı herhangi bir konutun değil aile için yaşam merkezi olan, kaybedildiğinde aile birliğinin maddî ve manevî yönden sarsılacağı, ailenin ve diğer eşin barınma hakkını kaybedeceği konutun korunması amaçlanmıştır." (YHGK, E. 2011/2-447, K. 2011/556, T. 28.09.2011; www.legal.com.tr). Ayrıca bkz., ERDEM, s. 223.

¹⁵ ERDEM, s. 223.

¹⁶ HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band/Nr. II/1/2, Das Eherecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, 2. Auflage, Bern 1999, Art. 169, N. 14; ŞİPKA, s. 86; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 21; ERDEM, s. 224.

¹⁷ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 16; ŞİPKA, s. 83 vd.; ACAR, s. 32; AYAN, s. 68.

¹⁸ "Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk İsviçre'de çalışan tarafların, yaz tatillerinde Türkiye'ye geldiklerinde kaldıkları konutun aile konutu olarak kabul edilip edilemeyeceği, buradan varılacak sonuca göre de, koca adına kayıtlı dava konusu taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulması isteminin kabulünün gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. (...)

Eldeki olay itibarıyla "aile konutunun teklifi" sorunu üzerinde de durmak gerekmektedir. Aile konutunun, eşlerin yaşam faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer olması konusu bakımından eylemli olarak sürekli ve kesintisiz oturmanın şart olmadığı kabul edilmekle birlikte, aile konutunun teklifi aç-

sebepleri ya da çocukların eğitimi dolayısıyla ailenin farklı konutları kullanması halinde, birden fazla aile konutunun varlığının kabul edilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁹.

2. Aile Faaliyetlerinin Merkezi Olması

Aile konutunu, evlilik birliği içerisinde ailenin hayatını devam ettirdiği barınma, korunma gibi ihtiyaçlarının karşılandığı ve bu ihtiyaçlara yönelik faaliyetlerini yürüttükleri bir yaşam merkezi olarak kabul etmek gerekir²⁰.

sından konu uygulama ve öğretide tartışmalıdır. Aslında kanun koyucu bu tartışmaların yaşanacağını önceden görmüş olmalı ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu daha tasarı aşamasında iken, oluşturulan alt komisyon tarafından aile konutunun teklifi prensibinin, maddeye ayrı bir fıkra olarak "aileye ancak bir konut özgülenebilir" şeklinde eklenmesi teklif edilmiştir (KILIÇOĞLU, s. 14, dipnot 18). Ancak, teklif kabul edilmeyerek, Madde şimdiki hali ile yasalasmıştır.

Unsurlardan yola çıkarak, kural olarak aile konutunun teklifinin esas olduğunu söylemek mümkündür. Ne var ki, yine aynı unsurların bulunması şartıyla, aile tarafından birden fazla konutun aile konutu olarak özgülenmesine, eş söyleyişle ailenin birden fazla konutta yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırmasına yasal bir engel de bulunmamaktadır (AYAN, s. 68). Gerçekten Yasa'da aile konutu sayı olarak sınırlandırılmamıştır. Belirtmek gerekir ki, bu gün gelinen noktada ikincil nitelikteki konutlar (yazlık, yayla evi, dağ evi, karavan gibi) aile konutu olarak kabul edilmemekte ise de (AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 121; DOĞAN, s.286; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 205) ikinci konutun -duruma göre- aile konutu olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Kimi istisnai hallerle sınırlı tutulan aile konutunun birden fazla olabileceğinin kabulü (ACAR s. 32; ŞİPKA, s. 82; Krş. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 205) "ailenin yaşam faaliyetlerinin birden fazla yerde yoğunlaşması" hali ile izah edilmektedir. Bu yoğunlaşma da çeşitli nedenlerle olabilmektedir. Sözelimi, eşlerin farklı yerlerde çalışmaları, çocukların eğitimi, zorunlu tayinler ve sağlık gibi nedenler birden fazla konutun aile konutu olarak özgülenmesini gerektirebilmektedir (ŞİPKA, s. 79). Bu örnekler bağlamında, yabancı ülkede çalışan ve o ülkede yaşayan Türk ailelerin, yılın belirli bir dönemini Türkiye'de geçirmeleri halinde, Türkiye'ye geldiklerinde kalma amacıyla düzenli olarak kullandıkları bir konutun, aile konutu sayılması gerektiği kabul edilmektedir (ŞİPKA, s. 80). Şu halde, yurt dışında yaşayan bir ailenin, Türkiye'ye geldiğinde kullandığı tek konutu, diğer unsurların da bulunması koşuluyla, aile konutu olarak kabul edilmelidir. Nitekim aynı ilke Hukuk Genel Kurulu'nun 28.09.2011 gün ve 2011/2-447, 556 sayılı kararında da benimsenmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde somut olay irdelendiğinde; dava konusu taşınmaz davalı koca adına kayıtlıdır. Taraflar yurtdışında çalışmakla birlikte, her yıl ailece Türkiye'ye izne gelerek, yine ailece dava konusu konutu kullandıkları konusunda çekişme bulunmamaktadır. Ailenin dava konusu taşınmazı salt bu amaca özgülediği ve kiraya vermediği ya da başka bir amaçla kullanmadığı toplanan delillerden anlaşılmıştır. Dava konusu konut, tarafların Türkiye'de buldukları sürece ortak yaşam faaliyetlerini sürdürme ve oturma ihtiyacı için kullanıldığına, tarafların Türkiye'de bu amaçla kullandıkları başka bir konutları bulunmadığına göre, Türkiye'de iken kullandıkları tek konut olan dava konusu yerin, aile konutu olarak özgülediğinin (TMK m. 194) kabulü gerekir." (YHGK, E. 2011/473, K. 2014/92, T. 12.02.2014; www.legal.com.tr). Ancak belirtmek gerekir ki, Hukuk Genel Kurulu kararı, Türkiye sınırları içerisinde ve Türk Medeni Kanunu'na tâbi ikinci bir konutu değil, tarafların Türkiye'de buldukları sürece ortak yaşam faaliyetlerini sürdürme ve oturma ihtiyacı için kullandığı, bu amaçla kullanılan başka bir konutun bulunmaması ve dolayısıyla söz konusu yerin aile konutu olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Bu bakımdan esas itibarıyla, Yargıtay'ın da aile konutunun tek bir konut olması gerektiği yönünde görüşünü sürdürdüğünü kabul etmek yanlış olmayacaktır.

¹⁹ İstisna olmaksızın aile konutunun tek olması gerektiği yönünde bkz., GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 21; GÜNERGÖK, s. 251, dn. 11.

²⁰ ACAR, s. 37, 38; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 21.

Eşlerin yaşam merkezi haline getirdikleri yerin taşınmaz ya da taşınır olması mümkündür²¹. Bu bağlamda, bir karavan dahi aile konutu olabilir²². Ancak ailenin yaşam merkezi niteliğinde olmayan, ikincil nitelikteki yazlık, dağ evi vb. konutlar, aile konutu sayılmazlar²³. Ayrıca, konut niteliğinde olsa bile, ailenin yaşam faaliyetlerini değil de eşlerden birisinin ya da her ikisinin mesleki veya ticari faaliyetlerini yürütmek amacıyla kullanılan yerler de aile konutu olarak kabul edilmezler²⁴. Bununla birlikte, hem ailenin yaşam merkezi, hem de eşlerden birisinin ticari ya da mesleki faaliyetini yürüttüğü bir yerin olması halinde, baskın kullanım amacı belirlenerek karar verilmesi gerektiği, eşitlik olması durumunda aile konutu nitelendirmesinin yapılabileceği ifade edilmektedir²⁵. Ancak, bir yer hem aile konutu olarak hem de ticari veya mesleki bir faaliyeti yürütmek amacıyla kullanılıyorsa, o yerin aile konutu olarak kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür²⁶.

3. Aile Konutunun Sürekliliği

Eşlerin yaşam merkezi haline getirdikleri yerin aile konutu olarak kabul edilebilmesi için gereken bir diğer özellik, söz konusu yerin kullanımına başlanmış olması ve kullanımın az veya çok bir süreklilik arz etmesidir²⁷. Bu bakımdan geçici nitelikte olan, sürekli kalma niyeti bulunmayan yerler aile konutu olarak nitelendirilmezler²⁸. Süreklilikle kastedilenin, baştan sona kadar ebedi olarak kalmak değil, geçici olmayan bir şekilde hareket etmek olduğu ifade edilmiştir²⁹.

4. Ailenin Ortak Kullanımına Özgü Bir Konut Olması

Bir yerin aile konutu olabilmesi, o yerin ailenin ortak kullanımına tahsis edilmiş ve fiilen kullanılıyor olmasını gerektirir. Ailenin ortak kullanım amacı olmaksızın yerleştiği yer, aile konutu olarak kabul edilmeyecektir³⁰.

Konutun ailenin kullanımına tahsis edilmesi öncelikle bir ailenin varlığını gerektirir. Bir başka ifadeyle, evlilik birliğinin mevcut ve devam ediyor olması şarttır³¹. Evlilik birliği boşanma veya herhangi bir sebeple sona er-

²¹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 15; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 21.

²² ŞİPKA, s. 79; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 21; GÜNERGÖK, s. 252.

²³ ŞİPKA, s. 86; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 177; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 121; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 22; PERMANN, Richard: Titel Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, OFK - Orell Füßli Kommentar, Auflage 2, Zürich 2007, Art. 266m-266n, N. 5; ACAR, s. 38; DOĞAN, s. 286; GÜNERGÖK, s. 251.

²⁴ ŞİPKA, s. 87; ACAR, s. 38; GÜNERGÖK, s. 251.

²⁵ ŞİPKA, s. 87-88; ACAR, s. 38.

²⁶ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 19; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 22; ayrıca bkz., ŞİPKA, s. 88.

²⁷ ACAR, s. 21; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 20; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 14.

²⁸ ACAR, s. 21, 22.

²⁹ ACAR, s. 22.

³⁰ ACAR, s. 22.

³¹ ACAR, s. 39.

mişse³², aile konutu özelliği de ortadan kalkar³³. Bir başka ifadeyle, TMK m. 194 evliliğin genel hükümleri kapsamında yer alan bir hüküm olduğundan, eşler arasındaki mal rejiminden etkilenmeksizin evlilik devam ettiği süre³⁴ uygulama alanı bulur³⁵.

II. AİLE KONUTU VE KİRA SÖZLEŞMESİ

A) GENEL OLARAK

Türk Medeni Kanunu'nun hukukumuzda kazandırmış olduğu önemli bir kavram olan "*aile konutu*", eşlerin bazı hukuki işlemlerini de etkilemektedir. Bu işlemlerden birisi de aile konutunun kira sözleşmesi ile edinilmiş olmasıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, eşlerin evlilik birliğinde ortak yaşamlarını sürdürdükleri aile konutu kira sözleşmesi ile edinilmiş olabilir. Böyle bir durumda, kanun koyucu özellikle evlilik birliğinin korunması bakımından, önce TMK m. 194 hükmünde daha sonra da TBK m. 349 metninde, konusu aile konutu olan kira sözleşmesinin feshedilmesini de kapsayan birtakım düzenlemelere yer vermiştir. Çalışmamızın bu bölümünde, aile konutu ve kira sözleşmesi ilişkisi, sözleşmenin feshi yönünden TBK m. 349 hükmü kapsamında ele alınacak olmakla birlikte, TMK m. 194'te yer alan düzenleme de anlatımda göz önünde tutulacaktır.

³² "Mahkemece, davanın aile konutundan kaynaklanan tapu iptali ve tescil davası (TMK m. 194) olduğu, davacı eşin açık rızası alınmadan yapılan satış işleminin geçersiz olduğu gerekçesiyle tapu iptali ve tescil davasının kabulüyle taşınmazın davalı eş Yüksel adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmiş, verilen bu karar davalı eş tarafından temyiz edilmiştir. Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması, diğer eşin açık rızasına bağlıdır. (TMK madde 194). Bu rıza alınmadan konutla ilgili yapılan tasarruf işlemi geçersizdir. Bu geçersizliği, rızası gereken eş, konutun bu vasfını devam ettirmesi koşuluyla ileri sürebilir. Evlilik, boşanmayla sona ermekle, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin "aile konutuna" sağladığı koruma da sona erer ve diğer eşin rıza alınmadan yapılan tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Dava konusu taşınmazın maliki olan davalı eş Yüksel ile davacının, karardan önce 03.06.2015 tarihinde kesinleşen karar ile boşanmış oldukları anlaşılmaktadır. Evlilik, karar tarihinden önce boşanma ile sona erdiğine göre, davaya konu taşınmaz aile konutu olmaktan artık çıkmıştır. Bu husus gözetilerek konusuz kalan dava hakkında "karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir." (Yarg., 2. HD., E. 2018/334, K. 2018/2407, T. 22.02.2018; www.kazanci.com.tr).

³³ ACAR, s. 22; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 20; ŞİPKA, s. 88.

³⁴ "Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması, diğer eşin açık rızasına bağlıdır (TMK m. 194). Bu rıza alınmadan konutla ilgili yapılan tasarruf işlemi geçersizdir. Bu geçersizliği, rızası gereken eş konutun bu vasfını devam ettirmesi koşuluyla evlilik birliği süresince ileri sürülebilir. Evlilik, boşanma yahut da iptal kararıyla sona ermiş ise, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin "Aile konutuna" sağladığı koruma da sona erer, diğer eşin rızası alınmadan yapılan tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Toplanan delillerden, tarafların Mersin 2. Aile Mahkemesinin 2017/499 esas, 2018/474 karar sayılı ilamıyla boşanmalarına hükmedildiği ve boşanma kararının 17.09.2018 tarihi itibarıyla kesinleştiği anlaşılmaktadır. Evlilik boşanma ile sona erdiğine göre dava konusu taşınmaz aile konutu olma niteliğini kaybetmiştir." (Yarg., 2. HD., E. 2020/6719, K. 2021/2247, T. 15.03.2021; www.kazanci.com.tr).

³⁵ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 11; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 22.

B) AİLE KONUTUNA İLİŞKİN KİRA SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

1. Genel Olarak Kira Sözleşmesi

Kira sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 299-378. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kira sözleşmesi kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmelerden olup, TBK m. 299'da *"kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmasını, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."* şeklinde tanımlanmıştır. TBK m. 299 hükmünden anlaşıldığı üzere, kira sözleşmesinin üç ana unsuru bulunmaktadır. Bunlar, kira sözleşmesinin konusunu oluşturan kiralanan, kiralananın kullanımı veya kullanımıyla birlikte ondan yararlanılmasının karşılığında ödenecek kira bedeli ve tarafların anlaşmasıdır. Kira sözleşmesinde, bir bedel karşılığında geçici bir süre içinde başkalarına ait taşınır veya taşınmaz malı kullanan kişiye *"kiracı"*, taşınır veya taşınmaz malı kiracının kullanımına hazır bir halde bulunduran kişiye *"kiraya veren"*, kira sözleşmesine konu olan taşınır veya taşınmaz mala ise *"kiralanan"*, kiralananın kullanımı veya kullanımıyla birlikte ondan yararlanılmasının karşılığında ödenen ivaza ise *"kira bedeli"* denir.

Tarafları, kiraya veren ve kiracı olan kira sözleşmesi rızai, sürekli borç ilişkisi doğuran, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olup, kural olarak kurulması şekle bağlı değildir. Kira sözleşmesinin iki taraflı borç yükleyen bir sözleşme olması itibariyle, kiraya verenin kira konusu malı kiracıya kullanıma ve ondan yararlanmaya elverişli bir biçimde teslim etme, kiracının da kira konusunun kullanımının karşılığı olarak kira bedelini ödeme yükümlülüğü, tarafların asli borçlarını teşkil etmektedir. Diğer taraftan kira sözleşmesi, taşınır kirası, taşınmaz kirası ve ürün kirası gibi farklı çeşitlere ayrılabilmesi gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun düzenlemesi dikkate alındığında, genel (adi-olağan) kira sözleşmesi (TBK m. 299-338), konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesi (TBK m. 339-356) ve ürün kirası (TBK m. 357-378) olarak da üç türe ayrılabilir.

2. Aile Konutunun Kira Sözleşmesi ile Edinilmesi

Eşlerin ortak yaşamlarını sürdürdükleri aile konutu, eşlerden her ikisinin ya da birisinin mülkiyetinde olabileceği gibi, kira sözleşmesi ile edinilmiş de olabilir. Bir başka ifadeyle, aile konutu nitelik olarak eşlerin o konut üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmasını zorunlu kılmaz. Kira sözleşmesi ile edinilmiş bir konut da aile konutu niteliğini haiz olur³⁶.

³⁶ YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, (Hazırlayanlar: C. YAVUZ, F. ACAR, B. ÖZEN), İstanbul 2019, s. 346; İNCEOĞLU, M. Murat: Kira Hukuku, Cilt 2, İstanbul 2014, s. 320.

Kira sözleşmesine dayanan kullanım halinde, sözleşmenin ne zaman ve kim tarafından yapıldığı ile ilgili olarak farklı durumlar ortaya çıkabilir. Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini kiracı olarak eşlerden birisi yapabileceği gibi, her iki eş de sözleşmede kiracı sıfatına sahip olabilir. Evlilik birliği kurulduktan sonra ve devam ederken bir yer aile konutu olarak kiralanabilir. Nitekim, TBK m. 349/f. I'de "*aile konutu olarak kiralanana*" ifadesiyle, kira sözleşmesine konu olan konutun baştan aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanması halinde, TBK m. 349'un uygulama alanı bulacağı anlamına gelen bir ifade kullanmıştır. Ancak, kiracının kira sözleşmesini yaptıktan sonra evlenmesi ve sözleşmeye konu olan yerin aile konutu niteliğini kazanması da mümkündür³⁷. Doğal olarak böyle bir durumda da TBK m. 349'un uygulanması mümkün olacaktır³⁸. Sonuç olarak, TBK m. 349 hükmünün uygulanması bakımından önemli olan husus, kira sözleşmesinin ne zaman yapılmış olduğu değil, sözleşmeye konu olan yerin aile konutu niteliğine sahip olması ve bu yönde kullanılıyor olmasıdır.

Kira sözleşmesine konu olan ve niteliği aile konutu olan yerin mutlaka taşınmaz olması da şart değildir. Her ne kadar TBK m. 349/f. I hükmünde, "*aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanana taşınmazlarda*" ifadesi bulunsa da taşınmaz olmayan, fakat TBK m. 339 anlamında konut niteliğine sahip yapıların da aile konutu olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁹. Daha önce de belirttiğimiz üzere aile konutu, evlilik birliği içerisinde ailenin hayatını devam ettirdiği barınma, korunma gibi ihtiyaçlarının karşılandığı ve bu ihtiyaçlara yönelik faaliyetlerini yürüttükleri bir yaşam merkezi olarak, taşınmaz ya da taşınır bir yerdir. Bu bağlamda, bir karavan dahi konut olarak kabul edilmektedir. Taşınır bir yapının da kira sözleşmesi ile edinilmesi ve aile konutu olarak kullanılması halinde, TBK m. 349'un uygulama kapsamına gireceğini belirtmek mümkündür⁴⁰. Aksi durumda, aynı amaca hizmet eden hükümler olan TMK m. 194 ve TBK m. 349 arasında uygulama farklılıkları olacağı gibi, kanun koyucunun evlilik birliğini korumaya yönelik olarak getirmiş olduğu düzenlemelerden beklenen sonuçlar da elde edilemeyecektir.

³⁷ PERMANN, Art. 266m-266n, N. 4.

³⁸ İNCEOĞLU, s. 320; ACAR, s. 82.

³⁹ İNCEOĞLU, s. 320.

⁴⁰ İNCEOĞLU'na göre, "6570 sayılı Kanun'dan farklı olarak Türk Borçlar Kanunu'nun taşınmaz ifadesine yer vermemiş olması karşısında, konutun bir taşınır niteliğinde olması mümkündür. Kanaatimce istisnayı düzenleyen 339. maddenin ikinci cümlesinde taşınmaz tabirinin geçmesi buna engel teşkil etmemektedir. (...) konut açısından önemli olan yapının üstünün ve etrafının dış etkenlere koruma sağlayacak şekilde kapalı olmasıdır. Bu nitelikleri taşıyan bir taşınır yapının da konut olarak kabul edilmemesi için bir neden bulunmamaktadır. 6570 sayılı Kanun'un etkisinde kalarak, mutlaka bir taşınmazın mevcut olması gerektiğini savunan aksi görüşte isabet bulunmamaktadır.

Bu bağlamda konut olarak kullanılmak üzere kiralanmış olan taşınır yapı niteliğindeki barakalar sürekli bağlı bulunan tekneler sabit duran karavanlar dahi bu kapsama sokulabilecektir." (İNCEOĞLU, s. 11, 12).

Bu bakımdan, TBK m. 349 hükmünün uygulanması yönünden de “*aile konutu*” kavramını, TMK m. 194 çerçevesinde değerlendirmek gerekecektir⁴¹.

3. Kira Sözleşmesinin Tarafı Olmayan Eşin Durumu

Aile konutunun kira sözleşmesi ile edinilmesi halinde daha önce de belirtildiği üzere, söz konusu sözleşme kiracı olarak eşlerden birisi tarafından yapılmış olabilir. Bu durumda diğer eşin, kira sözleşmesinin tarafı olmaması ve kural olarak borç ilişkisinin nispliliği ilkesi gereğince de adı geçen sözleşmeye dair bir tasarrufta bulunması mümkün olamayacaktır. Ancak, gerek TMK m. 194 gerekse TBK m. 349, kira sözleşmesine taraf olmayan eşin, evlilik birliğinin korunması amacıyla, iki hususta aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine etkide bulunabilmesi imkanını hükme bağlamıştır.

Bu imkanlardan birincisi, aile konutu olarak kiralanan yere ait kira sözleşmesinin, sözleşmenin tarafı olmayan eşin açık rızası alınmadan, kiracı olan eş tarafından feshedilemeyecek olmasıdır (TMK m. 194/f. I; TBK m. 349/f. I). İkinci olarak, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin tarafı olmayan eş, kiraya verene yapacağı bir bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelecektir (TMK m. 194/f. IV; TBK m. 349/f. III).

C) Aile Konutuna İlişkin Kira Sözleşmesinin Feshi

1. Genel Olarak

Aile konutu eşlerden birisinin taraf olduğu kira sözleşmesi ile edinilmişse, kiracı olan eş diğer eşin açık rızası olmaksızın söz konusu sözleşmeyi feshedemeyecektir⁴². Bu husus, TMK m. 194 ve TBK m. 349 hükümlerinde açıkça düzenlenmiştir. Her iki hüküm de evlilik birliğini koruma amacıyla getirilmiştir⁴³. Zira kiracı olan eşin, evlilik birliğinin sürdürülmesi bakımından önemi şüphesiz olan aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini fevri ya da düşüncesiz bir davranışla feshederek, aileyi zor durumda bırakması her zaman için mümkündür⁴⁴. Kanun koyucu böyle bir durumun önüne geçebilmek ve aileyi korumak adına, kira sözleşmesinin ancak diğer eşin açık rızasıyla feshedilebileceğini düzenlemiştir. Bu bağlamda, her iki hükmün de mutlak emredici olduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Ayrıca, her iki hüküm de kira sözleşmesinin kiracı eş tarafından feshedilmesine yönelik bir düzenleme içerdiğinden, kiraya verenin sözleşmeyi feshetmesi durumunda eşin rızası aranmayacaktır⁴⁶.

⁴¹ Karş., GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, (TBK m. 299-356), İstanbul 2011, s. 46, 47; ayrıca bkz., ACAR, s. 81.

⁴² Doktrinde, eşlerin aile konutu konusunda birlikte hareket etmek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Bkz., BAŞPINAR, Veysel: “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 93.

⁴³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 346.

⁴⁴ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 19; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 346; İNCEOĞLU, s. 321.

⁴⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347; GÜMÜŞ, Kira, s. 46; İNCEOĞLU, s. 321; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 19; ERDEM, s. 224; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 10.

⁴⁶ ACAR, s. 83; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347; GÜMÜŞ, Kira, s. 48 dn. 140.

2. Feshin Geçerliliği İçin Eşin Rızası

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesi benzer ifadelerle, kiracı eşin aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini diğer eşin açık rızası bulunmadıkça feshedemeyeceğini hükme bağlamıştır. Eşin açık rızası, kiracı eşin aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshetmeye yönelik beyanını etkili hale getiren bir irade açıklaması olduğundan, fesih beyanının içeriğine dair bir belirleme söz konusu olmaz⁴⁷. Kanunda aranan rızanın, fesih beyanını etkili hale getirmesinin sonucu olarak, kiracı eş kira sözleşmesinin feshine yönelik bir irade beyanında bulunmuş olsa bile, diğer eşin rızasını almadığı ya da alamadığı takdirde fesih geçersiz olacak, herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacak, kira sözleşmesi varlığını sürdürecektir⁴⁸. Bir başka anlatımla, kiracı eş tarafından diğer eşin rızası alınmaksızın yapılan fesih beyanı kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, İBK m. 266o hükmünün aksine, Kanunda bu hususta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa İBK m. 266o hükmü açık bir şekilde, m. 266m ve 266n'ye uygun olmayan fesih beyanının geçersiz olacağını düzenlemiştir.

Eşin rızası yenilik doğuran bir irade açıklamasıdır. Şarta bağlı olarak yapılamaz⁴⁹, muhataba yöneltilmiş olması gerekir ve karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Rıza beyanı kural olarak, kiraya verene yöneltilmiş olmalıdır⁵⁰. Çünkü, kiracı eş tarafından yapılan fesih beyanı diğer eşin rızası ile hüküm ifade edeceğinden, kiraya verenin fesihten etkilenerek taraf olarak sözleşmenin sona erip ermediğini bilmesi bu yolla mümkün olacaktır. Ancak doktrinde de kabul edildiği üzere⁵¹, kiracı eşe yöneltilmiş olan rıza beyanı da istenilen hüküm ve sonucu doğurmaya elverişlidir. Hatta, bir görüş ise rıza beyanının hem kiraya verene hem de kiracı eşe yöneltilmesini aramaktadır⁵².

Eşin rızasının hangi şekil içerisinde beyan edileceği konusunda Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla rıza, sözlü ya da yazılı beyan edilebilir⁵³. Fakat ispat kolaylığı açısından yazılı olması tavsiye edilir⁵⁴. Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre, yapılan hukuki işlem şekle tâbi

⁴⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, 348.

⁴⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 349; ŞIPKA, s. 144, 145; İNCEOĞLU, s. 324, 325; GÜMÜŞ, Kira, s. 46; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 123.

⁴⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348; İNCEOĞLU, s. 322.

⁵⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348; İNCEOĞLU, s. 322; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 48; ACAR, s. 95.

⁵¹ GÜMÜŞ, Kira, s. 51.

⁵² İNCEOĞLU, s. 322, dn. 533.

⁵³ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 123; ŞIPKA, s. 142; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348; PERMANN, Art. 266m-266n, N. 7; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 41; DOĞAN, s. 291; ACAR, s. 95; GÜMÜŞ, Kira, s. 51; İNCEOĞLU, s. 321.

⁵⁴ PERMANN, Art. 266m-266n, N. 7.

ise eşin rızasının da aynı şekil içerisinde verilmesi gerekir⁵⁵. Bununla birlikte, kanun koyucu rıza beyanının açık olmasını aramıştır. Örtülü rıza beklenen hukuki sonucu doğurmaya elverişli değildir. Bir başka ifadeyle, örtülü rıza geçerli olmayacaktır⁵⁶.

Eşin rıza beyanı kapsamında bulunması gereken bir diğer özellik ise rızanın belirli ve somut bir fesih işlemine yönelik olmasının gerekliliğidir. Aksi durumda, yani genel olarak ve belirli olmayan bir fesih işlemine yönelik rıza beyanında bulunulması halinde, bunun hukuki sonuç doğurmayacağı ifade edilmektedir⁵⁷.

Konusu aile konutu olan kira sözleşmesinin feshi için kiracı olmayan eşin rıza beyanı, izin ya da icazet (onay) niteliğinde olabilir. Zira kanun koyucu her iki durumu da içerisine alacak biçimde "rıza" ifadesini kullanmıştır⁵⁸. Bir başka deyişle eşin rızası, kira sözleşmesini feshetmeye yönelik beyandan önce ya da aynı zamanda verilebileceği gibi sonrasında da verilebilir⁵⁹. Ancak icazet niteliğindeki rıza beyanının, fesih bildirim için geçerli olan süre içerisinde yapılmış olması gerekir⁶⁰. Zira, bu süre geçtikten sonra fesih bildirim hüküm ve sonuç doğurmayacağından, rızanın bir etkisi olmayacaktır.

Geçerliliği eşin rızasına bağlı olan işlemler bakımından, icazet niteliğindeki rıza beyanında bulunmak mümkün olduğundan⁶¹, henüz rıza beyanında bulunmayan eşe beyanda bulunması için kiraya veren tarafından uygun bir süre verilebileceği, bu süre içerisinde icazet verilmemesinin ret anlamına geleceği doktrinde ifade edilmektedir⁶². Böyle bir durumda dikkat edilmesi gereken husus, rızanın fesih bildirim için gerekli olan süre içerisinde verilmiş olmasıdır⁶³. Zira, kiracı eşin fesih bildiriminin hüküm ve sonuç doğurması diğer eşin açık rızasına bağlı olduğundan, rıza beyanı icazet olarak verilecekse ve fesih bildirim için de Kanunda bir süre öngörülmüşse, bu süreye uyulması gerekir. Aksi durumda, fesih bildirim hukuki bir sonuç doğurmayacaktır. Örneğin, TBK m. 347/f. I gereğince, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracının belirli süreli sözleşmeyi sona erdirebilmesi için sözleşme süresinin

⁵⁵ Bu konuda bkz., ACAR, s. 95; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 49.

⁵⁶ İNCEOĞLU, s. 321; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 49; PERMANN, Art. 266m-266n, N. 7; DOĞAN, s. 291; ACAR, örtülü rızanın kural olarak yeterli olmayacağını belirtmekle birlikte, somut olayın bütün koşulları birlikte değerlendirildiğinde eşin işleme onay verdiği kesin olarak ortaya konulabiliyorsa, buna rağmen aksini iddia etmenin TMK m. 2/f. I hükmü ile bağdaşmayacağını ifade etmektedir. Bu konuda bkz., ACAR, s. 93.

⁵⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348; ŞİPKA, s. 141; GÜMÜŞ, Kira, s. 51; ACAR, s. 94; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 47; İNCEOĞLU, s. 321, 322.

⁵⁸ GÜMÜŞ, Kira, s. 51.

⁵⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347; GÜMÜŞ, Kira, s. 51; İNCEOĞLU, s. 321.

⁶⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348; İNCEOĞLU, s. 321;

⁶¹ GÜMÜŞ, Kira, s. 51; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347; KILIÇOĞLU, Aile, s. 192; ACAR, s. 85; İNCEOĞLU, s. 321.

⁶² GÜMÜŞ, Kira, s. 52; İNCEOĞLU, s. 321; ERDEM, s. 229.

⁶³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347; ACAR, s. 85; İNCEOĞLU, s. 321.

bitiminden en az onbeş gün önce fesih bildiriminde bulunmuş olması gerekir⁶⁴. Aksi takdirde, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılacaktır. Böyle bir kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için diğer eş, fesih bildiriminden önce ya da onunla aynı anda rıza beyanında bulunmamışsa, icazet niteliğindeki rızasının en geç kira sözleşmesinin bitimine onbeş gün kala alınmış olması⁶⁵ gerekecektir⁶⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesinin II. fıkrasında ise konut ve çatlılı işyeri kira sözleşmesinin belirsiz süreli olması durumunda, kiracının her zaman sözleşmeyi feshedebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda da kiracı eşin fesih bildirimini geçerliliği diğer eşin rızasının bulunmasına bağlı olacaktır⁶⁷. Fesih bildiri, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanımı olduğundan, kural olarak, en geç söz konusu bildirim sonuç doğurduğu anda diğer eşin rızası alınmış olmalıdır⁶⁸.

Benzer bir durum da TBK m. 328'de getirilen düzenleme ile ilgili olarak ortaya çıkabilir. Anılan hükme göre, belirsiz süreli kira sözleşmeleri, taraflarca daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılmış olmadıkça, yasal fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uyularak feshedilebilir. Buna karşılık, sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine ya da fesih bildirim süresine uyulmamışsa, yapılan bildirim bir sonraki fesih dönemi için geçerli olur. Bu kapsamda, konusu aile konutu olan belirsiz süreli kira sözleşmesini sona erdirmek isteyen kiracı eş, TBK m. 329'da düzenlenen sürelerle uyarak fesih bildiriminde bulunmalıdır. Böyle bir durumda da diğer eş, rıza beyanını fesih bildiriminden önce veya aynı anda ya da daha sonra yapabilir. Ancak, icazet niteliğinde yapılan rıza beyanının en geç TBK m. 329 hükmünde öngörülen fesih bildiriminde bulunulabilecek son güne kadar yapılmış olması gerekir⁶⁹. Buna karşılık, fesih bildirim süresi geçtikten sonra diğer eş rıza beyanında bulunmuşsa, TBK m. 328/f. II hükmü dikkate alınarak, bunun bir sonraki fesih dönemi için ancak, ayrıca

⁶⁴ Burada kiracıya tanınan fesih bildirim hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olup, kira sözleşmesini kiraya verenin hakimiyet alanına ulaştığı anda değil, sürenin bitiminde sona erdirir. Dolayısıyla, fesih bildiri kira sözleşmesinin bitiminden en az onbeş gün öncesinden kiraya verenin hakimiyet alanına ulaşmış olması gerekir. Ulaşmadığı takdirde, fesih bildiri hüküm ve sonuç doğurmayacağından kira sözleşmesini de sona erdirmeyecektir.

⁶⁵ Doktrindeki bir başka görüş, böyle bir durumda diğer eşin rızasının diğer eşin bitimine kadar alınmasının yeterli olacağını kabul etmektedir. Bu görüş çerçevesinde, kiracı eşin fesih bildirimini geçerliliği için aranan diğer eşin rıza beyanı, onbeş günlük sürenin başlangıcına kadar değil de söz konusu sürenin sonuna kadar alınabilecek ve bu mümkün olduğu takdirde kira sözleşmesi sona erecektir. Bu konuda bkz., HIGI, P.: Obligationenrecht, Teilband V2b, Die Miete, Zweite Lieferung Art. 266-268b OR, Vierte, völlig neu bearbeitete Auflage (GAUCH/SCHMID), Zürich 1995, Art. 266m-266n, s. 226, Nr. 23 (Naklen: ACAR, s. 86).

⁶⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347; İNCEOĞLU, s. 321; ACAR, s. 95.

⁶⁷ ÖZDEMİR, Hayrunnisa: "Aile Konutu ve Kira Sözleşmeleri İlişkileri", II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Cilt 1, Ankara 2019, s. 397.

⁶⁸ ACAR, s. 84.

⁶⁹ İNCEOĞLU, s. 321; GÜMÜŞ, Kira, s. 50.

tekrar bir fesih bildirimine gerek olmaksızın geçerli olacağı ve sonuç doğuracağı kabul edilmektedir⁷⁰.

Eşin rızası hem belirli hem de belirsiz süreli kira sözleşmelerinin feshi bakımından uygulama alanı bulur. Bunun dışında, sadece fesih değil fesih sonucunu doğuracak olan işlemlerde de eşin rızası aranmalıdır. Zira, kanun koyucu her ne kadar ilgili hükümlerde (TMK m. 194 ve TBK m. 349) “*fesih*” ibaresini kullanmış olsa da aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğuran ya da aile konutu olarak kullanılmasını sınırlandıran, fiil ve irade açıklamalarının hukuki sonuç doğurabilmesi için diğer eşin rızasının aranması, söz konusu hükümlerin evlilik birliğini koruma amacına uygun düşecektir. Bu kapsamda, fesih sonucunu doğuracak olan kiracı eşin yazılı tahliye taahhüdünde bulunması durumunda, diğer eşin rızasının alınmış olması gerekir⁷¹. Benzer bir durum da ikale anlaşması yapılması halinde ortaya çıkar. Kiracı eş, kiraya verenle yapacağı bir ikale anlaşmasıyla kira sözleşmesini sona erdirmek isteyebilir. İşte böyle bir durumda da ikale anlaşması diğer eşin rızasının alınması halinde geçerli bir hukuki sonuç doğuracaktır⁷². Ayrıca, kira sözleşmesi, kullanma hakkı doğuran bir sözleşme olması itibarıyla aile konutunun kullanımını etkileyen, özellikle daraltan (tadil eden) anlaşmaların yapılmasında da eşin rızası alınmalıdır⁷³. Nitekim TBK m. 325 kapsamında, kiralananın sözleşme süresi ya da fesih döneminden önce geri verilmesinde⁷⁴ veya kira sözleşmesinin süresinin kısaltılmasına yönelik anlaşmaların yapılmasında eşin rızası aranmalıdır⁷⁵.

Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini sona erdirmeyen, fakat kullanımını etkileyen bir durum da TBK m. 322’de düzenlenmiş olan, alt kira ve kullanım hakkının devridir. Aile konutunun kullanımını etkilemesi dikkate alındığında, kiracı eşin alt kira sözleşmesi yapması veya kullanım hakkını devretmesi, ancak bu işlemlere diğer eşin rıza göstermesi halinde mümkün olabilecektir. Bu sonuca TBK m. 349’dan ziyade, TMK m. 194 hükmü ile ulaşmak mümkündür. Zira TMK m. 194/f. I hükmünde, “*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, ... aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlayamaz.*” ifadeleri yer almaktadır⁷⁶. Söz konusu ifadeleri, kiracı eşin konusu aile konutu olan kira sözleşmesine dayanarak, diğer eşin açık rızası olmaksızın alt kira sözleşmesi yapamayacağı veya kullanım hakkını devredemeyeceği şeklinde değerlendirmek gerekir⁷⁷. Ayrıca,

⁷⁰ GÜMÜŞ, Kira, s. 50.

⁷¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348; GÜMÜŞ, Kira, s. 50; İNCEOĞLU, s. 323; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 179; KILIÇOĞLU, Aile, s. 192; ACAR, s. 87; ÖZDEMİR, s. 398.

⁷² GÜMÜŞ, Kira, s. 50; İNCEOĞLU, s. 323; ACAR, s. 87.

⁷³ GÜMÜŞ, Kira, s. 50.

⁷⁴ İNCEOĞLU, s. 322.

⁷⁵ GÜMÜŞ, Kira, s. 50, 51; ACAR, s. 87. Aksi fikirde, İNCEOĞLU, s. 323.

⁷⁶ İNCEOĞLU, s. 324; ACAR, s. 82.

⁷⁷ İNCEOĞLU, s. 324; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 42; ACAR, s. 82.

TBK m. 323'te hükme bağlanmış olan kira ilişkisinin devri bakımından da aynı sonucun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸. Dolayısıyla, TMK m. 194/f. I kapsamında yapılacak değerlendirme çerçevesinde, kiracı eşin aile konutu ile ilgili olarak alt kira sözleşmesi yapması veya kullanım hakkını ya da kira sözleşmesini devretmesi durumunda, belirtilen işlemlerin geçerliliği için diğer eşin açık rızasını almış olması aranacaktır⁷⁹. Kiracı olmayan eşin açık rızası alınmadan yapılan işlemler geçersiz olacaktır.

Eşin rızası, kiraya veren tarafından yapılacak fesih bildirimleri ya da açılacak olan tahliye davalarında aranmaz. Çünkü, Kanunda kiraya veren tarafından sözleşmenin feshedilmesi veya fesih sonucunu doğuracak işlemlerin yapılması, kiracının eşinin rızasına bağlı tutulmamıştır⁸⁰. Ancak kiraya veren tarafından açılmış olan tahliye davasının kabulünde, kiracının eşinin rızasını almış olması aranmalıdır⁸¹.

Kiraya verenin aile konutu olarak kiralanan yeri teslim borcunda temerrüde düşmesi ve bunun sonucunda kiracı eşin TBK m. 125 hükmü uyarınca kira sözleşmesinden dönmesi durumunda, diğer eşin rızası aranmaz. Zira, teslim borcu yerine getirilmediği ve kullanım gerçekleşmediği için kiralanan yer henüz aile konutu niteliğini kazanmamış olacaktır⁸².

3. Eşin Rıza Beyanında Bulunmaması ve Sonuçları

Kiracı eşin, aile konutu konulu kira sözleşmesine ilişkin fesih veya fesih sonucunu doğuracak irade beyanlarının hüküm doğurması, diğer eşin rızasına bağlı kılınmıştır (TMK m. 194, TBK m. 349). İlgili hükümlerde, rıza beyanında bulunacak eşe bu hususta herhangi bir zorunluluk getirilmemiştir. Bu bakımdan, rıza beyanında bulunup bulunmama konusunda eşin bir serbestiyeti söz konusudur⁸³. Ancak kanun koyucu, rızanın alınmasının mümkün olmaması ya da eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza beyanında bulunmaktan kaçınması durumunda, kiracı eşe hâkimden bu konuda karar verilmesini isteme hakkı tanımıştır⁸⁴ (TMK m. 194/f. II, TBK m. 349/f. II).

Kiracı eşin hâkime başvurabilmesi için ortaya çıkması gereken ilk durum, eşin rızasının alınmasının mümkün olmamasıdır. Eşin gaip olması nedeniyle kendisinden uzun süredir haber alınmaması, ayırt etme gücünden

⁷⁸ İNCEOĞLU, s. 324; ACAR, s. 82; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 42.

⁷⁹ İNCEOĞLU, s. 324; ACAR, s. 82; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 42; ÖZDEMİR, s. 400.

⁸⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347; GÜMÜŞ, Kira, s. 48, dn. 140; ACAR, s. 88; İNCEOĞLU, s. 324.

⁸¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347; GÜMÜŞ, Kira, s. 50; İNCEOĞLU, s. 323; ACAR, s. 87.

⁸² GÜMÜŞ, Kira, s. 50; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347; İNCEOĞLU, s. 323.

⁸³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348.

⁸⁴ "Gerek aile konutunu kiralamış olan eşe, gerek konutun maliki olan eşe hâkimin müdahalesini isteme hakkının tanınması, son derece isabetlidir. Zira böylece hâkime, diğer eşin rıza verip vermeme konusunda hakkını kötüye kullanmasını engelleme imkânı sağlamış ve sonuçta 'bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz' (MK m. 2/I) ilkesi de uygulanmış olacaktır." (AKINTÜRK/ATEŞ, s. 123).

yoksun olması ya da beyanda bulunamayacak derecede ağır bir hastalığa yakalanmış olması sebebiyle rızanın alınmasının imkân dahilinde bulunmadığı hallerde, hâkimin müdahalesi istenebilecektir⁸⁵. Eğer eşin rızasının alınmamasına neden olan durum geçici nitelikte ise o zaman dilimi içerisinde söz konusu kira sözleşmesinin feshedilmesinin gerekli olduğu yönünde, hâkime yeterli delilin sunulmuş olması gerekir⁸⁶.

Kiracı eşin hâkime başvurabilmesinin mümkün olduğu ikinci durum, diğer eşin rıza beyanında bulunmaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınmasıdır. Bu yönde bir başvurunun yapılması halinde hâkim, somut olaya göre haklı bir nedenin bulunup bulunmadığına karar verecektir⁸⁷. Eşin rıza beyanında bulunmamasının haklı bir nedene dayanmadığına örnek olarak, kira konusu yerin ailenin sağlığına uygun olmaması, ödenecek olan kira bedeli ve yan giderlerin ekonomik yönden ailenin maddi durumunu olumsuz şekilde etkilemesi, ailenin yaşamını sürdürmesine elverişli yeni bir konutun kiracı tarafından satın alınmış olması gibi sebepler sayılabilir⁸⁸. Doktrinde ifade edildiği üzere, eşin yasal temsilcisi varsa, örneğin, eş vesayet altında ise rızanın yasal temsilciden alınması gerekir⁸⁹. Yasal temsilci haklı sebep olmaksızın rıza beyanında bulunmaktan kaçınırsa, bu durumda kiracı eş hâkime başvurarak bu konuda karar verilmesini isteyebilir (TMK m. 194/f. II, TBK m. 349/f. II)⁹⁰.

Hâkimin müdahalesinin istenildiği hallerde ve kiracı eşin talebi uygun görüldüğü takdirde, verilecek karar diğer eşin rıza beyanı yerine geçmeyecektir. Hâkimin kararı ile kiracı eş, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini tek başına feshetme imkanını elde etmiş olur⁹¹. Buna göre, kiracı eş henüz kira sözleşmesini feshetmeye yönelik bir beyanda bulunmamışsa, hâkimin kararı ile birlikte sözleşmeyi tek başına feshetme yetkisine sahip olacaktır⁹². Buna karşılık, kiracı eş daha önce fesih beyanında bulunmuş, fakat eşinin rızasını alamadığı için hâkimin müdahalesini istemişse, söz konusu talebin kabulüne dair karar ile birlikte fesih baştan itibaren geçerli olacaktır⁹³.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshetmek için eşinin rızasını alamayan kiracı eş, hâkimin müdahalesini talep etmiş ve örneğin, eşin rızasının alınmamasının geçici nitelikte olduğu ve kira sözleşmesinin feshinin bir aciliyet taşımadığı ya da eşin rıza

⁸⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348; PERMANN, Art. 266m-266n, N. 9; İNCEOĞLU, s. 325, 326; GÜMÜŞ, Kira, s. 52; ŞİPKA, s. 173, 174; ACAR, s. 97-98; KILIÇOĞLU, Aile, s. 193.

⁸⁶ ŞİPKA, s. 174; İNCEOĞLU, s. 326.

⁸⁷ İNCEOĞLU, s. 326.

⁸⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348; İNCEOĞLU, s. 326; ŞİPKA, s. 175; GÜMÜŞ, Kira, s. 53; KILIÇOĞLU, Aile, s. 193.

⁸⁹ ŞİPKA, s. 174; GÜMÜŞ, Kira, s. 52; İNCEOĞLU, s. 326.

⁹⁰ ŞİPKA, s. 175; GÜMÜŞ, Kira, s. 52, 53.

⁹¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348; GÜMÜŞ, Kira, s. 53; KILIÇOĞLU, Aile, s. 193.

⁹² GÜMÜŞ, Kira, s. 52; İNCEOĞLU, s. 326;

⁹³ İNCEOĞLU, s. 326; ŞİPKA, s. 175.

beyanında bulunmamasının haklı sebebe dayanması gibi nedenlerle talep uygun görülmemişse, bu gibi durumlarda söz konusu sözleşme feshedilemeyecektir. Zira, gerek TMK m. 194/f. I ve TBK m. 349/f. I hükümleri emredici niteliktedir. Bu bağlamda, rıza alınmaksızın aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshetmeye yönelik beyan herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacak, sözleşme geçerliliğini koruyacaktır. Kanunda bu sonuç açıkça ifade edilmemiş⁹⁴ olsa da hükmün amacı ve emredici nitelikte olması böyle bir sonucu kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır⁹⁵.

4. Eşin Kiraya Verene Bildirimde Bulunması ve Sonuçları

Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinde kiracının eşinin sözleşmeye taraf olabilmesi, bir başka ifadeyle sözleşmeye katılması, TMK m. 194/f. IV metninde, *“Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş ile müteselsilen sorumlu olur.”*, şeklinde düzenlenmiştir. Benzer bir hüküm de TBK m. 349/f. III ile *“Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması halinde kiraya veren, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır.”* ifadeleriyle getirilmiştir. Her iki hükmün ortak noktası, kiracı olmayan eşin kiraya verene yapacağı bir bildirimle aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesidir⁹⁶. Bu durum doğal olarak, eşlerin birlikte kiracı olarak kira sözleşmesini yapmadıkları zaman söz konusu olur⁹⁷.

Kiracı olmayan eşin kiraya verene yapacağı bildirim şekli hususunda, TMK m. 194/f. IV ve TBK m. 349/f. III'te herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu bildirim bir şekle bağlı olmadan yapılabilecektir⁹⁸. Ancak ispat kolaylığı açısından, kiracı olmayan eşin yapacağı bildirim yazılı olmasında fayda bulunmaktadır⁹⁹.

Kiracı olmayan eşin kiraya verene yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesi, tek taraflı yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıyla gerçekleşir¹⁰⁰, muhataba ulaşması ile birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur¹⁰¹.

⁹⁴ İsviçre Borçlar Kanunu m. 266o'da hükme bağlandığı üzere, “Fesih bildirimini, madde 266l-266n'ye uygun değilse geçersizdir”.

⁹⁵ İNCEOĞLU, s. 325; KILIÇOĞLU, Aile, s. 192; ŞİPKA, s. 144; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348.

⁹⁶ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 266n maddesinde ise kiracı olmayan eşin kiraya verene bildirimde bulunması ve sözleşmeye taraf olmasından bağımsız olarak, kiraya verenin fesih bildirimini ve fesih ihtarına bağlı ödeme süresine ilişkin bildirimleri her iki eşe de ayrı ayrı yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Doktrinde, adı geçen hükmün evlilik birliğinin korunması açısından daha isabetli olduğu belirtilerek, TBK m. 349 hükmünün farklı sonuçlara yol açan düzenlemesi eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz., GÜMÜŞ, Kira, s. 55, 56; İNCEOĞLU, s. 327.

⁹⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 349.

⁹⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 350; BAŞPINAR, s. 93; AYAN, s. 116. Ancak ACAR'a göre, kira sözleşmesinin şekli, eşin yapacağı bildirim için de geçerli olmalıdır. Bu hususta bkz., ACAR, s. 90.

⁹⁹ BAŞPINAR, s. 93; AYAN, s. 116.

¹⁰⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 350; ACAR, s. 91; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 54.

Gerçekte bu durum, TBK m. 206 hükmünde düzenlenen “sözleşmeye katılma”nın özel bir halini oluşturmaktadır¹⁰². TMK m. 194/f. IV hükmünde de belirtildiği üzere, eş yapacağı bildirimle kira sözleşmesinin tarafı haline gelirken, kiraya verene karşı da müteselsilen sorumlu olur¹⁰³. Her ne kadar benzer bir ifade, TBK m. 349/f. III hükmünde bulunmasa da genel hükümler çerçevesinde aynı sonucu kabul etmek gerekir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bildirim yapılmasıyla birlikte kiracı olmayan eş kira sözleşmesine taraf olacağından, kiracı eş ile birlikte kiraya verene karşı müteselsilen sorumlu olur¹⁰⁴. Eşin müteselsil sorumluluğunun kapsamı, kira sözleşmesinden doğacak borçlar bakımından söz konusu olur¹⁰⁵ ve bu durum bir bakıma kiraya verenin de menfaatinedir¹⁰⁶. Ayrıca, eşin bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı olması, müteselsil olarak borçlardan sorumlu olmasının yanı sıra sözleşmeden doğan haklara da sahip olması sonucunu ortaya çıkaracaktır.

Kiracı olmayan eşin, kiraya verene yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesinin iki sonucu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, yukarıda ifade ettiğimiz üzere kiraya verene karşı diğer eş ile birlikte müteselsilen sorumlu olmasıdır (TMK m. 194/f. IV). Bunun sonucunda, kiraya veren kira sözleşmesinden doğan borçların ifasına yönelik taleplerini, eşlerin herhangi birine

¹⁰¹ BAŞPINAR, s. 93.

¹⁰² Türk Borçlar Kanunu'nun 206. maddesinde, “Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır.

Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar.

Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır.” düzenlemesi yer almaktadır. Hükümden de anlaşıldığı üzere, sözleşmeye katılma üçlü bir anlaşma niteliğindedir ve geçerliliği katılacak sözleşmenin şekline tâbidir. Sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerli olarak yapılmasıyla birlikte, katılan, yanında yer aldığı sözleşme tarafının hak ve borçlarına sahip olur. Sözleşmeye katılma anlaşmasında aksi kararlaştırılmamışsa, katılan ile sözleşmede yanında yer alan tarafın, diğer tarafa karşı müteselsil olarak alacaklı ve borçlu olması söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz., OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul 2020, s. 644, 645. TBK m. 206 hükmünde, alacak ve borçların dışında, yenilik doğuran haklar bakımından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmeye katılma halinde, yenilik doğuran hakların kullanımını konusunda ileri sürülen bir görüş için bkz., OĞUZMAN/ÖZ, s. 645.

¹⁰³ GÜMÜŞ, TMK m. 194/f. IV hükmünün “ölü” bir hüküm olarak doğduğunu ve kiracı eşin kira sözleşmesini feshetmesinin kendi açık rızasına bağlı olan eşin, hiçbir zaman için ayrıca müteselsil sorumlu olarak söz konusu kira sözleşmesinin tarafı haline gelmek istemeyeceğini ifade etmiştir. Bu konuda bkz., GÜMÜŞ, Kira, s. 54. Bu görüşün eleştirisi için bkz., AYAN, s. 115, dn. 187.

¹⁰⁴ Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin IV. fıkrasında öngörülen ve kiracı olmayan eşin kiraya verene bildirimde bulunması sonucunda kira sözleşmesinden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu olması hali, taraf iradelerine dayanmayan, aksine kanundan doğan bir müteselsil borçluluktur. Karş., TBK m. 162/f. II.

¹⁰⁵ KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 54.

¹⁰⁶ İNCEOĞLU, s. 327.

veya her ikisine karşı ileri sürebilecektir¹⁰⁷. Diğer bir sonuç ise kiraya verenin fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirme zorunluluğudur¹⁰⁸ (TBK m. 349/f. III). Doktrinde haklı olarak, “*fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresi*” ifadesinin geniş yorumlanarak, sadece TBK m. 315 hükmü ile sınırlı tutmayıp, Kanunda düzenlenmiş olan diğer fesih bildirimini ya da fesih hakkının kullanıldığı hallerde de her iki eşe ayrı ayrı bildirim yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁹. Dolayısıyla kiraya veren, kira sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğuracak bütün bildirimleri ve buna ilişkin süreleri, sözleşmenin tarafı olan eşe de bildirmek durumundadır. Böylece, kira sözleşmesinin tarafı olan eş, diğer eşin sözleşmeye aykırı davranışlarından ve bunun sonucunda kiraya verenin feshe yönelik bildirim ya da süre vermesinden haberdar olacak ve aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin sona ermesine engel olma yönünde tedbirler alabilecektir¹¹⁰.

Doktrinde, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı ödeme süresinin diğer eşe de yapılmasının, kiracı olmayan eşin kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesi şartına bağlanmış olması eleştirilmiştir¹¹¹. Olması gerekenin, İBK m. 266n’de düzenlendiği gibi, bildirimlerin sözleşmenin tarafı olsun ya da olmasın her iki eşe de yapılması ve böylece sözleşmeye taraf olmasa da eşin feshi önleme konusunda gayret gösterebilmesinin sağlanması olduğu ifade edilmiştir¹¹².

Türk Borçlar Kanunu’nun 349. maddesinin III. fıkraya hükmünde düzenlendiği üzere, kiracı olmayan eşin kiraya verene yapacağı bildirimle birlikte sözleşmenin tarafı haline gelmesi sonrasında, kiraya verenin her iki eşe de fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini bildirme zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Buna karşılık adı geçen hükümde, kiraya verenin her iki eşe de ayrı ayrı bildirimde bulunma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, bunun yaptırımının ne olacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı durum, TMK m. 194 hükmü bakımından da söz konusudur. İsviçre Hukukunda, İBK m. 266o ile bu konu açıkça düzenlenmiş ve kiraya veren tarafından her iki eşe de ayrı bildirimde bulunma zorunluluğunun ihlal edilmesinde, bir başka ifadeyle İBK m. 266n hükmüne aykırı davranılması halinde, feshin geçersiz olacağı öngörülmüştür¹¹³. Bizim hukukumuz açısından da aynı sonuç kabul edilmeli ve kiraya verenin ayrı bildirimde bulunmadığı, bir başka ifadeyle sadece eşlerden birisine bildirimde bulunduğu durumda, yapılan fesih bildirimini geçersiz olmalı, hüküm ve sonuç doğurmamalıdır¹¹⁴.

¹⁰⁷ CUMALI, s. 121.

¹⁰⁸ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 124.

¹⁰⁹ Bu konuda bkz., GÜMÜŞ, Kira, s. 56; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 351.

¹¹⁰ CUMALI, s. 122.

¹¹¹ GÜMÜŞ, Kira, s. 55, 56; İNCEOĞLU, s. 327; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 351.

¹¹² GÜMÜŞ, Kira, s. 55, 56; İNCEOĞLU, s. 327.

¹¹³ Karş., YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 351, 352; GÜMÜŞ, Kira, s. 55; İNCEOĞLU, s. 325.

¹¹⁴ GÜMÜŞ, Kira, s. 56; İNCEOĞLU, s. 325; CUMALI, s. 122.

Kira sözleşmesinin tarafı olmayan eş, kiraya verene herhangi bir bildirimde bulunmazsa, TBK m. 349/f. III hükmünün mevcut düzenlemesi çerçevesinde, kiracı olmayan eşin sözleşmenin tarafı olması için aranan şart gerçekleşmemiş olur. Dolayısıyla, böyle bir durumda kiraya verenin, aile konutu konulu kira sözleşmesine dair fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini her iki eşe de bildirme yükümlülüğü bulunmadığından, sadece kiracı eşe bildirmiş olması yeterli olacak ve sözleşme sona erecektir.

SONUÇ

Aile konutu, eşlerin varsa çocuklarıyla birlikte, eşlerin evlilik birliği süresince ortak yaşamlarını sürdürdükleri ve ortak yaşamlarının merkezi haline getirdikleri, barınma, korunma, beslenme gibi ihtiyaçlarını karşıladıkları yer olarak tanımlanabilir. Bir yerin aile konutu olarak kabul edilebilmesi için taşınması gereken bazı özellikler bulunmaktadır. Genel olarak söz konusu özellikleri, aile konutunun tek olması, aile faaliyetlerinin merkezi olması, aile konutunun sürekliliği, ailenin ortak kullanımına özgü bir konut olması şeklinde saymak mümkündür.

Eşlerin ortak yaşamlarını sürdürdükleri aile konutu, eşlerden her ikisinin ya da birisinin mülkiyetinde olabileceği gibi, kira sözleşmesi ile edinilmiş de olabilir. Aile konutu eşlerden birisinin yapmış olduğu kira sözleşmesi ile edinilmişse, kanun koyucu evlilik birliğini korumak amacıyla TMK m. 194 ve TBK m. 349 hükümlerinde, kira sözleşmesinin kiracı eş tarafından feshedilmesine yönelik sınırlama getirmiştir. Her iki düzenlemede de benzer ifadelerle, kiracı eşin aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini diğer eşin açık rızası bulunmadıkça feshedemeyeceği hükme bağlamıştır. Eşin açık rızası, kiracı eşin kira sözleşmesini son erdirmeye yönelik fesih beyanının hukuki sonuç doğurmasını sağlayan bir irade açıklaması olduğundan, rıza beyanının alınmadığı ya da alınmadığı hallerde fesih geçersiz olacaktır. Bizde bu hususta bir düzenleme bulunmamakla birlikte, İBK m. 266o hükmü açık bir şekilde, m. 266m ve 266n'ye uygun olmayan fesih beyanının geçersiz olacağını düzenlemiştir. Eşin rızası yenilik doğuran bir irade ve kural olarak, kiraya verene yöneltilmiş olmalıdır. Kiracı olmayan eş, rıza beyanını herhangi bir şekilde bağlı olmadan yazılı veya sözlü beyan edebilir, fakat beyanın açık olması ve belirli ve somut bir fesih işlemine yönelik olması gerekir. Kiracı olmayan eşin rıza beyanı, izin ya da icazet niteliğinde olabilir. Ancak icazet niteliğindeki rıza beyanının, fesih bildirimini için geçerli olan süre içerisinde yapılmış olması gerekir. Zira, bu süre geçtikten sonra fesih bildirimini hüküm ve sonuç doğurmayacağından, rızanın bir etkisi olmayacaktır.

Eşin rızası, fesih dışında kira sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğuracak diğer işlemlerde de aranmalıdır. Bu bağlamda, kiracı eşin yazılı tahliye taahhüdünde bulunması veya ikale anlaşması yapması halinde de diğer eşin rızasının alınması gerekecektir. Ayrıca, kira sözleşmesi, kullanma hakkı doğuran bir sözleşme olması itibarıyla aile konutunun kullanımını etkileyen, özellikle daraltan

(tadil eden) anlaşmaların yapılmasında da eşin rızası alınmalıdır. Nitekim TBK m. 325 kapsamında, kiralananın sözleşme süresi ya da fesih döneminden önce geri verilmesinde veya kira sözleşmesinin süresinin kısaltılmasına yönelik anlaşmaların yapılmasında eşin rızası aranmalıdır. Eş, rıza beyanında bulunup bulunmama konusunda serbesttir. Ancak kanun koyucu, rızanın alınmasının mümkün olmaması ya da eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza beyanında bulunmaktan kaçınması durumunda, kiracı eşe hâkimden bu konuda karar verilmesini isteme hakkı tanımıştır (TMK m. 194/f. II, TBK m. 349/f. II).

Kiracı eşin hâkime başvurabilmesi için ortaya çıkması gereken ilk durum, eşin rızasının alınmasının mümkün olmamasıdır. Eşin gaip olması, ayırt etme gücünden yoksun olması ya da beyanda bulunamayacak derecede ağır bir hastalığa yakalanmış olması sebebiyle rızanın alınmasının imkân dahilinde bulunmadığı hallerde, hâkimin müdahalesi istenebilecektir. Kiracı eşin hâkime başvurabilmesinin mümkün olduğu ikinci durum, diğer eşin rıza beyanında bulunmaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınmasıdır. Örneğin, kira konusu yerin ailenin sağlığına uygun olmaması, ödenecek olan kira bedeli ve yan giderlerin ekonomik yönden ailenin maddi durumunu olumsuz şekilde etkilemesi gibi sebeplerin bulunması halinde, eş rıza beyanında bulunmaktan kaçınıyorsa, bunun haklı bir nedene dayanmadığı söylenebilecektir.

Hâkimin müdahalesinin istenildiği ve kiracı eşin talebinin uygun görüldüğü hallerde, verilecek karar diğer eşin rızasının yerine geçmeyecektir. Kiracı eş, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshetmeye yönelik bir beyanda bulunmamışsa, hâkimin kararı ile birlikte sözleşmeyi tek başına feshetme yetkisine sahip olacaktır. Buna karşılık, kiracı eş daha önce fesih beyanında bulunmuş, fakat eşinin rızasını alamadığı için hâkimin müdahalesini istemişse, söz konusu talebin kabulüne dair kararlar birlikte fesih baştan itibaren geçerli olur.

Kiracı olmayan eşin kiraya verene yapacağı bildirim ile kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesi de ilgili hükümlerde düzenlenmiştir (TMK m. 194/f. IV, TBK m. 349/f. III). Bildirim bir şekle bağlı olmadan yazılı ya da sözlü yapılabilir. Kiracı olmayan eşin kiraya verene yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesi, tek taraflı yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıyla gerçekleşir ve muhataba ulaşmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurur. Gerçekte bu durum, TBK m. 206 hükmünde düzenlenen "*sözleşmeye katılma*"nın özel bir halini oluşturmaktadır. TMK m. 194/f. IV hükmünde de belirtildiği üzere, eş yapacağı bildirimle kira sözleşmesinin tarafı haline gelirken, kiraya verene karşı da müteselsilen sorumlu olur. Eşin kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesinin sonucunda kiraya veren, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirme yükümlülüğü altına da girer (TBK m. 349/f. III). Kiraya verenin ayrı bildirimde bulunmadığı, sadece eşlerden birisine bildirimde bulunduğu hallerde yapılan fesih bildirimini geçersiz olduğu, hüküm ve sonuç doğurmayacağı kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR**, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Genişletilmiş-Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2021.
- AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya: Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Yenilenmiş Yirmibirinci Bası, İstanbul 2019.
- AYAN**, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.
- BAŞPINAR**, Veysel: *“Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”*, AÜHFD, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 79-101.
- CUMALI**, Gamze: Aile Konutu ve Kira İlişkileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.
- DOĞAN**, Murat: *“Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu”*, AÜEHFD, C. VI, S. 1-4, Y. 2002, s. 285-300.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, M. Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Onaltıncı Bası, İstanbul 2021.
- ERDEM**, Mehmet: Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2019.
- GÜMÜŞ**, M. Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, İstanbul 2007. (**GÜMÜŞ**, Yeni Şerhler)
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, (TBK m. 299-356), İstanbul 2011. (**GÜMÜŞ**, Kira)
- GÜNERGÖK**, Özcan: *“Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet Veya Sınırlı Aynı Hak İktisabı”*, EÜHFD, C. XIII, S. 1-2, Haziran 2009, s. 249-283.
- HAUSHEER**, Heinz/**REUSSER**, Ruth/**GEISER**, Thomas: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band/Nr. II/1/2, Das Eherecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, 2. Auflage, Bern 1999.
- HIGI**, P.: Obligationenrecht, Teilband V2b, Die Miete, Zweite Lieferung Art. 266-268b OR, Vierte, völlig neu bearbeitete Auflage (GAUCH/SCHMID), Zürich 1995.
- İNCEOĞLU**, M. Murat: Kira Hukuku, Cilt 2, İstanbul 2014.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara 2019. (**KILIÇOĞLU**, Aile)
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Bası. (**KILIÇOĞLU**, Yenilikler)

- NEBİOĞLU ÖNER**, Şebnem: *“Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri”*, TBB Dergisi, Y. 2011, S. 97, s. 117-154.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul 2020.
- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa: *“Aile Konutu ve Kira Sözleşmeleri İlişkileri”*, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Cilt 1, Ankara 2019, s. 387-406.
- PERMANN**, Richard: *Titel Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften*, OFK - Orell Füssli Kommentar, Auflage 2, Zürich 2007.
- REİSOĞLU**, Seza: *“Yeni Medeni Kanun’un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri”*, Bankacılar Dergisi, S. 40, Y. 2002, s. 67-74.
- ŞIPKA**, Şükran: *Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*, İkinci Bası, İstanbul 2004.
- YAVUZ**, Cevdet: *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, (Hazırlayanlar: C. YAVUZ, F. ACAR, B. ÖZEN), İstanbul 2019.

DAVAYA ETKİLİ İDDİA, İTİRAZ VE DELİL

Cengiz AŞKAN*

GİRİŞ

Yargılama, normları Anayasa ve kanunla belirlenen en önemli hukuk bilimi uygulamasıdır. Davaya etkili iddia, itiraz ve delil her yargılamanın ana temasıdır. Dava, hukuku istemenin/himayenin klasik normatif formudur. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu dava esas alınarak düzenlenmiştir. Hak aramanın, hukukunu korumanın temel vasıtasıdır. Davanın görülmesi belli zorunlu şartları gerektirir. Yargılamada, hukuk bilimi gerekleri ile hukuk normları eksiksiz, özen ve kaliteyle uyguladığında adalet oluşturulur. Her eksik hukuka aykırılığa, kusura yol açar.

Türk hukuk açısından yargılamanın ilkeleri Anayasa ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirlenmiştir. Hukukun bütünlüğü gereğince birbirlerini tamamlarlar, birlikte uygulanırlar ve iç içe geçmişlerdir. Anayasasının, İnsan Hakları Sözleşmesinin ve kanunun mutlak koruması altındadırlar.

İddia, itiraz ve delil davayı, davanın özünü, esasını anlatır. Davaya etkili kavramı davanın özüne, esasına, sonucuna, doğru hukuki çözüme etki eden asli öğeleri ifade eder. Bu iki kavram geçek anlamda yargılamayı, davayı temsil eder ve yargılamanın, usulün, gerekçenin, kararın hukuka uygunluğunu test eder.

I. ÖNEM VE ANLAM

Davaya etkili iddia, itiraz ve delil;

(2) Davanın özünü,

(3) 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun hükümlerinin tam uygulanmasını,

(4) Mahkemenin görev ve yükümlülüklerini,

(5) Hak arama hürriyetini

(2) İddia ve savunma hakkını (hukuki dinlenilme, çelişmeli yargılama)

(3) Adil yargılanma hakkını, (Mahkeme Hakkını, (Mahkemeye erişim, karar, kararın icrası)...))

* Avukat, LL.M, Antalya Barosu, cengizaskan@hotmail.com.

(6) Temel hak ve hürriyetlerin korunmasını Kanunun açık hükmünü

(7) Kamu düzenini

Temsil eder.

Davaya etkili iddia, itiraz ve delil 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun bütün maddeleri ile de ilgili olduğundan yargılamayı da temsil eder belirler ve şekillendirir. Hukuku istemenin, hak aramanın ve hukuki himayenin de etkinliğini, başarısını, hukuka, adalete uygunluğunu temin eder. Davaya etkili iddia, itiraz ve delil, Türkiye adalet istatistikleri ve Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru istatistiklerine bakıldığında; dava, yargılama, kanun uygulaması, hukuka uygunluk ve adalet bağlamında büyük ve önemli bir sorun alanıdır. Bu sorun alanının tam görmek açısından son Anayasa Mahkemesi ve AHİM istatistiğini vermek sanırım yeterli olacaktır. Anayasaya Mahkemesindeki güncel bireysel başvuru sayısı 110.000 iken 47 ülkeden başvuru alan AİHM'de başvuru sayısı 70.000 mertebesindedir.¹ Dolayısıyla bu gerçek sorun alanının aydınlatılması, çözümü ve hukukun gelişimi, yargı ve hukuk bilimine katkı olması amacı ile bu bildiri/makale kaleme alınmıştır.

Hukuk hayatın en önemli teori ve pratiğidir. Her şey hukuka göre inşa edilir, şekillenir, belirlenir. Normlar, hukukun yapı taşı ve sistemidir. Ülke, bir norm sistemi ve bütünlüğü ile yönetilir. Normlar hiyerarşisinde (Kelsen'in normlar hiyerarşisi piramidinde)² güç/erk sıralaması yukarıdan aşağıya, uygulama sırası ise aşağıdan yukarıya doğrudur. Özel hukukta hak aramanın temel normları da 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ilgili/bağlı mevzuat ile güncel yargısal ve bilimsel içtihatır.

Davaya etkili iddia, itiraz ve delil söz konusu olduğunda; sözü edilen normlar birbirine bağlı ve iç içe geçmiş bulunduğundan ihlali çoklu ve zincirleme hukuka/kamu düzenine/kanunun açık hükümlerine aykırılık oluşturur.

II. YARGILAMANIN İLKELERİ

Yargılamanın ilkeleri sağlıklı, doğru, hukuka, adalete uygun yargılama için konulmuştur. Kesin olarak uyulması gereken kuralları gösterir. İhlali kanunun açık (emredici) hükmüne, kamu düzenine aykırılık oluşturur.

¹ Geniş bilgi için bkz. Adalet İstatistikleri, (ABASİGM, Ankara, 2020), s.1-250, https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1692021162011adalet_ist-2020.pdf; Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İstatistikleri (Ankara, 2022/2), https://www.anayasa.gov.tr/media/8113/bb_2022_2_tr.pdf; Zühtü Arslan, Anayasa Mahkemesinin İhlal Kararlarının Etkileri, (Ankara, 2022), <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-ihlal-kararlarinin-etkileri/>; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İstatistikleri, (ABIHDB, 2021), <https://inhak.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/10>

² Geniş bilgi için bkz. Hans Kelsen, (Çev. Ertuğrul Uzun) Saf Hukuk Kuramı, (İstanbul, Nora, 2016), s.9 vd.

Doktrinde ilkelerin, “Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler”, Medeni Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler”, “Medeni Usul Hukukuna Egemen Olan Hak ve İlkeler”, “Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler” şeklinde ifade edildiği, incelendiği görülmektedir³.

Tasarruf, taraflarca getirilme, taleple bağlılık, hukuki dinlenilme, aleniyet, dürüst davranma ve doğruyu söyleme, usul ekonomisi ilkeleri 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda 26 ila 30. maddelerde sayılmıştır⁴. İddia ve savunma ile Adil Yargılanma Hakkı ise Anayasada hak arama hürriyeti başlığı ile 36. Maddede güvence altına alınmıştır⁵. İlkelerin bağlantılı, iç içe geçmiş ve yarışma (telahuk) halinde olması ek koruma sağlar. İddia, itiraz ve delil mahiyet itibarı ile çoklu alana (Anayasa, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)⁶ hitap ettiğinden anlam önemi ve sonuç değeri yüksektir.

İddia, itiraz ve delil değerlendirildiğinde, cevaplandırıldığında gerçek, hukuka uygun, geçerli yargılama vardır. Bu bakımdan iddia ve savunma hakkı, adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı en elverişli, etkin, sonuç alıcı ilkelerdir. Anayasal güvence ve ilkelere dâhil olmaları bu hakları kesin ve itirazsız hale getirir.

II. DVAYA ETKİLİ İDDİA, İTİRAZ VE DELİL

Dava, bir anlamı ile de hukuki uyumsuzluk olarak tarif edilir. Kanunda yer alan “hukuki uyumsuzluğun çözümünde etkili” kavramı ile davaya etkililik ortaya konur (HMK.m.187). Davaya etkili olmak için ispata müracaat edildiğinden, davaya etkili kavramı aynı zamanda ispata etkili anlamını da taşır. Dava nihayetinde baştan sona bir ispat faaliyeti olduğundan etkililik her aşamada önemlidir.

³ Ayrıtı için bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, (İstanbul, Oniki levha, 2021), 183 vd.; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, (Ankara, Yetkin, 2021), 91 vd.; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuk, C.I, (Ankara, Yetkin, 2021), 350 vd.; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku, (Ankara, Yetkin, 2021), 338 vd.; Ejder Yılmaz, Ramazan Arslan, S. Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, (Ankara, Yetkin, 2021), 144 vd.; Baki Kuru ve Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku, (Ankara, Yetkin,2021) 221.

⁴ Geniş Bilgi için Bkz. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, (Ankara, Yetkin, 2011), s. 102-130.; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.I, (Ankara, Yetkin, 2021), s.905-1226.

⁵ Bilgi için Bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, (Bursa, Ekin, 2021), s.440.; Ayhan Döner, Türk Anayasa Hukuku, (Ankara, Yetkin, 2022), s.153.

⁶ Bilgi için Bkz. 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6100&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_UR.pdf.

İspat, davaya etkili iddia, itiraz ve delille gerçekleşir. İddia; bir davada tarafların talep ve karşı taleplerini dayandırdıkları vakıalara ilişkin beyanları anlamına gelir. İtiraz; hakkın doğumuna engel olan veya hakkı ortadan kaldıran olayların ileri sürülmesidir. Usul hukukuna veya maddi hukuka dayanabilir. Delil; ispat faaliyetinde kullanılan ve hâkimde dava öncesi, mahkeme dışında gerçekleşmiş olan vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve çekişmeli vakıayı temsile elverişli olan inandırma araçlarıdır⁷

Adalet her zaman kalite ve yüksek özen gerektirir. İddia, itiraz ve deliller yargılamanın ölçüt ve değerleridir. Yargılamanın kalitesi de doğru tespite bağlıdır. Anayasa, insan hakları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, açıklama ve ispat hakkı çerçevesinde konu anlam, önem kazanır.

Yorum yöntemleri ve mantık kuralları uygulaması yargılamanın düşünce biçimine işaret eder. Hukukun usul/norm ve bilim/düşünce uygulamaları yargılama için bir bütündür. Hukukta metodoloji, genel ve özel adaletin güvencesidir. Dilekçe ve dosyaların incelenmesi, duruşmaların yapılması, kararların yazılması metodoloji gerektirir. Metodoloji aynı zamanda gerekçelendirmenin hukuki/bilimsel altyapısıdır. Dava için etkili iddia, itiraz ve deliller metodolojik bir yaklaşımla ele alındığında çözüm kolaylaşır. Metodoloji aynı zamanda; düşünme, anlama, yazma ve kontrol sistemi ortaya koyar. Keyfiliği, kuralsızlığı, rastgeleliği ve sürprizleri reddeder.⁸

Yargılamada sağlıklı sonuç için uygulama açısından, metodoloji dışında personel seçimi, eğitimi ile paradigma ve kültürel değişim gerekli iken, doktorin bağlamında ise hukuk metodolojisi ve insan haklarının hukuk fakültelelerinde zorunlu ders haline getirilmesi gerekmektedir.

Yargılama, hukuki himaye ilkesini esas aldığından kişi ve hakları önceliklidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hak aramanın normu olduğundan insan hakları müktesebatı bu konuda pusula ve rehberdir. Davaya ilişkin etkili iddialar, itirazlar ve deliller insan haklarını temsil eder. Davayı gerektiği gibi değerlendirmemek, ikna edici bir cevap veya gerekçe sunmamak hukuka, haklara ve adalete aykırıdır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu davaya etkili kavramına karşılık gelen tanımlamayı “Hükmün kapsamı” başlığını taşıyan madde 297’nin 1. fıkrasının c bendinde yapmıştır. Bu bentte “Tarafların iddia ve savunmaları-

⁷ Geniş bilgi için bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Medeni Usul Hukuku, 331 vd.; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C.I, (Ankara, Yetkin, 2021), s. 616 vd.; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, (Ankara, Adalet, 2020), s. 237 vd.; Neslihan Çukadar, Borç ilişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, YLT, (Ankara, 2013), s. 5 vd, file:///C:/Users/hp/Downloads/348155-1.pdf

⁸ Geniş bilgi için bkz. Ernest Hırş, (Çev: Volf Çernis), Pratik Hukukta Metot, (Ankara, BTHAE, 1997), s.1 vd; Yaşar Karayalçın, Hukukta Öğretim Kaynaklar Metod, (Ankara, BTHAE, 1994), s.71 vd.; Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, (İstanbul, Filiz, 2021) s.11 vd.; Osman Gökhan Antalya, Hukuk Metodolojisi, (Ankara, Seçkin, 2021), s. 45 vd.

nın özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri” açıklaması ile “davaya etkili kavramını” mahkeme/hâkim için görev/ödev, sorumluluk/yükümlülük olarak nitelemiştir. Madde gerekçesinde ayrıca belirtilen hususların dosyadaki kayıtlarla doğrulanması gerektiği de hükme bağlanmıştır.

Davaya etkili kavramı davanın özüne, esasına, sonucuna, doğru hukuki çözüme etki eden asli öğeleri ifade ettiğinden, aynı zamanda gerekçeli karar hakkının da içeriğidir⁹. Davaya etkili iddia, itiraz ve delil hukuk bilimi ve uygulaması açısından teorik ve pratik karşılıkları olan, hukukunu-zu/haklarınızı doğrudan etkileyen genele/düşünceye açılarak iyileştirmeler yapılması gereken acil bir konudur.

Uluslararası mahkeme mükemmeliyeti çerçevesi de aynı düşünce ile adalet ve yargı yönetiminin kalitesini artırma nihai amacı ile mahkemeler ve adli makamlar için bir değerler, kavramlar ve araçlar aramaktadır¹⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini otonom kavramlar doktrini gereğince geniş/gelişen şekilde yorumlamaktadır. Dolayısıyla Adil Yargılanma Hakkı da bu nedenle geniş/gelişen şekilde yorumlanmakta, yeni içtihadı kavramlar ortaya konulmaktadır Adil yargılanma hakkı içinde birçok hak yer alan bir paket hak olarak karşımıza çıkmakta aktif koruma gerçekleştirmektedir¹¹. Anayasa Mahkemesi de aynı yorumu ve içtihadı uygulamayı devam ettirmektedir. Davaya etkili iddia, itiraz ve delili Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6/1 bağlamında mahkeme hakkına aykırılık olarak değerlendirmektedir. Mahkeme hakkı bütünü; mahkemeye erişim, karar hakkı ve kararın icrası hakkı olarak ifade ederek, davaya etkili iddia, itiraz ve delillerin değerlendirilmemesini gerçek anlamda bir yargısal faaliyet icra edilmemesi olarak görmekte ve ihlal kararı vermektedir. Ayrıca etkili başvuru hakkı ile de mahkeme hakkının yakından ilgili ve bağlantılı olduğu birçok kararda zikredilerek, mahkemenin de etkili başvuru hakkını gözetmesi gerektiği vurgulanmakta aksi durumun da ihlal olduğu ortaya konulmaktadır¹².

Ayrıca Yargıtay’ın özellikle kanun yararına bozma kararları ile yeni çokça kararı adil yargılanma hakkına, hukuki dinlenilme hakkına, iddia ve sa-

⁹ Geniş bilgi için bkz. Ömer Faruk Atagün, Temel Bir İnsan Hakkı Olan Adil Yargılanmanın Unsuru Olarak Gerekçeli Karar Hakkı, (YLT, Ankara, 2020), s. 58-98.

¹⁰ Uluslararası Mahkeme Mükemmeliyeti Çerçevesi, (Ankara, UMMK, 2021)s. 5 vd., ek1-1632470232.pdf (yargitay.gov.tr)

¹¹ Şeref Gözübüyük, A. Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, (Ankara, Turhan, 2004), s.265 vd. Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, (Ankara, Avrupa Konseyi,2018), s.34 vd.

¹² AYM, Berrin Baran Eker [GK], B. No: 2018/23568, 2.7.2020.; Nurettin Yıldız, B. No: 2018/6496, 6.10.2021, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankasında çok sayıda aynı yönde karar bulunmaktadır.) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

vunma hakkına özel önem vermekte, ihlal durumunda bozma kararı vermektedir¹³. Ayrıca 09 Ağustos 2022 tarihli Resmi Gazetede (sayı:31918) yayımlanan (Yürürlükteki hukuka aykırılıkları gösteren) kanun yararına bozma kararında “...mahkemenin her talebi bir kararla karşılaması ve sonucunu ilgililere bildirmesinin adil yargılama hakkının temel kurallarından olduğu...” belirtilerek karar bozulmuştur¹⁴ Metodoloji, gerekçelendirme ve karar yazım yöntemi/şablonu konularında da çalışmalar yapılması olumlu/gelişen bir tutum olarak gözlemlenmektedir.

Mahkeme hakkı bağlamında gerekçede davaya etkili iddia, itiraz ve delillere yer verilmesi gerekir¹⁵. Diğer bir önemli konu da mahkemeler hukuk kurallarını Anayasa hükümlerini, güvence ve ilkelerini gözeterek yorumlamak mecburiyet altında oldukları hususudur, temel hakları ihlal edemez¹⁶.

Hukuk bilimi geliştikçe ve eser verdikçe yargıda uygulama kalitesini yükseltmeye devam edecektir. Unutmayalım ki, adalet birlikte inşa edilir, birlikte korunur. Hukuk bilimi, adaletin, toplumun, devletin ve insanların güvencesidir.

SONUÇ

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bir bütündür.

Yargı/mahkemeler açısından bu bütünlüğü gözetmek açık görevdir. Davaya etkili iddia, itiraz ve delil aynı zamanda «mahkeme hakkı» anlamına geldiğinden yüksek öneme sahiptir. Norm açısından; kanunun açık hükümlerini, kamu düzenini mahkeme açısından; görev, sorumluluk ve yükümlüğü ifade eder.

Yargı uygulamasını ve hukuk bilimini el birliği ile geliştirebiliriz. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay son içtihatları ile konuya özel önem vermektedir. (Anayasa Mahkemesi karar yazımında bir metodoloji kullanmakta, Yargıtay ise metodoloji konusunda çalışmalarını sürdürmektedir.) Yeni bilimsel eserlerde de konu açık olarak desteklenir ise konu doğru uygulamaya kavuşacaktır.

¹³ Adil Yargılanma Hakkının İhlali nedeni çok sayıda bozma kararı mevcuttur. Burada sadece yeni 5 adet karara yer verilmiştir, Y4.HD, 01.11.2021, E.2021/5023, K. 2021/7805; Y9.HD, 09.12.2021, E. 2021/8653, K. 2021/16361; Y9.HD, 06.12.2021, E. 2021/11984, K. 2021/16145; Y9.HD, 24.11.2021, E. 2021/11642, K. 2021/15756; Y9.HD, 06.12.2021, E.2021/11827, K. 2021/16139, www.yagitay.gov.tr adresinden kararlara erişilebilir.

¹⁴ Y3.HD, 31.05.2022, E. 2022/3659, K. 2022/5276, Benzer Karar Y9.HD,18.10.2017, E. 2016/25911, K. 2017/16063

¹⁵ Ayrıtı için bkz. Hilal Albal Ulaş, “Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme”, Hacettepe HFD, 11(2) 2021, 1243-1283.

¹⁶ AYM, Arif Huseynli ve diğerleri, B. No: 2019/39033, 28.6.2022,

Yargılamada sağlıklı sonuç için uygulama açısından, metodoloji dışında personel seçimi, eğitimi ile paradigma ve kültürel değişim gerekli iken, doktrin bağlamında ise hukuk metodolojisi ve insan haklarının hukuk fakültelelerinde zorunlu ders haline getirilmesi gerekmektedir.

Mahkeme hakkı (davaya etkili iddia, itiraz ve delil) ihlal edildiğinde karar hukuka aykırı ve kusurlu oluşur. Hukuk devletinde, hukuka aykırılığı gidermek, ortadan kaldırmak kesin, tartışmasız hukuki zorunluluktur.

Davaya etkili iddia, itiraz ve delilin yargılama içinde dikkate alınmasını istemek anayasal/kanuni haktır. Mahkeme hakkı, bütün mahkemelerde geçerlidir. Şayet bu istem/hak dikkate alınmaz ise istinaf, temyiz ve bireysel başvuru (Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) yollarını mutlaka kullanma gerekir.

Bu başvurular da ise kanuna açık hükümlerine aykırılık, kamu düzenine aykırılık hususları açık olarak belirtilmelidir. Bu iki husus hem kanun/hak ihlaline hem de kamu düzeni ihlaline işaret eder. Mutlak istinaf, temyiz (bozma), hak ihlali nedenidir.

Hakkı bilmek, sahip çıkmak ve görünür kılmak sayısız hak arayana olağan üstü fayda sağlar. Adalet iyilik inşa ettiğine çokça bağlı güzel sonuçlara da sebep olur. Kişiyi ve toplumu adaletle korudukça yenilenir ve yükselirsiniz.

Hukuk bilimi geliştikçe ve eser verdikçe yargıda uygulama kalitesini yükseltmeye devam edecektir. Unutmayalım ki, adalet birlikte inşa edilir, birlikte korunur. Hukuk bilimi, adaletin, toplumun, devletin ve insanların güvencesidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

1. Antalya, Osman Gökhan Hukuk Metodolojisi, Ankara, Seçkin, 2021
2. Arslan, Zühtü Anayasa Mahkemesinin İhlal Kararlarının Etkileri, Ankara, 2022
3. Atagün, Ömer Faruk. Temel Bir İnsan Hakkı Olan Adil Yargılanmanın Unsuru Olarak Gerekçeli Karar Hakkı, YLT, Ankara, 2020
4. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin, 2021
5. Budak ve Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Ankara, Adalet, 2020
6. Çukadar, Neslihan. Borç ilişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, YLT, Ankara, 2013
7. Döner, Ayhan. Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 2022
8. Görgün, Börü ve Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin, 2021
9. Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin, 2021, s.440
10. Gözübüyük ve Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, Turhan, 2004
11. Hirş, Ernest. (Çev: Volf Çernis), Pratik Hukukta Metot, Ankara, BTHAE, 1997
12. Işıқтаç ve Metin, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, Filiz, 2021
13. İnceoğlu, Sibel. Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018
14. Karayalçın, Yaşar. Hukukda Öğretim Kaynaklar Metod, Ankara, BTHAE, 1994
15. Kelsen, Hans. (Çev. Ertuğrul Uzun) Saf Hukuk Kuramı, İstanbul, Nora, 2016
16. Kuru ve Aydın, Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin, 2021
17. Kuru, Baki. Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C.I, Ankara, Yetkin, 2021
18. Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Medeni Usul Hukuku, İstanbul, Oniki levha, 2021
19. Tanrıver, Süha. Medeni Usul Hukuk, C.I, (Ankara, Yetkin, 2021), 350 vd.
20. Umar, Bilge. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, 2011
21. Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin, 2021
22. Yılmaz, Ejder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.I, Ankara, Yetkin, 2021

Makale

Albal Ulaş, Hilal. "Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme", Hacettepe HFD, 11(2) 2021, 1243-1283

İnternet

- 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022
www.mevzuat.gov.tr,
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>
- 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022
www.mevzuat.gov.tr,<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6100&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
- Adalet İstatistikleri, (ABASİGM, Ankara, 2020), s.1-250, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022
https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1692021162011_adalet_ist-2020.pdf
- Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İstatistikleri (Ankara, 2022/2), Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022
https://www.anayasa.gov.tr/media/8113/bb_2022_2_tr.pdf
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İstatistikleri, (ABİHDB, 2021) Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022
<https://inhak.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/10>
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022
<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>
- Uluslararası Mahkeme Mükemmeliyeti Çerçevesi, (Ankara, UMMK, 2021)s. 5 vd. Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022
<https://www.yargitay.gov.tr/documents/ek1-1632470232.pdf>
- Yargıtay Kararları,, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022
www.yargitay.gov.tr

İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI ÇERÇEVESİNDE SOSYAL MEDYA YÖNERGELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

*Fatih AYDIN***

GİRİŞ

Dünyada sosyal medya kullanım oranı her geçen gün bir öncekine göre ciddi artışlar sağlayarak öngörülemez bir seviyeye gelmektedir. 2022 yılı verilerine göre 8 milyara dayanan dünya nüfusunun % 62,5'i internet kullanıcısı olup, 5 milyona yaklaşan internet kullanıcısının % 93,3'ü yani 4.62 milyon aktif sosyal medya kullanıcısıdır¹. Türkiye'de ise durum dünya ölçeğinin üzerinde seyretmektedir. Nitekim istatistiklere göre ülke nüfusunun % 70'inden fazlası sosyal medya kullanmaktadır².

Sosyal medyada iletişim dışında bilgi edinme, oyun oynama, alışveriş yapma, gündemi takip etme, eğitim ve kurslara katılma gibi birçok istek kolay ve ucuz yöntemlerle karşılanmaktadır. Özellikle kimliğini ifşa etmek zorunda olmaksızın içerik paylaşma, açık profilleri kolayca takip etme gibi imkânlar sosyal medyayı kullanıcılar açısından cazip hale getirmektedir³.

Sosyal medya çalışma hayatına da sirayet etmiştir. İşçi adayları iş bulma ve profesyonel sektörleri takip etme, işverenler ise kalifiye elemanlara ulaşmak için LinkedIn, Xing, Meet The Boss gibi sosyal medya araçlarına müracaat etmektedir. İşletmeler müşterileriyle bağlantı kurma, ürün pazarlama ve markalaşma faaliyetlerini icra etmek için sıklıkla bu mecraaya müracaat etmektedir⁴. Nitekim sosyal medya aracılığıyla müşterilerle kurulan iletişim, işletme politikaları ve pazarlama kampanyaları hakkında çoklu görüş ve önerilerin dile getirilmesine imkân tanırken müşterileri daha özel hissettirmektedir⁵.

* Bu çalışma Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda Prof. Dr. Talat CANBOLAT danışmanlığında hazırlanan "İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Arş. Gör. Dr., Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, fatihaydin@bingol.edu.tr

¹ "Digital Around The World", Erişim Tarihi: Temmuz 15,2022, <https://weare social .com /us/ blog /2022 /01/digital-2022-another-year-of-bumper-growth-2/>,

² We Are Social, "Dijital 2021 Turkey", Erişim Tarihi Temmuz 15,2022, <https://datareportal.com/reports/digital-2021-turkey>

³ Sinan Sami Akkurt, Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 127.

⁴ Paul M.Leonardi, Marleen Huysman ve Charles Steinfield, "Enterprise Social Media: Definition, History, and Prospects for the Study of Social Technologies in Organizations", Journal of Computer-Mediated Communication, 19, S.1 (2013): 15-16.

⁵ Margo Vroman, Karin Stulz, Claudia Hart ve Emily Stulz, "Employer Liability for Using Social Media in Hiring Decisions", Journal of Social Media for Organizations, 3, S.1 (2016), 3.

İş hukuku ile sosyal medya arasındaki asıl ilişki sözleşmenin devamı ve fes-hinde gündeme gelmektedir. Hayatının büyük bölümünü işyerinde geçiren çalışanların normal hayata nazaran bir derece daha serbest hissettikleri sosyal medyada kendilerini sık sık ifade ettikleri görülmektedir. İşçinin işyerindeki bir aksaklığı, işvereni veya iş arkadaşlarını sosyal medyada eleştirmesi veya işletmenin itibarına zarar verecek paylaşımlarda bulunması son zamanlarda oldukça rastlanan bir durum haline gelmiştir. Bu paylaşımlar genellikle işyeri dışında gerçekleştirilirken kimi zaman mesai saatleri içinde de yapılabilmektedir. Bunların yanında mesai saatleri içinde iş görme borcunun ifasını engelleyecek şekilde aşırı sosyal medya kullanımı da bazı uyuşmazlıklara sebebiyet vermektedir.

İşverenlerin maliyet azaltma-verimlilik artırma gibi saiklerle işçileri gözetim altında tuttukları ve internet-sosyal medya trafiğini kontrol ettikleri bilinmektedir. Yönerge adı altında işletmenin sosyal medya politikasını yansıtan, ihlali halinde çeşitli yaptırımlar öngören, rehber ve kılavuz mahiyetinde açıklamalar da içerebilen, iç yönetmelik, etik kurallar şeklinde hazırlanan düzenlemelerin sayısı her geçen gün artmaktadır. Bu noktada işçinin özel hayatı veya işyerinde de geçerli olan temel haklarının karşısında işverenin yönetim hakkı devreye girmektedir.

A. SOSYAL MEDYA YÖNERGELERİ

Sosyal medya yönergeleri, işveren tarafından belirlenen bir politika çerçevesinde çalışanların sosyal medyayı verimli ve bilinçli kullanmaları, işyeri kullanımına ilişkin sınırlama ve denetim esasları hakkında bilgilendirilmelerini sağlamaya yönelik düzenlemelerdir⁶. Bu yönergelerde işçilerin işyerinde sosyal medya ve internet kullanımına hangi ölçüde izin verildiği, işverenin gözetim ve denetim yetkisi, işletmeye zarar verici paylaşımlarla karşılaşıldığında işverene bilgi verme yükümlülüğü, tavsiye ve uyarı niteliğinde hükümler, iş sırlarını ifşa yasağı, zararlı veya pornografik içerik ve amaçlara sahip sosyal medya grupları ve sosyal ağlara yönelik liste, yönergeye aykırılık halinde maruz kalınacak yaptırımlara yer verilir⁷.

Amerikan Hukukunda işverenlerin sosyal medya politikalarının kanuna⁸ uygun olup olmadığını denetleyen Ulusal Çalışma İlişkileri Kurulu (NLRB) önüne gelen bir olayda işyerinde geçerli olan sosyal medya politikasının aşığıda yer verilen hükümlerinin kanuna aykırı olmadığına karar vermiştir⁹:

- İşletme veya çalışma arkadaşları ile ilgili gizli veya özel bilgilerin ifşa edilmemesi,

⁶ Sosyal Medya Yönergeleri Hakkında detaylı bilgi için bkz. Fatih Aydın, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 87-89 ve 149 - 151.

⁷ Lukas Gschwend, editör, Recht im digitalen Zeitalter, (Zürich: Dike Verlag, 2015): 429.

⁸ Ulusal Çalışma İlişkileri Kanunu (NLRA)

⁹ Medic Ambulance Service, Inc. Case 20-CA-193784 January 4, 2021 (<https://www.nlr.gov/case/20-CA-193784>)

- Bir kişiyi, ürünü veya görüşü desteklemek, eleştirmek veya başka bir şekilde yorum yapmak için şirket adının kullanılmaması,
- İş arkadaşlarının açık rızası olmadığı müddetçe fotoğraflarının sosyal medyada kullanılmaması,
- Çalışanların maaşlarının paylaşılmaması,
- İşletme, ortaklar, müşteriler, satıcılar, iş uygulamaları ve diğer çalışanları kötülemek amacıyla paylaşım yapılmaması.

Sosyal medya yönergelerinde yer alan hükümleri temel olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Bunlar kılavuz, rehber, hatırlatıcı, tavsiye ve ikaz niteliğindeki hükümler ile işverenin yönetim hakkına dayanarak işyerinde sosyal medya kullanımına yönelik kısıtlamalar, gözetim ve denetim hakkındaki usul ve talimatları içeren hükümlerdir.

Sosyal medya yönergelerinin rehber, kılavuz, ikaz işlevi gören hükümleri işverenin yönetim yetkisi ile doğrudan ilgili değildir. Bu hükümler müşteriler ile sosyal medya üzerinden sağlıklı bir iletişim kurulması, işletmenin menfaatine uygun verimli ve bilinçli kullanımı hedefler. Aynı zamanda işyerinde yaşanan, çalışanların kendi aralarında veya müşterilerle yaşadıkları bir olayı yahut genel olarak işletme ya da işverene zarar verebilecek olumsuz ifadeleri sosyal medyada paylaşmasının iş sözleşmesinin feshine yol açabileceği şeklinde bilgilendirme ve uyarılar içerir. Öte yandan bazı işletmeler sosyal medya yöngesinde çalışanların sosyal medyada hiçbir iş arkadaşına, amirine veya müşteriye hakaret etmemesi, iş sırlarını gizli tutması gerektiği gibi birtakım tavsiyelere yer vermektedir¹⁰. Böylece çalışanların ifade özgürlüğüne doğrudan müdahale edilmeden, işletmeye yönelik paylaşımlarında sorumluluk duygusunu artırmak mümkündür¹¹.

Paylaşımların iş hukuku bakımından yol açabileceği sakıncalar hakkında çalışanların yeterli bilince sahip olduğu söylenemez. Şahsi sosyal medya hesabından yaptığı paylaşımların sonuçları hakkında genellikle eksik bilgi sahibi olan işçinin bu konuda aydınlatılması önemlidir¹². Bu yüzden sadece sözleşme kurulurken değil, sözleşme süresince belli periyotlar dâhilinde bu hatırlatmaların yapılması, muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçmek adına önem taşır.

¹⁰ Steffen Burr, Posting als Kündigungsggrund-Unternehmensschädliche Äußerungen in Social Media, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014), 58; Gschwend, Recht im digitalen Zeitalter, 427; Martin Lützel ve Alexander Bissels, "Social Media-Leitfaden für Arbeitgeber: Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis", Arbeitsrecht Aktuell(ArbR) 3, S.21 (2011): 499

¹¹ Gschwend, Recht im digitalen Zeitalter, 427; Lützel ve Bissels, "Social Media-Leitfaden für Arbeitgeber", 499.

¹² Christian Oberwetter, "Soziale Netzwerke im Fadenkreuz des Arbeitsrechts", Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 64, S.7 (2011): 420; Philipp Byers ve Stefan Mössner, "Die Nutzung des Web 2.0 am Arbeitsplatz: Fluch und Segen für den Arbeitgeber", BetriebsBerater, S.26 (2012): 1666.

Kılavuz ve rehber niteliğindeki hükümler arasında çalışanların sosyal medya hesap şifrelerini üçüncü kişilerle paylaşması veya şifre güvenliği bakımından yeterince önlem almaması gibi durumların aleyhe sonuçlar doğuracağı da belirtilebilir. İş sırlarını ifşa yasağı veya zarar verici içeriklerle karşılaşıldığında işverene bilgi verme yükümlülüğü hakkındaki hükümler ise işçinin sadakat borcu kapsamındaki bazı yükümlülüklerini somutlaştırma ve hatırlatma işlevi görür.

Sosyal medya yönergelerinde yer alan ikinci grup hükümler ise işverenin yönetim hakkı kapsamında vermiş olduğu talimatlardan oluşur. Aşağıda yönetim hakkına yönelik açıklamalar yapıldıktan sonra sosyal medya yönergelerindeki bu talimatlar hakkında bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

B. İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI

İşyerinde düzenli ve uyumlu bir çalışma faaliyetinin gerçekleşmesi bakımından işverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlar son derece önem taşır. TBK m. 399'a göre "*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.*" Esasında iş sözleşmesinde genellikle ana hatları ile belirlenen işçinin iş görme borcunun ayrıntıları ve sınırları işverenin talimatları ile somutlaşır. Diğer bir deyişle işverenin yönetim hakkı çerçevesinde talimat vermesi, işçinin bu talimatlara uyma borcunu teşkil etmektedir.

İşverenin talimatları işin görülmesine veya çalışanların işyerindeki davranışlarına yönelik olabilir. İşçinin çalışma ve dinlenme saatlerinin belirlenmesi, işyerindeki araç, gereç ve tekniklerin kullanım şekilleri, yıllık izinlerin kullanım zamanları, işyerinin güven ve düzenine ilişkin hususlar işverence verilen talimatlar iş görme borcu kapsamında yer alır ve ihlali halinde iş görme borcunun ihlali gündeme gelir.

Çalışanların işyerindeki davranışlarına yönelik talimatlar ise işin görülmesinden ziyade işyerindeki düzeni sağlamaya yöneliktir¹³. Yemekhane ve dinlenme tesislerinin kullanımı, hastalık halinde işçilerin izleyeceği yol, işyerine giriş-çıkışlarda uyulacak kurallar, işyerinde sosyal medya kullanımı veya fotoğraf çekmeye yönelik talimatlar bu türdendir. İster iş görme borcuna, ister işyerindeki düzeni sağlamaya yönelik olsun, işverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği hukuka uygun talimatlara işçinin uymaması halinde duruma göre disiplin cezası, sözleşmenin feshi veya tazminat gibi yaptırımlar söz konusu olabilir.

Yönetim hakkı; anayasa, kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelik ve işyeri uygulamasına aykırı olmamalıdır¹⁴. Yönetim hakkının ge-

¹³ Z. Gönül Balkır, "İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlar", Sicil İş Hukuku Dergisi, 3, S.18(2018) 74-75; Sarper Süzek, İş Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 86-87.

¹⁴ Süzek, İş Hukuku, 88; Savaş Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, (İstanbul: Meter Matbaası, 1981), 10; Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20, S.1 (2014): 44-45; Fatma Burcu Savaş,

nel sınırları dürüstlük kuralları ile işçinin kişiliğini koruma ve kollama borcu çerçevesinde işyerinin ihtiyaçları ve işin özelliğine göre belirlenmelidir¹⁵. İşverenin talimatları TBK m. 27 uyarınca ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olamayacağı gibi talimatın konusu imkânsız olmamalıdır. İşçinin TBK m.27 hükmüne aykırı olan talimatlara uyma yükümlülüğü de yoktur¹⁶.

Yakın tarihli bir istinaf kararında işverence hazırlanan “*Haber Sosyal Medya Kullanım Prensipleri*” adlı düzenlemenin kameraman olarak çalışan işçi tarafından imzalanmaması sebebiyle sözleşmesinin feshedildiği olayda yerel mahkeme feshin geçersizliğine hükmetmiştir¹⁷. Karar gerekçesinde işçinin söz konusu eyleminin hak talep etme ya da kendisine sunulan prensibi imzalamamaktan ibaret olduğu, işverenin davacıyla çalışmaya devam etmesinin kendisinden beklenemeyecek bir olumsuzluğa yol açmadığı, ölçülülük ilkesi gereği feshin geçerli ya da haklı nedene dayanmadığına yer verilmiştir. Davacının istinaf başvurusu aynı gerekçelerle reddedilerek hüküm kesinleşmiştir. Karar gerekçesinde yer almasa da bize göre somut olayda yönergede zikredilen hükümlerin içeriğine bakılarak bir sonuca varılmalıdır. Nitekim yönetim hakkı çerçevesinde kanuna, işyerinin ve işin özelliğine uygun olan bir düzenlemeye işçi tarafından uyulmalıdır. İlgili düzenlemede yer alan hususlar hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı bakımından işçinin imzasının istenmesi işverenin meşru menfaati gereğidir. Ancak yönerge içeriğinde hukuka aykırı bir husus bulunmasa dahi somut olayda işçinin davranışından dolayı savunması alınmadan ve ihtar edilmeden sözleşmesinin feshedilmesi ölçülülük ilkesine aykırı olduğundan kararın sonucu itibariyle isabetli olduğunu düşünüyoruz.

İşverenin meşru menfaatleri gereği yönetim hakkına dayalı olarak hazırladığı yönergelerde yer alan hükümlerin “bilgilendirme yükümlülüğü” açısından önemli olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim hukuka uygun şekilde izleme ve denetlemeye yönelik bir düzenlemenin şartları ve yöntemi hakkında işçiye önceden bildirim yapılması, olası bir denetleme ve izlemede çalışanların mahremiyet beklentisi gerekçesine dayanmalarına engel olacaktır.

Çalışanın özel hesap profilinde işletme logosu ya da üniformasının bulunmamasını öngören ve şahsi hesaptan bu şekilde paylaşım yapılmasını yasaklayan yönerge hükümleri de önemlidir. Nitekim yakın tarihli bir kararda çalışanın üzerinde “.... Hava Yolları” üniforması varken çekilerek sosyal medyada paylaşılan videoda kabin memuru olan davacının, havadan geçen uçakla ilgili arkadaşıyla konuşurken “oha a... s...” şeklinde sinkaflı sözler sarf etmesi üzerine sözleşme-

“İş Hukukunda Siber Gözetim”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 22, S.3 (2009): 119; Berna Öztürk, İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, (İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2021), 606.

¹⁵ Ünal Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), 254; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 285.

¹⁶ Sevgi Dursun Ateş, İşverenin Yönetim Hakkı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 160; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 285.

¹⁷ İstanbul BAM 32. HD, 07/04/2021, E.2020/125, K. 2021/569.

si feshedilmiştir. İşyerinde geçerli olan “Sosyal Medya Politikası” kurallarının 10 numaralı bendinde “*çalışanların sosyal medya üzerinde üniformalı paylaşımında bulunmaları halinde ...HY’ye ve mesleki itibarına olumsuz tesir edebilecek içerikleri paylaşamaz, genel ahlaka ve adaba aykırı paylaşımında bulunamazlar*” hükmü yer almaktadır. Yerel mahkeme davacının sosyal medya kurallarını bildiği halde böyle bir paylaşım yaptığı gerekçesiyle feshin geçerli nedene dayandığını belirterek davayı reddetmiş, istinaf mahkemesi de bu kararı onamıştır¹⁸.

C. YÖNETİM HAKKI VE SOSYAL MEDYA YÖNERGELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

İşveren hiç kuşkusuz işyerinde sosyal medya kullanımı ve gözetimi hakkında kanuna uygun düzenlemeler yapmakta özgürdür¹⁹. Nitekim sosyal medya yönergelerinde çalışma saatleri içinde sosyal medya kullanımına yönelik izin derecesi, işverenin kontrol ve inceleme hakkı, ihlal halinde yaptırımların türü de düzenlenmektedir²⁰. İşveren sosyal medya yönergesi ile bu duruma ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiği takdirde Anayasa, İş Kanunu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gibi kısıtlamalara tabi olarak talimatlarına işçi tarafından uyulup uyulmadığını takip etme hakkına sahip olacaktır. Denetim ve gözetime yönelik bilgilendirme kişisel verilerin işlenmesinin hukuki dayanağı, işlemenin amaçları, işlenecek verilerin kapsamı, verilerin saklanacağı süre, veri sahibinin hakları, işlemenin sonuçları ve verilerin muhtemel yararlanıcılarını gösteren bir mahiyette olmalıdır. İşveren tarafından gereken uyarı ve bilgilendirmeler yapılmadığı takdirde, çalışanlar temel hak ve özgürlüklerine keyfi bir müdahalede bulunulmayacağı konusunda makul bir beklenti içinde olacaktır²¹. Aynı zamanda kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi ve haberleşme özgürlüğüne müdahale riski gündeme gelecektir.

1. İŞYERİNDE SOSYAL MEDYA KULLANIMI

İşverenin işyerinde sosyal medya kullanımı hakkında denetim ve gözetimin sınırlı ve öngörülen amaçlar dâhilinde yapılması, meşruiyetinin somut olarak ortaya konulması, çalışma saatleri içindeki kullanımı kısıtlayan hükümlerin çalışanların temel haklarının özünü zedeleyici nitelikte olmaması gerekir²². İletişim araçları işveren tarafından sağlanmış olsa dahi, işveren bunlar üzerinde sınırsız ve mutlak bir gözetleme ve denetleme yetkisine sahip değildir²³. Diğer deyişle işçinin işyerinde geçirdiği zaman dilimi düşü-

¹⁸ Karar işçinin işyerindeki sosyal medya politikasından haberdar olmasına rağmen burada yer alan bir hükme aykırı davranmasının aleyhine yorumlanması bakımından önemli olmakla birlikte kanaatimizce somut olayda dava konusu paylaşımın “gizli” bir hesapta yapıldığı, sadece takipçilerin görebildiği, 24 saat içinde paylaşımın görünmez olduğu gibi iddiaların gerekçede tartışılması gerekirdi.

¹⁹ Aydın, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 87.

²⁰ Oliver Staffelbach ve Claudia Keller, editör, Social Media und Recht für Unternehmen “Social Media im Arbeitsrecht”, (Zürich: Schulthess Verlag, 2015), 172.

²¹ Ömür Kara ve Onursal Özbek, Başvuru No: 2013/4825, 24/3/2016, § 54.

²² Ömür Kara ve Onursal Özbek, Başvuru No: 2013/4825, 24/3/2016, § 54.

²³ E.Ü. [GK], Başvuru No: 2016/13010, 17/9/2020, § 69.

nüldüğünde iş akışını bozmayacak şekilde sosyal medya kullanımına müsaa-
de edilmelidir. Ancak mahiyeti gereği özel bir odaklanma ve dikkat gerekti-
ren işlerde çalışanların, vazife başında özel iletişim, internet ve sosyal medya
kullanımının tamamen yasaklanması söz konusu olabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan bir başvuruda işçinin bilgi-
sayarının incelenmesi sonucunda müstehcen görüntülere rastlanılmış ve
sözleşmesi feshedilmiştir. Söz konusu olayda işyeri bilgisayar kullanım yö-
nergesinde özel kullanımın ayrıca özel ya da kişisel isimli klasörlere kayde-
dilmesi gerektiği belirtilmiştir. AIHM, işyeri bilgisayarında işçinin özel veya
kişisel olarak isimlendirmedeği klasör içeriklerinin işle ilgili olduğu varsayı-
mıyla işveren tarafından incelenebileceğini belirtmiştir²⁴.

İşçinin şirket bilgisayarını açık unutmaması sonucunda amiri tarafından bilgi-
sayarda WhatsApp programı mesajlaşma içeriklerinin elde edildiği ve hakaret
içerikli paylaşımlara dayanılarak sözleşmesinin feshedildiği bir olay AYM önüne
gelmiştir. Yüksek mahkeme açık bir bilgilendirmenin yapılmadığı hâllerde hak
ve özgürlüklerine bir müdahalede bulunulmayacağı hususunda çalışanların ma-
kul bir beklenti içinde olacaklarının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁵.
Kararda iletişim içeriğine erişimi zorunlu kılan bir durumun işveren tarafından
açıklanamadığı, içerik incelemesinin zorunlu ve gerekli olduğunun ortaya konu-
lamadığı gerekçeleriyle özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlal
edildiği sonucuna varılmıştır. İşveren tarafından işyerinde sosyal medya kulla-
nımına yönelik bir düzenlemenin yapılmadığı durumlarda gözetim ve denetim
yetkisinin tamamen ortadan kalktığı söylenemez. Nitekim kullanım trafiği veya
içeriği kontrol, izleme ve takip hakkı, işçinin sadakat borcunu ihlal ettiğine dair
belirli göstergelerin olduğu durumlarda gündeme gelebilir²⁶. AIHM'e yapılan bir
başvuruda kasa kayıpları sebebiyle oluşan ciddi hırsızlık şüphesi altında işveren
tarafından işyerine gizlice yerleştirilen kamera kayıtları sonucu elde edilen deli-
lin hukuka uygun olup olmadığı incelenmiştir²⁷. İşverenin girişim özgürlüğü,
işletmesel menfaatleri ve yönetim hakkı ile çalışanların mahremiyet beklentisi-
nin ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirildiği kararda delilin hukuka uygun
olarak elde edildiği sonucuna varılmıştır²⁸.

²⁴ Libert v. France, 588/13, 22.02.2018.

²⁵ Samet Ayyıldız, Başvuru No: 2018/34548, 28/12/2021, § 41-44.

²⁶ Gschwend, Recht im digitalen Zeitalter, 428; Ullin Streiff, Adrian von Kaenel ve Roger
Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, (Zürich: Schulthess Verlag
2012), 622.

²⁷ Ribalda v. İspanya, Başvuru No: 1874/13 ve 8567/13, 17/10/2019

²⁸ Ribalda kararı hakkında detaylı bilgi için bkz. Dilek Dulay Yangın, "Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesi Büyük Daire'nin İşçilerin Gizli Kamera ile İzlenmesine İlişkin 17 Ekim 2019 Ta-
rihli Lopez Ribalda ve Diğerleri Kararı'nın Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 3,
S.66 (2020): 1703-1728; Murat Has, "AIHM Kararları Bağlamında Görüntü Hakkı", Anayasa
Yargısı, 38, S.1 (2021): 205-242; Gülsevil Alpagut, "İşyerinde Kamera Gözetlemesi ve AIHM
Kararları ile Tespit Edilen Esaslar", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, (İstanbul: On İki
Levha Yayıncılık, 2019): 279-313; Aydın, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, 128-129.

İşverenin yönetim yetkisi kapsamında yapacağı düzenlemelerde iletişim trafiğinin izlenmesi ile bizzat içeriğin izlenmesi arasında ayırım yapılmalıdır. Nitekim işyerinde sosyal medya yoluyla gerçekleştirilen her türlü iletişim ve paylaşım içeriklerinin incelenebileceğine ilişkin düzenleme yapılarak işçiye duyurulması böyle bir izlemeyi meşru kılmayacağı gibi işçinin bu talebe yönelik vereceği rıza da hukuka uygun bir rıza olarak değerlendirilemez.

2. İŞYERİ DIŞINDAKİ TALİMATLAR

Sosyal medya yönergelerinde yer alan ve işçinin işyeri dışında, özel hayatındaki sosyal medya kullanımına yönelik hükümlerin de değerlendirilmesi gerekir. Bir görüşe göre işyeri dışında, işletme veya işyeri ile ilgili olmak kaydıyla, sınırlı ve istisnai durumlarda işçinin özel hayatıyla ilgili işverenin talimat verme yetkisi kabul edilmelidir²⁹. Diğer görüş ise yönetim hakkının amacından yola çıkarak işçinin işyeri dışındaki özel hayatına işverenin hiçbir surette müdahalede bulunamayacağını ve bu konuda talimat veremeyeceğini savunur³⁰. Aksi halde iş koşulları hiyerarşisinde son sırada yer alan yönetim hakkı, çalışanın anayasal haklarını engelleme kapasitesine ulaşarak özel hayata ciddi bir müdahale riski taşıyabilir³¹. Bu görüşe göre işçinin işyeri dışında iş ilişkisine zarar vermesi halinde sadakat borcu ihlal edileceğinden, işverenin bunu önlemeye yönelik bildirimleri yönetim hakkına dayanan bir talimattan ziyade, sadakat borcu kapsamında bir uyarı olarak değerlendirilmelidir³².

Bize göre de işyeri dışındaki özel hayata yönelik bir düzenleme işçinin sadakat borcu kapsamındaki yükümlülüklerinin hatırlatılması anlamına gelecektir. Nitekim işveren tek taraflı irade açıklaması ile işçinin sadakat borcunun içeriğini belirleyemez³³. İşçinin eğilimli/manevi amaçlı işletmelerde çalışması veya işin niteliği gibi bazı durumlarda işçinin özel hayatına dikkat etmesi aynı zamanda yan yükümlülüğünün gereğidir³⁴. Bu noktada bağımlılıkla mücadele amacıyla kurulan derneğe bağlı bir işletmede manevi amaç taşıyıcısı olan işçinin sosyal medyada alkollü içerik paylaşmaması konusunda yan yükümlülüğü bulunmaktadır. Sosyal medya yöngesinde buna yönelik bir düzenleme varsa bu hüküm sadakat borcu kapsamında bir uyarı olarak değerlendirilebilir.

²⁹ Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002),127; Kadir Arıcı, "İşverenin Yönetim Yetkisinin Muhtevası", Yargıtay Dergisi, 9, S.1-2 (1983): 174-175; Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 163; Kenan Tunçomağ, İş Hukuku C.1, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1986), 188.

³⁰ Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, 103; K. Ahmet Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları,(İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006), 240; F. Burcu Savaş Kutsal ve Şelen Kolan, "Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme", İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 16, S.62 (2019): 520; Öztürk, İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, 421.

³¹ Savaş Kutsal ve Kolan, "İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları", 521.

³² Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, 240-241; Savaş Kutsal ve Kolan, "İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları", 520; Öztürk, İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, 421-422.

³³ Öztürk, İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, 179.

³⁴ Orhan Ersun Civan, İşçinin Yan yükümlülükleri, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 191.

Günümüzde sosyal medya koordinatörü, sosyal medya sorumlusu gibi unvanlar adı altında, asli edim yükümlülüğü işveren ve işyerini sosyal medyada tanıtmak olan işçilerin istihdam edildiği görülmektedir. Bu şekilde çalışan işçiler bazen işyerinde bazen işyeri dışında, rutin mesai saatlerine bağlı kalmaksızın iş görme borcunu yerine getirmektedir. İşletmenin resmi sosyal medya hesaplarında tanıtım ve güncellemeler yapan bu işçiler kimi zaman kendi şahsi hesaplarında işyeri logolu bir profile işletmenin tanıtım ve reklam faaliyetini yapmaktadır. Bu işçilerin iş görme borçları bir nevi özel hayatlarının bir parçası haline gelmiştir. Sosyal medya kaynaklı iş görme borcu ile şahsi-özel alanın kesiştiği noktada işverenin belirli kurallar dâhilinde talimat verebileceği sınırlı bir alandan söz edilebilirse de bu yönde bir talimat işçinin iş görme borcuyla ilişkili olup tamamen işçinin özel hayatına yönelik değildir.

Sosyal medya yönergelerinde işçinin özel hayatına müdahale niteliği taşıyan bir talimata sözleşmenin zayıf tarafı olan işçi tarafından rıza gösterilmesi halinde bu rızaya kuşkuyla yaklaşılmalı ve salt bu yöndeki bir rızanın, temel haklara yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği kabul edilmelidir³⁵. Ancak sadakat borcunun içeriğini aşmayan talimatlara yönelik rıza geçerli kabul edilebilecektir³⁶.

SONUÇ

Sosyal medyanın çalışma hayatındaki yoğun etkisinin bir sonucu olarak işverenler tarafından sosyal medya yönergelerine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yönergelerde yer alan hükümler ile işçilerin sosyal medyayı bilinçli ve verimli kullanması sağlanabilir. Böylece işçinin paylaşımlarından kaynaklanacak olası uyumsuzlukların önüne belirli ölçüde geçilebilir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında hukuka uygun şekilde işyerinde sosyal medya kullanımına yönelik yaptığı düzenlemelere çalışanlar tarafından uyulmak zorundadır. Ancak kullanım kısıtlamaları ve gözetim-denetlemeye ilişkin hükümler işçinin temel haklarına aykırı olmamalıdır. Sosyal medya yönergeleri, sosyal medya kullanımının takibi, izlenmesi ve denetiminde işçinin önceden bilgilendirilmesi açısından önem taşır. Yönergeler vasıtasıyla gözetim ve denetim noktasında işçinin eksiksiz bilgilendirilmesi halinde kullanım trafiğini izleme veya işverenin haklı menfaati icabı ve ölçülülük ilkesi kapsamında paylaşım içeriklerinin denetlenmesi söz konusu olabilecektir. Bu konuda tam ve eksiksiz olarak bilgilendirilen bir işçinin olası bir uyumsuzlukta meşru mahremiyet beklentisi savunmasına itibar edilmeyecektir.

Sosyal medya yönergelerinde işçinin özel hayatına yönelik talimatların hukuken geçerli olmadığı, ancak işçinin sadakat borcuna ilişkin hatırlatma ve uyarı niteliği taşıdığı söylenebilir.

³⁵ Güzel ve Ugan Çatalkaya, "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", 61; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, 108.

³⁶ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, 244-245.

KAYNAKÇA

- Akkurt, Sinan Sami. *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Alpagut, Gülsevil. “İşyerinde Kamera Gözetlemesi ve AİHM Kararları ile Tespit Edilen Esaslar”. *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, (2019): 279-313.
- Arıcı, Kadir. “İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası”, *Yargıtay Dergisi*, 9, S.1-2 (1983): 160-176.
- Aydın, Fatih. *İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Balkır, Z. Gönül. “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlar”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*. 3, S.18 (2008): 73-79.
- Burr, Steffen. *Posting als Kündigungsggrund-Unternehmensschädliche Äußerungen in Social Media*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014.
- Byers, Philipp ve Mössner, Stefan. “Die Nutzung des Web 2.0 am Arbeitsplatz: Fluch und Segen für den Arbeitgeber”. *Betrieb-Berater*, S.26 (2012): 1665-1671.
- Civan, Orhan Ersun. *İşçinin Yan yükümlülükleri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nursen; Canbolat, Talat ve Özkaraca,ERCÜMENT. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- Dulay Yangın, Dilek. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire’nin İşçilerin Gizli Kamera ile İzlenmesine İlişkin 17 Ekim 2019 Tarihli Lopez Ribalda ve Diğerleri Kararı’nın Değerlendirilmesi”. *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 66, S.3 (2020): 1703-1728.
- Dursun Ateş, Sevgi. *İşverenin Yönetim Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Ertürk, Şükran. *İş İlişkisinde Temel Haklar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.
- Gschwend, Lukas, editör. *Recht im digitalen Zeitalter*, Zürich: Dike Verlag, 2015.
- Güzel, Ali ve Çatalkaya, Deniz Ugan. “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük(Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20, S.1 (2014): 17-66.
- Has, Murat. “AİHM Kararları Bağlamında Görüntü Hakkı”, *Anayasa Yargısı*, 38, S.1 (2021): 205–242.
- Leonardi, Paul M; Huysman, Marleen ve Steinfield, Charles. “Enterprise Social Media: Definition, History, and Prospects for the Study of Social Technologies in Organizations”. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 19, S.1 (2013):1-19.

- Lützel, Martin ve Bilssels Alexander. "Social Media-Leitfaden für Arbeitgeber: Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis". *Arbeitsrecht Aktuell(ArbR)*. 3, S.21 (2011): 499-502.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *Ferdi İş İlişkileri I*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.
- Oberwetter, Christian. "Soziale Netzwerke im Fadenkreuz des Arbeitsrechts". *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. 64, S.7 (2011): 417-421.
- Öztürk, Berna. *İşçinin Talimatlara Uyuma Borcu*. İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2021.
- Savaş Kutsal, F. Burcu ve Şelen Kolan. "Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme". *İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. 16, S.62 (2019): 491-562.
- Savaş, Fatma Burcu. "İş Hukukunda Siber Gözetim". *Çalışma ve Toplum Dergisi*. 22, S.3 (2009): 97-131.
- Sevimli, K. Ahmet. *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006.
- Staffelbach, Oliver ve Keller, Claudia, editör. *Social Media und Recht für Unternehmen*. Zürich: Schulthess Verlag, 2015.
- Streiff, Ullin; von Kaenel, Adrian ve Rudolph, Roger. *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*. Zürich: Schulthess Verlag 2012.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Taşkent, Savaş. *İşverenin Yönetim Hakkı*. İstanbul: Meter Matbaası, 1981.
- Tuncay, Can. *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Tunçomağ, Kenan. *İş Hukuku C.1*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1986.
- Vroman, Margo; Stulz, Karin; Hart, Claudia ve Stulz, Emily. "Employer Liability for Using Social Media in Hiring Decisions". *Journal of Social Media for Organizations*. 3, S.1 (2016): 1-12.

TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLÂMLARIN VE TEDBİR KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİNDE YENİ DÖNEM

*Derya BELGİN GÜNEŞ**

GİRİŞ

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların ve tedbir kararlarının yerine getirilmesi, ilâmların icrası çerçevesinde İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan düzenlemelere göre yerine getirilmekteydi. Bu dönemde yapılan uygulamalar oldukça eleştirilmiş¹, çocuğun üstün yararına uygun olmayan sonuçlar doğmasına neden olmuştu. 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun² ile yapılan değişiklikler sonucunda İcra ve İflas Kanunu'ndaki hükümler kaldırılarak Çocuk Koruma Kanunu ile yeni bir sistem getirilmiştir. Yeni getirilen hükümlere göre çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmlar ve tedbir kararları artık adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlükleri tarafından ve adliye binası dışında yer alan teslim mekânlarında yerine getirilecektir.

Çalışmamızda öncelikle kısaca İcra ve İflâs Kanunu'nda mülga edilen hükümlerden bahsedildikten sonra, Çocuk Koruma Kanunu ile getirilen sistem genel hatları ile açıklanmaktadır. Daha sonra İcra ve İflâs Kanunu ile Çocuk Koruma Kanunu arasındaki farklar ortaya konulmaktadır.

I. İCRA VE İFLÂS KANUNU DÖNEMİ

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası, İcra ve İflas Kanunu'nun ilâmların icrasına ilişkin ikinci bap altında yer almaktaydı. Bu bap altında "Çocuk teslimi" başlıklı 25. madde³, "Çocukla şahsi

* Araş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, dbelgin@istanbul.edu.tr.

¹ Derya Belgin Güneş, (Çocuk Koruma Kanunu'na Göre) Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 36-39; Derya Belgin Güneş, "Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", SÜHFD 29, S. 3 (2021): 913-931, 917-918.

² RG, 30.11.2021, S. 31675.

³ "Çocuk teslimine dair olan ilam icra dairesine verilince icra memuru 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde çocuğun teslimini emreder. Borçlu bu emri tutmazsa çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra olunur.

münasebet tesisi” başlıklı 25/a maddesi⁴ ve “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrasında Uzman Bulundurulması” başlıklı 25/b maddesi⁵ yer almaktaydı. Ayrıca “Çocuk teslimi emrine muhalefetin cezası” söz konusu Kanununun 341. maddesinde⁶ düzenlenmekteydi.

Çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin ise İcra ve İflas Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu tedbir kararlarının yerine getirilmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ihtiyati tedbirlerin yerine getirilmesine ilişkin 393. maddesi ile mümkün olmaktadır.

II. 7343 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN GENEL ÇERÇEVESİ

7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan değişiklikler kapsamında çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların yerine getirilmesi hakkındaki İİK m. 25, 25/a, 25/b ve 341 maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır (7343 sayılı Kanun m. 32). Aynı Kanun ile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’na “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması” başlıklı Dördüncü Kısım eklenmiştir (7343 sayılı Kanun m. 39 vd.).

III. ÇOCUK KORUMA KANUNU İLE GETİRİLEN SİSTEM

A. ÇOCUK KORUMA KANUNU’NUN KAPSAMI

Çocuk Koruma Kanunu’nun kapsamı İcra ve İflas Kanunu’na göre daha geniştir. Buna göre, çocuk teslimi ilâmları, çocuk teslimine ilişkin tedbir kararları, çocukla kişisel ilişki kurulması ilâmları ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin tedbir kararları Çocuk Koruma Kanunu hükümlerine göre yerine getirilecektir. İcra ve İflas Kanunu’ndan farklı olarak çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin tedbir kararlarının da ilâmlar ile

Çocuk teslim edildikten sonra diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca hükme hacet kalmadan zorla elinden alınıp öbür tarafa teslim olunur.”

⁴ “Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır.

Borçlu bu emri tutmazsa ilam hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341 inci maddeye göre cezalandırılır.”

⁵ “Çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagoğ, psikoloğ veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir.”

⁶ “Çocuk teslimi hakkındaki ilamın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir.”

aynı usulde yerine getirilecek olması yerinde olmuştur. Böylece hem uygulamaya tutarlılık getirilmiş hem de tedbir kararlarının yerine getirilmesi bakımından da çocuğun üstün yararının dikkate alınması sağlanmıştır.

B. TEMEL İLKE: ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI

Çocuk Koruma Kanunu ile getirilen yeni düzenlemelerde “çocuğun üstün yararı” kavramının çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde dikkate alınacağı açıkça yer almaktadır. Böylece söz konusu kararların yerine getirilmesinde talebin taraflarının değil, çocuğun yararı öncelikli olması ve çocuğun üstün yararını sağlamaya yönelik iş ve işlemler yapılması öngörülmektedir⁷.

Çocuğun üstün yararının sağlamak için uygulamaya dönük şu örnekler verilebilir: Çocuk, anne ve babası ile anne ve babası da çocukla düzenli şekilde görüşme hakkına sahiptir. Anne ve babası dışında bulunan kişiler ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulabilir. Kişisel ilişki, sadece çocuğun üstün yararı gereği mahkeme tarafından kısıtlanabilir veya engellenebilir. Çocuğun üstün yararına aykırı ise, mahkeme tarafından üçüncü kişi veya uzman gözetimi altında çocukla kişisel ilişki kurulabilir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişkinin öncelikle taraflar arasında gönüllülüğe dayalı olarak yerine getirilir. Taraflar zorunlu hâller dışında yüz yüze getirilmez.

C. YETKİLİ MERCİ

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmlar ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde yetkili merci bundan böyle adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğüdür. Bu müdürlükler, Adalet Bakanlığı'nın Adlî Destek ve Mağdur Hizmetleri Daire Başkanlığına bağlıdır. Her bir müdürlüğün bünyesinde müdür, yeteri kadar müdür yardımcısı ve personel ile psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı bulunur.

Adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü bulunmayan yerlerde Adalet Bakanlığınca belirlenen hukuk mahkemeleri yazı işleri müdürlüğü söz konusu kararları yerine getirmede yetkilidir.

D. YERİNE GETİRMEDE GÖREVLİ KİŞİLER

Adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü tarafından görevlendirilen psikolog, pedagoğ, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimci ve rehber öğretmen gibi uzmanlar, uzmanın bulunmadığı yerlerde ise öğretmen marifetiyle yerine getirilir⁸.

⁷ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 326.

⁸ Bu görevlilerin özellikleri için bkz. Belgin Güneş, Yerine Getirilme, 44-46.

E. TESLİM MEKÂNLARI

Adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü tarafından belirlenen teslim mekânlarında ilâm ve tedbir kararları yerine getirilir (ÇKK m. 41/D, I). Teslim mekânları, çocuk dostu olarak düzenlenen ortamlardır.

Teslim mekânları adliye dışındadır. İl ve ilçelerde kamu kurum ve kuruluşları ile belediyelerin çocuk teslimine elverişli yerlerinden (Örn. aile yaşam merkezi), ilgisine göre valilikler veya belediyeler tarafından yeterli sayıda teslim mekânı belirlenir, yoksa oluşturulur.

F. BAŞVURUNUN YAPILMASI

Hak sahibi, ilâm veya tedbir kararının yerine getirilmesi için çocuğun yerleşim yerindeki adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğüne başvurur. Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan çocuklar bakımından çocuğun Türkiye’de bulunduğu yerdeki müdürlüğe başvurulur. Yanlış yere başvurulursa, dosya çocuğun yerleşim yeri müdürlüğüne gönderilir. Çocuğun yerleşim yerinin değişmesi hâlinde, dosya re’sen ilgili yer müdürlüğüne gönderilir.

G. BAŞVURUNUN TARAFLARI

Çocuk Koruma Kanunu’nda başvuruda bulunan taraf hak sahibi; karşı tarafı ise yükümlü olarak adlandırılmaktadır. *Hak sahibi*, çocuk teslimi işlemlerinde velayet kendisine verilen kişi; kişisel ilişki kurulması işlemlerinde ise mahkemece velayet hakkı kendisine verilmeyip çocukla arasında kişisel ilişki kurulan kişidir. *Yükümlü* ise, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararı gereğince çocuğu teslim etmesi gereken kişidir.

H. ÇOCUK TESLİMİ PROSEDÜRÜNÜN AŞAMALARI

Çocuk teslimine ilişkin ilâmlar ve tedbir kararları sırasıyla şu aşamalar takip edilerek yerine getirilir (ÇKK m. 41/B):

1. Yükümlü tarafından ilâm veya tedbir kararının rıza ile yerine getirilmesi
2. İlâm veya tedbir kararı rıza ile yerine getirilmezse hak sahibinin adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğüne başvurması
3. Yükümlü ile irtibat kurulması: Her türlü iletişim vasıtası ile yükümlüye ulaşıp karar yerine getirilmeye çalışılır.
4. Teslim emri ve tebliği: Yükümlüyle irtibat kurulamaz veya yükümlü çocuğu getirmeyeceğini beyan ederse yahut yükümlü çocuğu belirlenen yere getirmezse teslim emri gönderilir (Teslim emri, Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ olunur).

5. Teslim emrinin yerine getirilmesi: Çocuk, müdürlük tarafından belirlenen gün ve saatte teslim emrinde belirtilen yere getirilir. Haklı bir mazereti varsa yükümlü çocuğun müdürlükçe alınmasını talep edilebilir.
6. Teslim emrinin yerine getirilmemesi: Yükümlü çocuğu getirmeyen veya haklı mazereti nedeniyle müdürlükçe alınmasını talep etmezse çocuk, uzman veya öğretmen marifetiyle gerekirse kolluktan yardım alınarak ve “zor kullanılarak” teslim alınır. – Zor kullanma yükümlü üzerinde uygulanabilir, çocuk üzerinde zor kullanma uygulanmaz.

Bazı hallerde yükümlü ile irtibat veya teslim emri olmaksızın çocuğun teslim edilmesi de mümkündür. Çocuk, hak sahibine teslim edildikten sonra yükümlü haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa veya çocuğun üstün yararının gerektirdiği bir hâl mevcutsa (örn. çocuğun kaçırılma ihtimali) çocuk doğrudan doğruya müdürlük tarafından teslim edilebilir.

İ. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI PROSEDÜRÜNÜN AŞAMALARI

Çocuk kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlar ve tedbir kararları sırasıyla şu aşamalar takip edilerek yerine getirilir (ÇKK m. 41/C):

1. Yükümlü tarafından ilâm veya tedbir kararının rıza ile yerine getirilmesi
2. İlâm veya tedbir kararı rıza ile yerine getirilmezse hak sahibinin adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğüne başvurması
3. Yükümlü ile irtibat kurulması: Her türlü iletişim vasıtası ile yükümlüye ulaşıp karar yerine getirilmeye çalışılır.
4. Teslim emri ve tebliği: Yükümlüyle irtibat kurulamaz veya yükümlü çocuğu getirmeyeceğini beyan ederse yahut belirlenen yere getirmeyen müdürlük, derhâl yükümlüye, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair bir teslim emri gönderir (Teslim emri, Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ olunur).
5. Teslim emrinin yerine getirilmesi: İlâm veya tedbir kararında belirtilen gün ve saatte, gün ve saatin belirtilmemesi hâlinde müdürlük tarafından belirlenen gün ve saatte çocuk emirde belirtilen yere getirilir. Müdürlüğün belirlediği yere getirilen çocuk hak sahibine teslim edilir. Haklı bir mazereti varsa yükümlü çocuğun müdürlükçe alınması talep edilebilir.
6. Kişisel ilişkinin tekrar kurulması: İlâm veya tedbir kararı kapsamında teslim yükümlülüğü devam eder ve bunun için yeniden emir çıkarılmaz.
7. Teslim emrinin yerine getirilmemesi: Çocukla kişisel ilişki kurulmasının teslim emrine rağmen yerine getirilmemesi hâlinde herhangi bir zor kullanma yetkisi öngörülmemiştir. Yükümlü çocuğu getirmeyen veya geç getirirse yalnızca disiplin hapsiyle cezalandırılır ve hakkındaki suç duyurusunda bulunulur.

J. YERİNE GETİRME İŞLEMLERİNE KARŞI ŞİKÂYET

Adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğünün işlemlerine ve kararlarına karşı hukukî çare olarak şikâyet yolu bulunmaktadır. Şikâyet süresi, öğrenme veya tebliğden itibaren bir haftadır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kamu düzenini ilgilendiren hususlardır. Bu nedenle icra ve iflâs hukukunda kamu düzenine aykırılık nedeniyle süresiz şikâyet⁹ imkânının Çocuk Koruma Kanunu'nu göre şikâyette de uygulanması kanaatimizde düşünülmelidir.

Şikâyet bakımından görevli mahkeme aile mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yerdeki aile mahkemesidir.

Şikâyet, yerine getirme işlemlerini durdurmaz. Ancak aile mahkemesi bu yönde vereceği bir karar ile durdurulabilir.

Şikâyet başvurusu hakkında aile mahkemesi ivedilikle karar verir. Kural olarak dosya üzerinden inceleme yapılır. Gerekirse mahkeme ilgilileri dinleyebilir.

K. ŞİKÂYET ÜZERİNE VERİLEN KARARA KARŞI İTİRAZ

Şikâyet üzerine verilen karara karşı itiraz yolu bulunmaktadır. İtiraz süresi, şikâyet üzerine verilen kararın tebliğinden itibaren bir haftadır. İtiraz başvurusu, kararı veren mahkemeye yapılır. Fakat itiraz başvurusu hakkında inceleme yapacak merci farklıdır. İnceleme merci, o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daire, son numaralı daire için birinci daire, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye hukuk mahkemesi, aile mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın aile mahkemesi veya asliye hukuk mahkemesidir.

İtiraz mercii, bir hafta içinde kararını verir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir, bir başka ifadeyle bu kararlara karşı kanun yolu kapalıdır.

L. GİDERLERİN KARŞILANMASI

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi sırasında yapılan işlemler, tüm harçlardan istisnadır. Bu iş ve işlemlerin yürütülmesi için yapılacak tüm masraflar, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır.

⁹ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 80-81; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 68-69; Murat Atal/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 57.

Bugün itibarıyla adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü kurulan yerler toplamda 25 tanedir¹⁰. Henüz adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü bulunmadığı için icra dairesi aracılığıyla yerine getirilme işlemlerinin yapıldığı yerlerde de işlemlere ilişkin tüm giderler Devletçe karşılanmaktadır (ÇKK geçici m. 2/VII).

M. YAPTIRIMLAR

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması konusundaki yaptırımları üç grup altında toplanabilir.

1. Türk Medeni Kanunu'ndaki yaptırımlar: Velayetin Değiştirilmesi (TMK m. 182/II, m. 324/III), Velayetin Kaldırılması (TMK m. 348), Kişisel İlişkinin Kaldırılması (TMK m. 324).
2. Türk Ceza Kanunu'ndaki yaptırımlar: Çocuğun Kaçırılması ve Alıkoyması Suçu (TCK m. 234)
3. Çocuk Koruma Kanunu'ndaki yaptırımlar: İlâm veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Muhalefet (ÇKK m. 41/F)

Çocuk Koruma Kanunu 41/F maddesinin 1. fıkrasına göre, çocuk teslimine dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine dair teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engellenenler üç aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine dair teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler üç günden on güne kadar disiplin hapsiyle cezalandırılır. Aynı maddenin 3. fıkrası gereğince ise kişisel ilişki kurulması için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibi, ilâm veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmezse, üç aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır.

İlâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet bakımından şikâyet süresi bir aydır. Görevli ve yetkili mahkeme, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yerdeki aile mahkemesidir. Disiplin hapsi kararına ÇKK 41/E hükmüne göre aile mahkemesine itiraz mümkündür.

Çocuk Koruma Kanunu 41/F maddesinde yer alan "fiil suç teşkil etse dahi" ifadesi özel bir anlama sahiptir. Buna göre aynı fiille hem TCK m. 234 hem de ÇKK m. 41/F ihlal edilirse, fiili işleyenlere hem TCK hem de ÇKK'ya göre ceza verilmesine imkân tanınmıştır.

¹⁰ 4 Nisan 2022'den itibaren: Adıyaman, Elazığ, Erzurum, Gümüşhane, Kırıkkale, Kırşehir, Mardin, Muğla, Sivas, Tekirdağ ve Uşak (11 merkez). 13 Haziran 2022'den itibaren: Bolu, Burdur, Edirne, Karabük, Samsun, Tunceli, Yozgat, Alanya, Bafra, Boğazlıyan, İskenderun, Karşıyaka, Menemen ve Ödemiş (14 merkez).

IV. İİK İLE ÇKK HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

- İcra İflas Kanunu ile Çocuk Koruma Kanunu hükümleri karşılaştırılırsa şu temel farklar ortaya çıkmaktadır:
- İİK döneminde, tedbir kararlarının icrası bu Kanuna tâbi değildi. ÇKK ise tedbir kararlarını da aynı usule tâbi tutmuştur.
- İİK'ya göre söz konusu ilâmlar icra müdürlüğü tarafından yerine getirilir iken ÇKK'ya göre adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü tarafından yerine getirilmektedir.
- İİK'da takibin tarafları, alacaklı ve borçluydu. Buna karşılık ÇKK'da başvurunun tarafları daha yerinde bir ifadeyle hak sahibi ve yükümlü olarak düzenlenmektedir.
- İİK'da ilâmın yerine getirilmesi için icra emrinin tebliği gerekirdi. ÇKK'da ise önce yükümlü ile irtibat kurularak ilâm yerine getirilmeye çalışılıp sonra teslim emri tebliği edilmektedir.
- İİK'ye göre söz konusu ilâmlar, çocuk neredeyse orada icra edilirdi. ÇKK bu anlayışı terk ederek teslim mekânlarında yerine getirilme öngörmektedir.
- İİK'da zorla yerine getirme, hem çocuk teslimi hem de kişisel ilişki kurulması ilâmlarının yerine getirilmesinde kullanılırdı. Buna karşılık ÇKK'da zorla yerine getirme, sadece çocuk tesliminde yer almakta, kişisel ilişki kurulmasında bulunmamaktadır.
- İİK'da söz konusu ilâmların yerine getirilmesinde icra müdürlüğünün yaptığı işlemlere karşı şikâyet icra mahkemesine yapılmaktaydı. ÇKK gereğince adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü tarafından yapılan iş ve işlemlere karşı şikâyet mercii aile mahkemesi olmuştur.
- İİK'da harç ve giderler hak sahibi tarafından karşılanır iken ÇKK'da bunlar tamamen Devlet tarafından karşılanmaktadır.

SONUÇ

Çocuk Koruma Kanunu ve İcra İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların ve tedbir kararlarının yerine getirilmesi icra müdürlüğünün görev alanından çıkarılarak adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerinde gerçekleşecektir. Böylece Türk hukukunda ilk defa medenî yargı içerisinde verilen bir ilâmın icra müdürlüğü dışında bir merci tarafından yerine getirilmesi karşımıza çıkmaktadır.

Yeni sistemin en olumlu yönü, kuşkusuz çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların ve tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin düzenlemelerin İcra ve İflâs Kanunu'ndan çıkarılmış olmasıdır. Ayrıca

tedbir kararlarının da Çocuk Koruma Kanunu'ndaki usulle yerine getirilecek olması da kanaatimizce isabetli olmuştur.

Çocuk Koruma Kanunu ile getirilen sistemde çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde masraf ve giderler artık tamamen Devlet tarafından karşılanır. Bu da yeni getirilen sistemin kanaatimizce başka bir önemli ve olumlu yönüdür.

Yeni getirilen sistemde dikkat çeken bir husus, kolluk kuvvetleri aracılığıyla zor kullanma yetkisi bakımındandır. Kanun koyucu çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların yerine getirilmesi bakımından zor kullanma yetkisinden vazgeçerken çocuk teslimi bakımından bu anlayışı terk etmemiştir. Kanaatimizce benzer şekilde çocuğun üstün yararının bu açıdan da gözetilerek çocuk tesliminde de zor kullanma yetkisinin kaldırılması yerinde olacaktır.

Çocuk Koruma Kanunu'nda yapılan değişiklikler, kavramların kullanılması bakımından İcra ve İflâs Kanunu'na nazaran daha özenlidir. İcra hukukuna özgü kavramlar olan alacaklı ve borçlu kavramları yerine hak sahibi ve yükümlü kavramlarının kullanılması kanaatimizce olumludur. Bunun yanı sıra çocuk teslimi bakımından da kanun koyucunun hassasiyet göstererek bir taşınır veya taşınmaz malın teslimini akla getiren bu ifadeden vazgeçilmesi daha isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Belgin Güneş, Derya. *(Çocuk Koruma Kanunu'na Göre) Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022 (Yerine Getirilme).
- Belgin Güneş, Derya. "Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi". *SÜHFD* 29, S. 2 (2021): 913-931.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral ve Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

HAKSIZ AZIL HALİNDE AVUKATLIK ÜCRETİ

*Tuba BİRİNCİ UZUN**

GİRİŞ

Bilirkişilik yaptığım dönemde, başka alt uzmanlık alanlarında da listeye kayıtlı olmama rağmen en çok avukatlık ücreti ile ilgili uyuşmazlıklarda görevlendirildim. Gerçekten de avukatlık ücreti ile ilgili uyuşmazlıklar mahkemelerin özellikle de tüketici mahkemelerinin iş yükünün önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Davaların çoğunda, avukat davacı iş sahibi ise davalı taraftır. Uyuşmazlıklar genellikle davacı avukatın davalı iş sahibi tarafından azlinin haksız azil niteliğinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uygulamada avukatlık ücretini talep eden davacı avukat; genellikle azlin haksız olduğunu, görevini gereği gibi yerine getirdiğini, avukatlık ücretinden yoksun bırakmak için davalı iş sahibinin kendisini azlettiğini ileri sürer. Buna karşılık davalı iş sahibi ise davacı avukatın görevini gereği gibi yerine getirmediğini, azlin haklı azil niteliğinde olduğunu, bu sebeple davacı avukatın davalı şirketten avukatlık ücreti talep edemeyeceğini iddia eder.

Azlin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı avukatlık ücreti bakımından son derece önemlidir. Zira haklı bir sebep olmaksızın azledilen avukat tam ücrette hak kazanır. Uygulama bakımından önemi dikkate alınarak, bu çalışmada haksız azil halinde avukatlık ücreti konusu incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle avukatlık sözleşmenin tanımı, unsurları ve hukuki niteliğine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Çalışmanın devamında avukatlık sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesi ile azil ve istifa kavramları ele alınmıştır. Son olarak, haksız azil kavramı ile haksız azil halinde ücret hesabı konusu üzerinde durulmuştur.

1. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

a. TANIMI

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda avukatlık sözleşmesi tanımlanmamıştır. Ancak bu kanununun 163. maddesinin 1. fıkrasında, "*Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukukî yardımı ve meblâğı yahut değeri kapsamı gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir*" denmektedir.

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. tbirinciuzun@akdeniz.edu.tr

Günergök'e göre¹¹, "Avukatlık sözleşmesi, avukatın belli bir hukuki yardımda bulunmayı üstlendiği, taraflarca ücret alınmamasının kararlaştırıldığı sürece, avukatın ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir".

Karateke'ye göre¹², "Avukatlık Sözleşmesi, avukat ile iş sahibi için hem hak hem de yükümlülükler doğuran, avukata edinmiş olduğu hukuki bilgi ve tecrübelerini iş sahibinin menfaatlerini koruma ve hukuka uygun olarak hareket etme; iş sahibine de hukuki menfaatlerinin korunması karşılığı belli bir miktar ücreti avukata ödemeyi öngören, yazılı olarak yapılması zorunluluğunu gerektirmeyen bir sözleşmedir".

Cimbar'a göre¹³ ise avukatlık sözleşmesi "avukatın edim fiili kapsamında iş sahibine bağımsız şekilde hukuki yardım hizmeti verdiği, iş sahibinin de avukata kararlaştırılan ya da kanunların çizdiği sınırlar dâhilinde ücret ödediği bir sözleşmedir".

Gerek 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 1. fıkrası gerekse yukarıda belirtilen tanımlar dikkate alındığında, avukatlık sözleşmesi avukatın belli bir hukuki yardımda bulunmayı, bunun karşılığında iş sahibinin ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak ifade edilebilir.

b. UNSURLARI

Avukatlık sözleşmesinin unsurları; hukuki yardım, ücret ve tarafların anlaşmasıdır¹⁴. Avukatlık sözleşmesi ile avukat iş sahibinin yararına bir iş görme borcu altına girer; iş sahibi ise avukatın edimine karşılık ücret ödeme borcu altına girer¹⁵. Buna göre avukatlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹⁶. Çünkü tarafların edimleri tam bir değişim ilişkisi içindedir¹⁷.

c. HUKUKİ NİTELİĞİ

Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁸, avukatlık sözleşmesi vekâlet sözleşmesinin özel bir türüdür. Başka bir görüşe göre¹⁹ avukatlık sözleşmesi *sui generis* bir sözleşmedir.

¹¹ GÜNERGÖK, Özcan: Avukatlık Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 31.

¹² KARATEKE, Songül: Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006 s. 7.

¹³ CİMBAR, Ferhat: Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 26.

¹⁴ GÖKYAYLA, K. Emre: Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 18.

¹⁵ GÖKYAYLA, s. 15.

¹⁶ GÜNERGÖK, s. 128; GÖKYAYLA, s. 17; CİMBAR, s. 45.

¹⁷ GÖKYAYLA, s. 17.

¹⁸ GÜNERGÖK, s. 31; AKSU, Raziye: "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 27, Temmuz 2016, s. 882 vd.

4667 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun Genel Gereğesinde "...Bir başka düzenleme de avukatın sunduğu hukuki yardımın yapılması ve işlevi konusundadır. Bu hizmet, artık Borçlar Yasasındaki klasik vekâlet akdinin sınırlarını aşmıştır. Mimarlık sözleşmesi ve benzeri sözleşmelerde olduğu gibi, tamamen, "sui generis" (kendine özgü) karakterde ve bütünüyle yeni olan bir avukatlık sözleşmesi türü ihdas edilmiştir" ifadesine yer verilmiştir. Kanun koyucu tarafından avukatlık sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendirildiği görülmektedir. Avukat ile iş sahibi arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde çoğu zaman Avukatlık Kanunu ile Meslek Kurallarının yetersiz kaldığı belirtilmekte ve bu durumun avukatlık sözleşmesinin *sui generis* yapısından ileri geldiği ileri sürülmektedir²⁰.

Elbette avukatlık sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesi ile büyük oranda örtüşür²¹. Ancak avukatlık sözleşmesi bazı yönleriyle de vekâlet sözleşmesinden ayrılır. Her şeyden önce avukatlık sözleşmesinin bir tarafında daima bir avukat bulunur. Hatta bu noktada avukatın tekel hakkından bahsedilebilir²². Oysa vekâlet sözleşmesi bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Bunun dışında avukatlık sözleşmesi kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²³. Zira avukatlık sözleşmesi ile avukat belli bir hukuki yardımda bulunma, iş sahibi de bunun karşılığında ücret ödeme borcu altına girer. Aksi açıkça kararlaştırılmadıkça avukatlık sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir²⁴. Hatta avukatlık asgarî ücret tarifesi altında vekâlet ücreti dahi kararlaştırılmaz (Avukatlık Kanunu md. 164 f. 4). Avukatın ücretsiz olarak hukuki yardımda bulunması ise istisnai bir durumdur. Ücretsiz dava alınması halinde, durumun baro yönetim kuruluna bildirilmesi gerekir (Avukatlık Kanunu md. 164 f. 4). Ancak vekâlet sözleşmesi bakımından durum böyle değildir; bedel, vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru olmayıp, ücretsiz vekâlet sözleşmesi yapılabilir. Bütün bunlar dikkate alındığında her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesi ile büyük oranda örtüşse de avukatlık sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olduğu söylenebilir.

Sui generis bir sözleşme olması dolayısıyla avukat ile iş sahibi arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkması halinde, taraflar arasındaki avukatlık sözleşmesine öncelikle Avukatlık Kanunu hükümleri uygulanır; Avukatlık Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde ise uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar

¹⁹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 1999, s. 151 vd.; BURCUOĞLU, Haluk: "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 49, 2003, s. 49; CİMBAR, s. 49 vd.

²⁰ CİMBAR, s. 50.

²¹ BURCUOĞLU, s. 49.

²² KARATEKE, s. 9; CİMBAR, s. 52.

²³ GÜNERGÖK, s. 128; GÖKYAYLA, s. 17; CİMBAR, s.

²⁴ KARATEKE, s. 32; CİMBAR, s. 51.

Kanunu'nun başta vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri olmak üzere eser ve hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri de uygulanabilir²⁵.

2. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN TEK TARAFLI SONA ERDİRİLMESİ: AZIL VE İSTİFA

Avukatlık sözleşmesinde güven duygusu özel bir öneme sahiptir; taraflar birbirine güvenmek ister; özellikle de iş sahibi, avukata güven duymak ister; iş sahibi hem avukatın kişiliğine hem de onun mesleki bilgisine ve yeteneklerine güven duyma ihtiyacı içindedir²⁶. Her ne kadar avukatlık sözleşmesinde güven, iş sahibinin avukata güven duyması şeklinde ortaya çıksa da avukat da azil hakkının iş sahibi tarafından haklı bir sebep olmaksızın kullanılmayacağına güvenmek ister²⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.09.2013 tarihli ve E. 2013/13-74 K. 2013/1367 sayılı kararında²⁸, diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelere oranla vekâlet sözleşmesinin çok daha sıkı bir şekilde karşılıklı güvene dayalı olduğu; taraflar arasında vekâlet sözleşmesinin bulunduğu hallerde karşılıklı güven unsurunun sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut olduğunun kabulü gerektiği zira vekâlet sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların birbirine güvenmesi gerektiği; taraflar arasındaki vekâlet sözleşmesinin, karşılıklı güven unsurunun sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut olduğunun bir göstergesi olduğu; vekâlet sözleşmesinin niteliği gereğince karşılıklı güven unsurunun sözleşmenin devamı boyunca varlığını koruması gerektiği; sözleşmenin kurulması aşamasında var olan güvenin sözleşme süresi içinde gerçekleşen olgular sebebiyle bir taraf yönünden haklı olarak zedelenmesi veya ortadan kalkması halinde, güven duygusu zedelenen tarafın sözleşmeyi her zaman sona erdirebileceği ve kanun hükümlerinin de bu yönde olduğu belirtilerek avukatlık sözleşmesinde güven unsurunun önemine vurgu yapılmaktadır.

Avukatlık sözleşmesinde güven duygusu özel bir öneme sahip olduğundan, güvenin sarsılması halinde taraflardan birlikte çalışmaya devam etmesi beklenemez. Güven duygusunun sarsılması avukatlık sözleşmesinde tek taraflı sona erdirme bakımından haklı sebep kabul edilir²⁹. Taraflardan birinin diğerine duyduğu güvenin sarsılması halinde, güven duygusu zedelenen taraf sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. İşte bu sebeple kanun koyucu güven duygusunun zedelenmesi halinde iş sahibine azil, avukata ise istifa hakkı tanımıştır³⁰.

²⁵ BURCUOĞLU, s. 49.

²⁶ GÖKYAYLA, s. 20.

²⁷ GÖKYAYLA, s. 22.

²⁸ www.legalbank.net, erişim tarihi: 26.08.2022.

²⁹ GÖKYAYLA, s. 74.

³⁰ GÜNERGÖK, s. 198; GÖKYAYLA, s. 24.

3. HAKSIZ AZİL

a. TANIMI

Haklı bir sebep olmaksızın iş sahibinin avukatı azletmesi halinde haksız azil söz konusu olur. Karateke'ye göre³¹, *“Avukatın haksız azli, avukatın kusur veya ihmaline dayanmayan tamamen iş sahibinin takdirinde olan nedenlerden kaynaklanan ya da iş sahibinin keyfi nedenleri ile gerçekleşen azildir”*.

b. ŞEKLİ

Azil, bozucu yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanıdır³². Azil, kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir³³. Yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Mutlaka açıkça azil ifadesinin kullanılmasına da gerek yoktur. İş sahibinin avukatı azli, zımni (örtülü) olabileceği gibi buna işaret eden, bu yönde kanaat oluşturan davranışlarla da olabilir³⁴. Önemli olan, sona erdirmeye iradesinin yeterince dışsallaşması ve anlaşılabilmesidir³⁵. İş sahibinin avukattan duruşmaya girmemesini istemesi yerine göre zımni azil olarak değerlendirilebilir³⁶. Bunun yanı sıra iş sahibinin avukattan icra takibine itiraz etmemesini veya ıslah işlemine karşı dilekçe vermemesini ya da keşfe iştirak etmemesini istemesi halinde de somut olayın koşullarına göre zımni azlin söz konusu olabileceği belirtilmektedir³⁷. Uyarılara rağmen masrafların ödenmemesi de haksız azil olarak kabul edilmektedir³⁸.

Yukarıda da belirtildiği üzere, avukatlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Avukatlık sözleşmesi ile avukat iş sahibinin yararına bir iş görme borcu altına girer; iş sahibi ise avukatın edimine karşılık ücret ödeme borcu altına girer³⁹. Ancak iş sahibinin borcu bundan ibaret değildir. Üstlendiği işi yapabilmesi için avukata vekâletname vermesi ve gerekli belgeleri avukata teslim etmesi de iş sahibinin sorumluluklarındandır. Avukata vekâletname vermemesi veya gerekli belgeleri avukata teslim etmemesi haklı bir sebep olmaksızın iş sahibinin avukatın kendisine sunacağı hukuki yardımı kabul etmemesi ve ifaya katılmaktan kaçınması olarak değerlendirilmektedir⁴⁰. Böyle bir durumda ifaya katılma külfetine aykırı hareket

³¹ KARATEKE, s. 130.

³² KARATEKE, s. 37; GÜNERGÖK, s. 224.

³³ GÖKYAYLA, s. 48.

³⁴ TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 622; GÖKYAYLA, s. 49.

³⁵ SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s.115.

³⁶ KARATEKE, s. 130.

³⁷ CİMBAR, s. 214.

³⁸ CİMBAR, s. 214.

³⁹ GÖKYAYLA, s. 15.

⁴⁰ CİMBAR, s. 242.

ederek, avukatın borcunu ifa etmesine engel olan iş sahibinin avukatı haksız olarak azlettiği söylenebilir. Bir görüşe göre⁴¹, böyle bir durumda avukatı azletmiş gibi iş sahibi avukata karşı sorumlu olur ve iş sahibinin avukata ücret ödeme yükümlülüğü gündeme gelir.

c. İSPAT YÜKÜ

Azil iradesinin haklı bir sebebe dayandığı hususunu ispat yükü iş sahibinin üzerindedir. Buna göre avukatın, azlin haksız olduğunu ispat etmesi gerekmez. Aksine azlin haklı bir sebebe dayandığını ileri sürüyorsa bu hususu iş sahibinin ispat etmesi gerekir. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 14.04.2014 tarihli ve E.2013/31659 K.2014/11499 sayılı kararında⁴², “... Azlin haklı olduğuna ilişkin davalı savunması dosya kapsamı itibariyle yasal delillerle ispat edilememiştir. Hal böyle olunca mahkemece azlin haklı sebebe dayanmadığı ve davacı avukatın verdiği hizmet nedeniyle Avukatlık kanununun 174. maddesine göre ücret talep edebileceği gözetilerek bu yönde yapılacak inceleme sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde delillerin takdirinde hataya düşülerek davanın reddine dair hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...” denmektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 01.07.2015 tarihli ve E. 2014/32872 K. 2015/22749 sayılı kararında⁴³, “... azil işleminin haklı nedene dayandığının kanıtlanması halinde müvekkil avukata vekâlet ücreti ödemekle yükümlü değildir...” ifadesi yer almaktadır. Bunun dışında Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 15.12.2015 tarihli ve E.2015/37608 K. 2015/36791 sayılı kararı⁴⁴ da aynı yöndedir. Buna göre azlin haklı sebebe dayandığının iş sahibi tarafından ispat edilemediği hallerde, haksız azil hükümlerine göre avukatlık ücreti takdir edilmelidir.

4. HÜKÜM VE SONUÇLARI

a. Avukatın Tam Ücrete Hak Kazanması

Haksız azil durumda Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. İlgili hükümde, “Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir” denmektedir. Buna göre haklı bir sebep olmaksızın azledilen avukat tam ücrete hak kazanır⁴⁵. Avukatlık ücreti, azil anı itibariyle muaccel olur⁴⁶.

⁴¹ CİMBAR, s. 90.

⁴² MISIR, Haşim: Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret (Soru-Cevap), 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2020, s.375.

⁴³ MISIR, s. 309.

⁴⁴ MISIR, s. 329 vd.

⁴⁵ GÖKYAYLA, s. 95.

⁴⁶ CİMBAR, s. 213.

Avukatlık ücretine ilişkin Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücreti" ke-
nar başlıklı 164. maddesinde,

"Avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eder.

Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz.

Avukatlık asgarî ücret tarifesi altında vekâlet ücreti kararlaştırılamaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir. Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır.

Dava sonunda, kararla tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez"

hükmü yer almaktadır.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere avukatın iki çeşit ücret alacağı bulunur. Bunlar, avukat ile iş sahibi arasındaki sözleşme ilişkisinden doğan avukatlık ücreti ile yargılama sonunda haklı çıkan taraf yararına tarife hükümlerine göre hükmedilen ve yargılama gideri niteliğinde olan avukatlık ücretidir. Her iki ücretin kaynağı farklı olup, uygulamada ve yargı kararlarında bunlardan ilkinde sözleşmeden doğduğu için akdi vekâlet ücreti, ikincisine ise kaynağını kanundan aldığı ve yargılama sonunda dava ya da takibin karşı tarafından tahsiline karar verildiği için yasal vekâlet ücreti ya da karşı taraf vekâlet ücreti denmektedir.

Haksiz azil halinde uygulanan Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrasında bahsi geçen ücret, iş sahibi ile avukat arasında kararlaştırılan akdi vekâlet ücreti ile yargılama gideri olarak mahkeme tarafından takdir edilen yasal (karşı taraf) vekâlet ücretidir⁴⁷. Haklı sebeple istifa eden avukat bakımından da aynı esas geçerlidir⁴⁸. Haklı azil halinde ise ancak azil tarihi itibarıyla sonuçlanıp, tamamlanmış işlerden dolayı vekâlet ücreti talep edile-

⁴⁷ CİMBAR, s. 216; KARATEKE, s. 131; GÜNERGÖK, s. 176; GÖKYAYLA, s. 94.

⁴⁸ GÖKYAYLA, s. 94.

bilir; azil tarihi itibariyle henüz tamamlanmamış işler nedeniyle vekâlet ücretine hak kazanılamaz⁴⁹.

Haksız azil halinde tamamlanmamış işler bakımından avukatın yargılama gideri olarak mahkeme tarafından takdir edilen yasal (karşı taraf) vekâlet ücretini iş sahibinden talep edemeyeceği hususu tartışmalı bir konuydu. Ancak yakın tarihli Yargıtay kararlarından bu tartışmanın sona erdiği, tamamlanmamış, kesinleşmemiş işler bakımından da avukatın yargılama gideri olarak mahkeme tarafından takdir edilen yasal (karşı taraf) vekâlet ücretini talep edebileceği anlaşılmaktadır. Örneğin Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 11.12.2019 tarihli ve E. 2016/22516 K. 2019/12393 sayılı kararında⁵⁰, avukatın haksız azli halinde, artık işe devam etme olanağı mevcut olmadığından, azil tarihi itibariyle muaccel olan vekâlet ücreti alacağını talep edebileceği, tahsil edilmemiş olsa dahi karşı vekâlet ücretine hak kazanacağı ifade edilmiştir. Yine Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 08.06.2020 tarihli ve E. 2017/1621 K. 2020/4347 sayılı kararında⁵¹, dosya hangi aşamada olursa olsun haksız azil halinde kesinleşmemiş işlerden de karşı vekâlet ücreti istenebileceği belirtilmiştir. Nihayet Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.02.2021 tarihli ve E. 2017/634 K. 2021/59 sayılı kararında⁵² da *"...avukatın kusur ve ihmaline dayalı olmaksızın yapılan haksız azil sonucunda, avukatın vekâlet ücretinin tamamı, dava lehe sonuçlanıp kesinleşmiş gibi, muaccel hâle gelir. Bu vekâlet ücreti akdi ve yasal (karşı taraf) vekâlet ücretinin toplamından oluşmaktadır... karşı taraf vekâlet ücretinin haksız azil ile birlikte muaccel olduğunun kabulü gerekir"* denmektedir.

Bir görüşe göre⁵³, haksız azil durumunda avukata ödenen ücret, kanundan doğan bir ceza koşuludur ve kural olarak indirilemez. Bu husus, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 04.08.1971 tarihli ve 51/2019 sayılı kararında⁵⁴ da açıkça belirtilmiştir. İlgili kararda, *"3499 sayılı Avukatlık Yasasınının 132. maddesi hükmünce avukata iş parasının tamamının verilmesi için avukatın azli veya azil edilmese bile işin bir başka avukata verilmesi gerektiği koşullanmıştır. Bu iki halden birinin gerçekleşmesinde, yasanın öngördüğü ceza koşulu, afaki iyiniyet kurallarına aykırılık sınırları aşılmamak kaydıyla uygulanır ve ceza koşulundan indirme yapılamaz"* denmektedir. Bunun dışında Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 27.05.2008 tarihli ve E. 2008/6473 K. 2008/9508 sayılı kararında⁵⁵da 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin yasal ceza

⁴⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 09.07.2015 gün ve E. 2014/32164 K. 2015/23709 sayılı kararı (MISIR, s.260-261, 466); Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 09.02.2017 tarihli ve E. 2015/34132 K. 2017/1559 sayılı kararı (MISIR, s. 246-247).

⁵⁰ www.legalbank.net, erişim tarihi: 26.08.2022.

⁵¹ www.legalbank.net, erişim tarihi: 26.08.2022.

⁵² www.legalbank.net, erişim tarihi: 26.08.2022.

⁵³ MÜDERRİSOĞLU, Feridun: Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, 1. Baskı, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1974, s. 139.

⁵⁴ TANDOĞAN, s. 625, dn. 74.

⁵⁵ MISIR, s. 104-105.

koşulu olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği ekonomik değeri olan bir edimdir⁵⁶. Ceza koşulunun en önemli işlevi, borçluyu ifaya zorlamak, böylece alacaklı ile borçlu arasında söz konusu olan asıl borcun ifasını teminat altına almaktır⁵⁷. Ceza koşulu, borçlu üzerinde psikolojik baskı oluşturarak borçluyu ifaya zorlar. Çünkü TBK md.180 f.1 uyarınca alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, cezanın ifası gerekir. Özellikle ceza miktarının yüksek olması halinde, borçlu asıl borcu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde daha ağır bir yükümlülükle karşılaşacağı için asıl borcu ifa etmeye çalışır.

Bir başka görüşe göre⁵⁸, Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası, tam tazminat karşılığı iş sahibine avukatlık sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirmeye imkânı tanır. Bu görüşe göre iş sahibi tam ücret ödeyerek avukatlık sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebilir. Burada ücret müspet zararı başka bir deyişle ifa menfaatini karşılar⁵⁹. Bu düzenleme eser sözleşmesinin sona ermesinde tazminat karşılığı feshi düzenleyen TBK md. 484 hükmüne benzetilebilir. TBK md. 484'te "*İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir*" denmektedir.

b. Ücret Hesabı

Taraflar arasında yazılı avukatlık ücret sözleşmesi bulunabilir ve akdi vekâlet ücreti taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda haksız azil halinde avukat sözleşmeyle kararlaştırılan akdi vekâlet ücretine hak kazanır.

Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Buradaki alt sınır, avukatlık asgari ücret tarifesinde belirtilen maktu miktardır⁶⁰.

⁵⁶ TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.6; KOCAAĞA, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2003, s.33-34.

⁵⁷ TUNÇOMAĞ, s.49; KOCAAĞA, s.42, 53.

⁵⁸ GÜNERGÖK, s. 174-175; KOCABAŞ, Gediz: "Avukatlık Sözleşmesinin Haksız Azil Yoluyla Sona Ermesinin Avukatlık Ücretine Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1-2, s. 287.

⁵⁹ TANDOĞAN, s. 633.

⁶⁰ AKGÜL, Salih: "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2018/4, s. 346.

Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır (Avukatlık Kanunu md. 164 f. 4).

Yargıtay'a göre avukatlık ücret hesabı yapılırken azil tarihi itibarıyla dava değeri dikkate alınır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 14.10.2019 tarihli ve E. 2019/2364 K. 2019/9890 sayılı kararında⁶¹ davacı avukatın ücret alacağı belirlenirken azil tarihindeki dava değeri esas alınarak avukatlık ücretinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Azil tarihi itibarıyla dava değeri ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.03.2021 tarihli ve E. 2018/(13) 3-940 ve K. 2021/350 sayılı kararında⁶² da belirtildiği üzere, azil tarihi itibarıyla davada harcı yatırılan değer başka bir deyişle harçlandırılmış dava değeridir. Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre, nasıl ki yargılama giderlerinden olan ve davada haksız çıkan taraf aleyhine hükmedilen karşı taraf vekâlet ücreti harcın yatırıldığı değer üzerinden belirlenmekte ise Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen ve yüzde on ile yüzde yirmi arasında takdir edilen akdi vekâlet ücretinin de davanın müddeabih başka bir deyişle davada harcın yatırıldığı değer üzerinden hesaplanması gerekir. İcra takiplerinde ise müddeabih olarak takip açılış tutarı dikkate alınır⁶³. Yargılama giderlerinden olan karşı vekâlet ücreti ise azil tarihi itibarıyla geçerli olan avukatlık asgari ücret tarifesine göre hesaplanır.

Konuyu somut bir örnek üzerinden açıklığa kavuşturalım. Taraflar arasında yazılı avukatlık ücret sözleşmesinin bulunmadığını, davacı avukatın 20.08.2017 tarihi itibarıyla azledildiğini, azilden önce davacı avukatın davalı iş sahibi adına Antalya ... İcra Dairesinin E. 2015/... sayılı icra dosyasını (takip açılış tutarı: 93.300,00 TL), Antalya ... Asliye Hukuk Mahkemesinin E. 2016/... sayılı dava dosyasını (dava değeri: 50.000,00 TL) ve Antalya ... Asliye Ticaret Mahkemesinin E. 2017/... sayılı dava dosyasını (dava değeri: 500.000,00 TL) takip ettiğini, davacı avukat tarafından takip edilen bu dosyaların derdest olduğunu ve değeri para ile ölçülebilen işlerden olduğunu varsayalım.

Azil tarihi itibarıyla yürürlükte olan 2017 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre yargı yerleri ile icra ve iflas dairelerinde yapılan ve konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki yardımlara ödenecek ücret aşağıdaki tabloda belirtildiği gibi hesaplanır.

⁶¹ www.legalbank.net, erişim tarihi: 26.08.2022.

⁶² www.legalbank.net, erişim tarihi: 26.08.2022.

⁶³ EGEMEN, Erhan / AŞIK, Ahmet Can: Uygulamada Avukatlık Ücreti, Uygulamadan Örnekler, Bilirkişi Raporları, Yargıtay Kararları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 153, s. 215.

İlk 35.000,00 TL için	%12
Sonra gelen 45.000,00 TL için	% 11
Sonra gelen 80.000,00 TL için	% 8
Sonra gelen 240.000,00 TL için	% 6
Sonra gelen 600.000,00 TL için	% 4
Sonra gelen 750.000,00 TL için	% 3
Sonra gelen 1.250.000,00 TL için	% 1,5
3.000.000,00 TL'den yukarısı için	% 1

Şu durumda davalı iş sahibinin davacı avukatı azlinin haksız azil olarak nitelendirilmesi halinde, davacı avukat yararına hükmedilebilecek dava değerinin yüzde onu ve yüzde yirmisine göre hesap edilen akdi avukatlık ücreti ile 2017 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hesap edilen karşı taraf (yasal) vekâlet ücreti aşağıdaki tabloda gösterildiği gibi olmaktadır.

Dosya	Müddeabih takip açılış tutarı/harçlandırılmış dava değeri	Akdi Vekâlet Ücreti (%10)	Akdi Vekâlet Ücreti (%20)	2017 AAÜT
Antalya ... İcra Dairesi E.2015/...	93.300,00 TL	9.330,00 TL	18.660,00 TL	10.214,00 TL 35.000x0,12=4.200,00TL 45.000x0,11=4.950,00TL 13.300x0,08=1.064,00 TL
Antalya ... Asliye Hukuk Mahkemesi E.2016/...	50.000,00 TL	5.000,00 TL	10.000,00 TL	5.850,00 TL 35.000x0,12=4.200,00 TL 15.000x0,11=1.650,00TL
Antalya ... Asliye Ticaret Mahkemesi E.2017/...	500.000,00 TL	50.000,00 TL	100.000,00TL	33.950,00 TL 35.000x0,12=4.200,00TL 45.000x0,11=4.950,00TL 80.000x0,08=6.400,00 TL 240.000x0,06=14.400,00 TL 100.000x0,04=4.000,00 TL

Değnilmesi gereken bir diğler husus, avukatın azlinden sonra dava değnerinin artırılmasıdır. Gerçekten de avukatın azlinden sonra dava ıslah edilmiş ve dava değneri değnişmiş olabilir. Böyle bir durumda Yargıtay'a göre yine azil tarihi itibariyle dava değneri esas alınır, azilden sonra ıslah edilen miktar üzerinden avukatlık ücreti belirlenemez. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 16.12.2019 tarihli ve E. 2016/30638 K. 2019/12632 sayılı kararında⁶⁴, azil tarihi itibariyle dava değneri üzerinden avukatlık ücretinin hesaplanması gerektiğı, azil tarihi itibariyle henüz davanın ıslah edilmediğı, bu nedenle azilden sonra ıslah edilen miktar üzerinden hüküm kurulmasının usul ve esasa aykırı olduğı belirtilmiştir.

Haksız azil halinde avukatlık ücret hesabının bu şekilde yapılması bazen hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Özellikle belirsiz alacak davası olarak açılan davalarda durum böyledir. Avukat tarafından üstlenilen hukuki yardımın belirsiz alacak davası niteliğinde olması ve dava değnerinin artırılmasından önce avukatın haksız azli halinde, harçlandırılmış cüzi dava değneri üzerinden avukatlık ücreti hesabı hükmün amacına başka bir deyişle kanunun özüne aykırıdır. Bölünebilir bir edimin bir kısmının talep konusu haline getirilerek kısmi dava açılması bir tercih olabilir ancak belirsiz alacak davası açmak bir tercih değil, bir zorunluluktur. Zira HMK md. 107 f. 1 hükmü uyarınca, belirsiz alacak davası, yalnızca davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değnerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin alacaklıdan beklenemeyeceğı veya bunun imkânsız olduğı hâllerde açılabilir. Bu durum dikkate alındığında, avukat tarafından üstlenilen hukuki yardımın belirsiz alacak davası niteliğinde olduğı ve dava değnerinin artırılmasından önce avukatın haksız olarak azledildiğı hallerde, avukatlık ücretinin azil tarihi itibariyle harçlandırılmış dava değneri üzerinden değil de azilden sonra ıslah edilen miktar üzerinden hesaplanmasının hakkaniyete uygun düştüğü kanaatine ulaşılmaktadır. Aksi takdirde haksız azil halinde uygulama alanı bulan Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası işlevini yitirir ve belirsiz alacak davaları bakımından avukatın haksız azli kolaylaştırılmış hatta teşvik edilmiş olur.

SONUÇ

Haklı bir sebep olmaksızın iş sahibinin avukatı azletmesi halinde haksız azil söz konusu olur. Haksız azil durumda Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. Bu düzenlemede, "Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir" denmektedir. Burada bahsi geçen ücret, iş sahibi ile avukat arasında kararlaştırılan akdi vekâlet ücreti ile yargılama gideri olarak mahkeme tarafından takdir edilen karşı vekâlet ücretidir. Buna göre haklı bir sebep olmaksızın azledilen avukat tam ücrete hak kazanır. Avukatlık ücreti azil anı itibariyle muaccel olur.

⁶⁴ www.legalbank.net, erişim tarihi: 26.08.2022.

Taraflar arasında yazılı avukatlık ücret sözleşmesi bulunabilir ve akdi vekâlet ücreti taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda haksız azil halinde avukat sözleşmeyle kararlaştırılan akdi vekâlet ücretine hak kazanır.

Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde ise Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 4. fıkrası uygulanır. Buna göre değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir; değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır. Yargıtay'a göre bu noktada, azil tarihi itibariyle dava değeri esas alınır. Azil tarihi itibariyle dava değeri ise azil tarihi itibariyle davada harcı yatırılan değer başka bir deyişle harçlandırılmış dava değeridir. İcra takiplerinde ise müddeabih olarak takip açılış tutarı dikkate alınır. Yargılama giderlerinden olan karşı vekâlet ücreti ise azil tarihi itibariyle geçerli olan avukatlık asgari ücret tarifesine göre hesaplanır.

Avukatın azlinden sonra dava ıslah edilmiş, dava değeri değişmiş olabilir. Böyle bir durumda Yargıtay'a göre yine azil tarihi itibariyle dava değeri esas alınır, azilden sonra ıslah edilen miktar üzerinden avukatlık ücreti belirlenemez. Haksız azil halinde avukatlık ücret hesabının bu şekilde yapılması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Belirsiz alacak davası olarak açılan davalarda durum böyledir. Kanaatimizce, avukat tarafından üstlenilen hukuکی yardımın belirsiz alacak davası niteliğinde olduğu ve dava değerinin artırılmasından önce avukatın haksız olarak azledildiği hallerde, avukatlık ücretinin azil tarihi itibariyle harçlandırılmış cüzi dava değeri üzerinden değil de azilden sonra ıslah edilen miktar üzerinden hesaplanmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKGÜL, Salih: “Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2018/4, s. 341-364.
- AKSU, Raziye: “Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 27, Temmuz 2016, s. 861-890.
- BURCUOĞLU, Haluk: “Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 49, 2003, s. 49-82.
- CİMBAR, Ferhat: Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- EGEMEN, Erhan / AŞIK, Ahmet Can: Uygulamada Avukatlık Ücreti, Uygulamadan Örnekler, Bilirkişi Raporları, Yargıtay Kararları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- GÖKYAYLA, K. Emre: Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- GÜNERGÖK, Özcan: Avukatlık Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- KARATEKE, Songül: Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- KOCAĞA, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- KOCABAŞ, Gediz: “Avukatlık Sözleşmesinin Haksız Azil Yoluyla Sona Ermesinin Avukatlık Ücretine Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1-2, 2009, 279-293.
- MISIR, Haşim: Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret (Soru-Cevap), 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2020.
- MÜDERRİSOĞLU, Feridun: Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, 1. Baskı, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1974.
- SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 1999.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

SOLARIS'IN İŞİĞİNDA ÖZEL LİMAN İŞLETMELERİNİN TAKDİR YETKİSİ

Banu BOZKURT¹

▪ NEDEN SOLARIS?

3 NİSAN 2022 FT HABERİ: Londra merkezli Bodrum liman işletmecisi SOLARIS isimli Roman oligark Abramoviç'e ait olduğu iddia edilen mega yatın limana yanaşarak liman hizmetlerinden faydalandırmasının İngiltere'nin yaptırımlarına aykırılık oluşturmadığını; zira geminin Türk karasularına demirlemiş olduğunu; Türk hukuku açısından gemiye liman hizmeti vermeyi reddedemeyeceğini iddia etmiş.

Konuya dair üstatlar arasında 2 farklı görüş: Dr. Kerem ERTAN – Liman işletmecisi Türk hukuku uyarınca birçok durumda liman hizmeti vermeyi reddedemez; burada Türk ve İngiliz hukuk kurallarını çiğneyip çiğnememe ve bunların sonuçları konusunda bir “mukayese” yapması gerekiyordu

Cem KASPI – Herhangi bir gemiye liman hizmeti verip vermemek tamamen liman işletmesinin takdir yetkisinde olup bu hususta Türk ve İngiliz hukukları arasında bir tezat bulunmamaktadır

SORU: GEMİYE HİZMET VERİP VERMEMEK KONUSUNDA LİMAN İŞLETMESİNİN TAKDİR YETKİSİ MEVCUT MUDUR?

▪ LİMAN İŞLETMELERİNE DAİR TEMEL DÜZENLEME – LİMANLAR KANUNU

Tüm gemi ve deniz araçları bu kanuna tabi

Kanunun uygulanması için yönetmelik çıkartılır

Her türlü can ve mal güvenlik tedbirlerini liman başkanlığı almaya yetkili

▪ İKİNCİ TEMEL HUKUKİ KAYNAK – LİMANLAR KANUNU KAPSAMINDA ÇIKARILAN LİMAN İŞLETMELERİ YÖNETMELİĞİ:

Amaç kıyı tesislerine her türlü yanaşma – demirleme – ayrılmada uygulanacak kuralların getirilmesi

İdari sahadaki her türlü güvenlik, emniyet ve disiplini sağlamak

¹ Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, bbbozabali@gmail.com.

YÖNETMELİĞİN DÜZENLEME KAPSAMI : Liman başkanlıkları ile kıyı tesisleri + gemi ve deniz araçlarının birbirlerine karşı görev, yetki ve sorumluluklarını düzenliyor. Liman idari sahasındaki tüm gemiler Yönetmelik kapsamında kabul ediliyor.

Yönetmelik Madde 4 Tanımlar: Kıyı Tesisi – konuyla ilgili olarak – “*liman, kruvaziyer liman, yat limanı, yolcu terminali, rıhtım, iskele, yanaşma yeri,*” benzeri yapılar

Kıyı Tesisi İlgilisi – İdareden izin alarak bunu işleten kişiler

Yönetmelik Madde 8 – “*liman idari sahasında seyreden, kıyı tesisinde bulunan veya demirde bekleyen gemi ve deniz aracı ile kıyı tesisi ilgilileri ve diğer ilgililer*”; güvenlik ve emniyete dair Liman Başkanlığının talimatlarına uymak zorunda + her türlü tedbiri almaya Liman Başkanlığı yetkili + Kıyı Tesisi İşleticisinin hizmet sınırını Başkanlığın direktifleri + Yönetmelik başta diğer mevzuat hükümleri oluşturuyor

Yönetmelik Madde 9 – Liman sahasına gelen gemi Liman Başkanlığına bildirimde bulunmakla yükümlü

Yönetmelik Madde 10 - Limana yanaşmak ve demirlemek için Liman Başkanlığından ordino almakla yükümlülüler

Yönetmelik Madde 11 – Limandan ayrılırken de Liman Başkanlığından çıkış belgesi almak gerek

Yönetmelik Beşinci Bölüm – Disiplin Ve Düzen : Ayrılma Yükümlülüğü – İşi bitince ayrılacak

Yönetmelik Madde 38 – Liman idari sahasındaki gemiyi Liman Başkanı denetleme yetkisine sahip (BAYRAK FARK ETMEKSİZİN!!!)

Yönetmelik Madde 39 - Liman idari sahasında bulunan gemi, deniz araçları, kıyı tesisleri ve diğer tüm ilgililer bu Yönetmelik ve seyir, can, mal, çevre güvenliği ve emniyetini temin etmeye yönelik diğer mevzuatın gereklerini yerine getirmezse Liman Başkanlığı idari cezalar verme yetkisine sahip

▪ DENİZ TURİZM YÖNETMELİĞİ

Tanımlar: Deniz Turizm Araçları: Deniz turizminde kullanılan denize elverişlilik belgesine sahip hem özel hem de ticari yat, tekne.

Deniz Turizm Tesisi: Münhasıran deniz turizmi araçlarına hizmet veren liman, çekek yeri rıhtım v.s.

▪ ÖZEL LİMAN İŞLETMELERİNİN İŞLETME YÖNETMELİĞİ

Bağlama anlaşması ve bu anlaşmanın içeriği ile liman tesisinin vereceği hizmet ile hizmet alanın uyması gereken kurallara dair örnek vermek için birtakım özel liman işletmelerinin işletme yönetmeliğine de burada fikir vermesi açısından yer vermenin uygun olacağını düşünmekteyim.

Bu kapsamda Viaport Marina İşletme Yönetmeliğine bakarsak ilk olarak herkes liman güvenlik sahasına giremez; bunun için liman işletmesinin izin niteliğinde kart vermesi gerek.

Ayrıca marina hizmetlerinden faydalanmak için mutlaka sözleşme yapmak gerek ve bu sözleşmenin marinaya girer girmez yapılması gerek

Yat dışındaki deniz aracının liman sahasına girişine marina müdürlüğü izin verebilir

Bir diğer düzenleme Teos Aş Marina İşletme Yönetmeliği ki bunda da Viaport ile paralel hükümler mevcut

Burada somut olayımıza konu olan Bodrum Marina İşletmesinin internet sayfası yapım aşamasında çıkmakta olup; açıkçası bu marinanın işletme yönetmeliğinin olup olmadığına veya varsa da içeriğine ben ulaşamadım

▪ PEKİ LİMAN/MARİNA İŞLETMESİNİN VERDİĞİ HİZMET KAMU HİZMETİ MİDİR?

Kanımca hayır – İdari denetime tabi bir özel hukuk hizmeti – Liman İşletmesi özel işletme – Özelleştirme veya Yap-İşlet-Devret modeli benimsenmiş bir hizmet türü.

Liman İşletmecisi İle Gemi Sahibi Arasındaki İlişki: Kilit hüküm Deniz Turizm Yönetmeliği Madde 18 – Deniz Turizm Tesisi ile Turizm Aracı arasında Bağlama Anlaşması yapılması zorunlu. Daha açık bvir ifadeyle arada bir hizmet sözleşmesi yapılmakla bunu bir hizmet ilişkisi olarak değerlendirmek gerek

▪ LİMAN İŞLETMECİSİ BU İLİŞKİYİ KURMAK ZORUNDA MIDIR?

Diğer bir ifadeyle işletmenin bu hususta takdir yetkisi var mıdır? Buna Deniz Turizm Yönetmeliğinin 17. Maddesi kanımca düzenleme getirerek İşletmenin + İşletmedeki Diğer Deniz Araçlarının + İşletmedeki Gerçek Kişilerin güvenliğini tehdit eden ve işletmenin kurallarına uymayan deniz araçlarının tesis dışına çıkarılabileceğini hüküm altına aldığına göre buradan yola çıkarak Liman İşletmesinin burada takdir yetkisinin olduğu kanımca söylenebilir.

Ayrıca Liman İşletmesi ile Deniz Aracı Sahibi arasındaki ilişkiyi bir özel hukuk ilişkisi ve hizmet sözleşmesi olarak değerlendirmiş olduğumuzdan hareketle de Liman/Marina İşletmesinin, Liman Müdürlüğü tarafından ordino verilmiş bir özel yat ile mutlaka hizmet sözleşmesi yapma zorunluluğu olmadığını; bunun tamamen Liman/Marina İşletmesinin takdir yetkisinde olduğu kanaatindeyim.

Burada bu takdir yetkisinin yegane sınırını söz konusu Deniz Aracının seyrüsefer güvenliği oluşturmakla, Araç ve aracın içerisindeki kişilerin can ve mal güvenliği tehlikede ise, Liman/Marina İşletmesinin bu hizmeti, işbu tehlike sona erene kadar vermekle yükümlü olduğu; ancak tehlike sona erdikten sonra bu hizmeti vermekle olmadığı kanaatimce kabul edilmelidir.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA BAĞLAMA NOKTASI OLARAK MÜLTECİLERİN MUTAD MESKENİ

Ranegül CAMIZ

GİRİŞ

Mutad mesken kavramı, son yıllarda bir bağlama noktası olarak sıklıkla kullanılsa da, tanımı üzerinde bir mutabakata varılabilmemiş değildir. Milli hukuk bağlama noktası yerine mutad mesken kavramının tercihi, mülteciler bakımından onların vatandaşlıklarının belirlenmesinin kolay olmaması veya vatandaşlık bağlama noktasının onlar için her durumda adaletli sonuçlar yaratmamasının bir sonucudur. Zira bir mültecinin vatandaşlığı belirlenebilse dahi, onun şahsî statüsünü zulüm korkusu ile terk ettiği ülkenin hukukuna tâbi kılmaya devam etmek hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Nitekim MÖHUK m. 4/1-a hükmüne göre uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği hallerde vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Benzer şekilde Türkiye'nin de taraf olduğu 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'nde mültecinin şahsî statüsünün ikametgâhı memleketinin kanununa, ikametgâhı yoksa bulunduğu memleketin kanununa tabi olacağı düzenlenmiştir (m. 12/1). Doktrinde Sözleşme'de kullanılan ikametgâh kavramının, mutad mesken kavramına karşılık geldiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.

Çalışmada mültecilerin mutad meskenlerinin neresi olduğu sorusuna cevap aranmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede çalışmada öncelikle mutad mesken kavramının anlamına ve bağlama noktası olarak mutad meskenin tercih edilmesinin ardında yatan sebeplere yer verilmiştir. Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesine koymuş olduğu coğrafi sınırlama sebebiyle sadece Avrupa'dan gelen kişiler mülteci olarak kabul edilmişlerdir. Çalışmada, YUKK'ta yer alan ve mültecilerle benzer özellikler taşıyan şartlı mülteciler, ikincil koruma sahipleri, geçici koruma sahipleri ve uluslararası koruma başvuru sahiplerinin mutad meskeninin tespiti konusu da ele alınmıştır. Zira esasen Türkiye'de bu ikinci gruba mensup kişilerin sayısı, mültecilik statüsü verilmiş kişilerin sayısından çok daha fazladır. Bu nedenle çalışmada öncelikle MÖHUK m. 4/1-a hükmünde yer alan mülteci ifadesinin bu kişi gruplarını kapsayacak şekilde yorumlanmasının mümkün olup olmadığı doktrinde yer alan görüşler çerçevesinde incelenmiştir.

Mutad mesken kavramının tanımı, kişinin hayat ilişkilerinin merkezi esas alınarak yapılır. Ancak mültecilerin içinde buldukları yaşam koşulları onların mutad meskenlerinin tespitinin yapılabilmesini zorlaştırır. Örneğin; mutad meskenin bir unsuru olarak kabul edilen oturma devamlılığının tespiti meselesi mülteciler için oldukça zordur. Zira mutad meskenin bağlama noktası olarak kullanıldığı anda, mülteci mültecilik statüsünü aldığı ülkede kısa bir süreden beri kalıyor olabilir ve söz konusu kalışın daha ne kadar süreceğinin söylenebilmesi de zordur. Ayrıca mültecilere sadece belirli süreler için verilen ikamet izni de oturma devamlılığı hususunda sorunlara yol açabilir. Dolayısıyla oturma unsurunun tespitinde aranan oturma kaydına değer bir süre devam etmesi şartı mülteciler bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. Yine mutad meskenin tespitinde kullanılan kriterlerden olan oturma niyetinin, mültecilik özelinde incelenmesi önem arz eder. Zira mülteciler, zorunlu sebeplerin varlığı nedeniyle menşe ülkelerinden ayrılmış kişilerdir. Bu kişilerin iltica ettikleri ülkede kalma niyetinde olup olmadıklarının en büyük emaresi onların ev sahibi ülke ile sosyal uyumlarının gerçekleşmesidir. Bu kapsamda mültecilerin hayat ilişkilerinin merkezinin tespitinde sosyal entegrasyonun gerçekleşip gerçekleşmediği meselesi ele alınması gereken bir diğer sorundur.

I. BAĞLAMA NOKTASI OLARAK MUTAD MESKEN

A. GENEL OLARAK

Mutad mesken (habitual residence - gewöhnliche Aufenthalt) kavramı, son yıllarda ulusal ve uluslararası düzenlemelerde bir bağlama noktası olarak sıklıkla kullanılmaya başlanmıştır. İngiliz Hukukçu Jean-Pierre Warner, mutad meskeni bir file benzeterek onu tanımak, tanımlamaktan daha kolaydır ifadesini kullanmaktadır. Gerçekten de gerek milletlerarası düzenlemelerde gerekse iç hukuk düzenlemelerinde kavramın tanımına yer verilmemiştir. Ayrıca doktrin ve mahkeme içtihatlarında da mutad mesken kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda bir görüş birliği yoktur.

Mutad mesken genel olarak doktrinde “kişinin fiilen oturduğu yer”, kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer”, “kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olan yer” olarak tanımlanmaktadır. Hukukî bir kavramı ifade etmeyen mutad mesken, fiilî ve gerçek durumu yansıtır. Türk hukukunda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK) 13. maddesinin gerekçesinde ikametgâhın hukukî bir kavram olduğu, çoğu zaman gerçek durumu yansıtmadığı ve mutad meskenin fiilî ikametgâh olarak ikametgâh kavramının yerini aldığı belirtilmektedir.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 20. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre, mutad mesken kişinin belirli bir süre yaşadığı yerdir. Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 4. maddesinin 2. fıkrasına

göre, bu kanun bakımından kaydedilmese veya bağımsız bir ikametgâha sahip olmasa veya ikamet izni bulunmasa dahi, bir gerçek kişinin esas ikamet ettiği yer onun mutad meskenidir.

B. BAĞLAMA NOKTASI OLARAK MUTAD MESKENİN TERCİH SEBEPLERİ

İkametgâh veya milli hukuk, bağlama noktası olarak yetersiz kalabilmekte veya birtakım sakıncaları beraberinde getirmektedir. Oysa mutad mesken, milli hukuk ve ikametgâh esasına dayalı bağlanma noktalarının gösteremediği esnekliği sağlar. Öncelikle mutad meskenin ikametgâha tercih edilmesi, ikametgâh kavramının yol açtığı vasıflandırma sorunlarını önemli ölçüde azaltır. Aynı şekilde ikametgâh çoğu zaman fiilî ve gerçek durumu yansıtmaz.

Bağlama noktası olarak milli hukuk başka bir deyişle vatandaşlık, özellikle vatansızlar için ve mültecilerin vatandaşlığının belirlenmesindeki sorunlar nedeniyle yetersiz kalır. Zira mültecilerin çoğunlukla vatansız olduğu ya da vatandaşlıklarının tespitinin güçlüğü düşünüldüğünde, bu kişiler açısından bağlama noktası olarak milli hukukun tercih edilmesi sorunların doğmasına yol açabilir. Yine vatandaşlık bağlama noktası her durumda adaleli sonuçlar yaratmayabilir. Nitekim mülteciler bir ülkenin vatandaşlığını taşıyor olsalar dahi o ülkenin korumasından yararlanamıyor ya da yararlanmak istemiyor olabilirler. Bu nedenle mutad mesken, milli hukuka alternatif bir bağlama noktası olarak tercih edilmektedir.

C. MÜLTECİLERİN ŞAHSİ STATÜSÜ OLARAK MUTAD MESKEN

Kural olarak aile hukuku ve şahsın hukuku meselelerinde uygulanacak hukuk olarak milli hukuk esas alınır. Türk hukukunda MÖHUK m. 4'e göre "Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe;

a) Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanır."

28 Temmuz 1951 tarihinde Cenevre'de imzalanan Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme (Cenevre Sözleşmesi), taraf devletlere ülkelerinde bulunan mültecilere çalışma, dinî eğitim, menkul ve gayrimenkul edinme, sosyal yardım, ikamet ve seyahat gibi pek çok konuda kolaylıklar sağlama yükümlülüğü getiren, Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanmış uluslararası bir sözleşmedir. Türkiye de bu sözleşmeye taraf devletlerden biridir. Sözleşmeye tâbi olan mülteciler bakımından şahsî statüye ilişkin 12. maddede özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre mültecinin şahsî statüsü ikametgâhı (domicile - wohnsitz) hukukuna, ikametgâhının bulunmadığı hallerde mültecinin bulunduğu (residence - aufenthaltsland) ülke hukukuna tâbi kı-

lınmıştır. Böylece mültecinin zulüm korkusu nedeniyle terk ettiği ülkenin hukukuna tâbi olmasının önüne geçilmiştir. Sözleşme mültecinin ikamet ettiği veya bulunduğu ülke ile yakın bağlantı içerisinde bulunduğu kabulünden hareket etmektedir.

II. MÜLTECİ KAVRAMININ KAPSAMI

Mültecilerin mutad meskeninin tespitinde izlenmesi gereken yola geçmeden evvel MÖHUK'ta yer alan mülteci kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır. Genel olarak, mülteci (refugee - flüchtlinge) ırkı, dini, vatandaşlığı, belirli bir toplumsal gruba aidiyeti veya siyâsî düşünceleri yüzünden zulme uğrayacağından haklı olarak korkması nedeniyle ülkesini terk eden veya terke zorlanan ya da bu sebeplerden ötürü ülkesine dönemeyen kişidir. Burada söz konusu olan ve kişinin dönemediği ülke, kişinin vatandaşlığını taşıdığı ülke olabileceği gibi eğer kişi vatansızsa, ikamet ettiği ülke de olabilir.

Yukarıda yer verdiğimiz Cenevre Sözleşmesi âkit devletlere mülteci tanımını bakımından coğrafi sınırlama koyma hakkı tanımaktadır. Türkiye de bu coğrafi sınırlama hakkını kullanan ülkelerden birisidir. Bu sınırlama nedeniyle hukukumuzda sadece Avrupa'dan gelen kişiler mülteci olarak kabul edilirler. Nitekim 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nu (YUKK) m. 61'e göre de, "Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyâsî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir."

Görüldüğü üzere YUKK'ta "Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle" ifadesi kullanılarak mülteci tanımı bakımından coğrafi bir sınırlama getirilmiştir. Oysa Türkiye'ye uluslararası koruma talebi ile gelen yabancıların büyük çoğunluğu Avrupa dışındaki ülkelere gelmektedir. Buna istinaden YUKK m. 62'de şartlı mültecilik kavramı öngörülerek Avrupa dışındaki ülkelere gelen kişiler açısından da uluslararası koruma imkânı sağlanmıştır. Buna göre, "Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyâsî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dön-

mek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye’de kalmasına izin verilir.”

Türk hukukundan uluslararası koruma kapsamında verilen üçüncü statü ise ikincil koruma statüsüdür. İkincil koruma uluslararası hukuktaki “tamamlayıcı koruma”nın iç hukukumuzdaki görünümüdür. Bu koruma biçimi Cenevre Sözleşmesi kapsamına girmeyen yabancılar bakımından söz konusu olmakta ve geri göndermeye karşı koruma sağlamaktadır. YUKK m. 63’e göre; “Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.”

Burada son olarak değinmek istediğimiz konu ise geçici koruma statüsü sahiplerinin durumudur. Her ne kadar uluslararası koruma kapsamında sayılmamış olsa da YUKK’ta geçici korumaya da yer verilmiştir. Doktrinde geçici koruma statüsü sahiplerinin de uluslararası koruma kapsamında mütalaa edilebileceği savunulmaktadır. YUKK m. 91’e göre ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir. Yine bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılara da geçici koruma sağlanabilir. Geçici koruma özellikle ev sahibi ülkenin mevcut sığınma sisteminin bu durum karşısında yetersiz kalması halinde, bu kişilere acil ve geçici bir koruma sağlamak amacıyla geliştirilen istisnaî bir prosedürdür. Doktrinde bir görüşe göre korumanın kitlesel olarak verilmesi geçici korumayı uluslararası korumanın dışında bırakarak ona geçici bir tedbir niteliği verir.

Doktrinde, kanunda uluslararası koruma tanımına dahil edilmemiş olsalar dahi mevzuatımızda bazı haklar tanınan uluslararası koruma başvuru sahiplerinin de en azından, başvuruları sonuçlandırılıncaya kadar uluslararası koruma kapsamında değerlendirilebilecekleri görüşü mevcuttur.

Tüm bu bilgilerden sonra kanaatimizce hem Cenevre Sözleşmesi’nde mültecilerin şahsî statüsü özel olarak düzenlendiğinden hem de az evvel saydığımız kişi grupları bakımından açık bir düzenleme bulunmaması hasebiyle MÖHUK m. 4/1-a’daki mülteci ifadesinin geniş yorumlanması gerekir. Bu yorum Türkiye’ye uluslararası koruma talebi ile gelenlerin sayısının mül-

tecilik statüsü alabilecek kişilerin sayısına oranı düşünüldüğünde maddenin uygulanma kabiliyeti açısından da önemlidir. Kanaatimizce burada mülteci kavramından uluslararası koruma kapsamında bulunan şartlı mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahipleri ile geçici koruma kapsamındakileri anlamak gerekir. Yine uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişi olarak tanımlanan başvuru sahibi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu kabul Cenevre Sözleşmesi ile de uyum sağlar. Nitekim Yargıtay da Türkiye tarafından kendisine mülteci statüsü verilmemiş kişilerin MÖHUK m. 4/1-a kapsamında olduğunu kabul etmektedir. Saymış olduğumuz nedenlerden ötürü mülteci ifadesi çalışma konumuz bakımından uluslararası koruma altındaki kişiler ile başvuru sahiplerine de teşmil edilmelidir.

III. MÜLTECİLERİN MUTAD MESKENİNİN TESPİTİ

A. GENEL OLARAK

Mültecilerin mutad meskeninin tespiti de esasen mutad meskenin tespitinde kullanılan kriterlerden hareketle yapılır. Ancak bu tespit esnasında mültecilerin içinde buldukları özel yaşam koşulları mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Bu tespit ise onların yaşam koşulları göz önüne alındığında hiç de kolay olmaz.

B. FİZİKİ BULUNMA

Mültecilerin mutad meskeninin tespitinde ilk olarak değinilmesi gereken husus fiziki bulunmadır. Yeni bir mutad mesken tesisi için öncelikle aranması gereken, kişinin o yerde fiziken bulunmasıdır. Başka bir deyişle fiilî oturma gerekir. Hatta hukuka aykırı olarak bir ülkede bulunan kişinin dahi o yerde mutad meskene sahip olabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle kişinin bir ülkede sürekli veya en azından belirsiz bir süre kalma niyetinde olması, tek başına yeterli değildir. Bir örnek vermek gerekirse halihazırda kendisi Türkiye’de eşi ise Almanya’da bulunan bir mülteci Ankara’daki Alman Konsoloslughuna aile birleşimi başvurusu yaptığında, başvurusu kabul edilip kendisi bizzat Almanya’ya gidene kadar Almanya’da mutad mesken tesis edemez. Kişinin salt bu niyeti taşıyor olması onun mutad meskeninin Almanya olduğunun kabulü için yeterli değildir. Kişinin geçmişte herhangi bir zamanda Almanya’da fiziki olarak bulunmuş olması da sonucu değiştirmez.

Gelecekte başka bir yere yerleşme niyetinin mutad mesken değişikliğine yol açtığı kabul edilmesi, milletlerarası özel hukukta taraf iradesine getirilen sınırlamaların aşılması sonucunu doğurur. Ayrıca kişinin başka bir yere yerleşme niyetinin mutad mesken değişikliğine yol açtığı kabulü, kişinin halihazırda bulunduğu yerde sosyal bütünleşmesi sağlanmış olsa bile mutad meskeninin bu yerde kurulmasını engeller. Bu endişelerin giderilmesi ama-

ciyla mutad mesken tesisinde fiziki bulunma şartı aranmaktadır. Bununla beraber mutad meskenden kısa bir süreliğine veya geçici olarak ayrıldığı hallerde mutad meskenin sona ermeyeceği görüşü de doktrinde ileri sürülmektedir.

C. KİŞİNİN HAYAT İLİŞKİLERİNİN MERKEZİ OLARAK MUTAD MESKEN

1. Oturmanın Devamlılığı ve Sosyal Uyum

Mutad mesken kişinin hayat ilişkilerinin merkezini teşkil eden yerdir. Başka bir deyişle mutad meskenin varlığı için kişinin yaşam ilişkilerini orada yoğunlaştırması gerekir. Bir yerde oturmanın ne zaman mutad hale geleceği hususunda bir görüş birliği yoktur. Bir yerin kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olabilmesi için kişinin o yer ile entegrasyonunun gerçekleşmesi gerekir. Sosyal bütünleşmenin gerçekleşmesinde hem oturmanın devamlılığı hem de oturma niyeti önemlidir.

Mutad meskenin tespitinde süre tek başına bir ölçüt olmasa da sosyal bütünleşmenin sağlanabilmesi için ilk koşul o yerde kayda değer bir süre oturmaktır. Oturmanın devamlılığı mutad mesken için var olması gereken bir şarttır. Çünkü fiilî oturma sonucunda o yer ile fiilî bağlılık gerçekleşmiş olur. Özellikle mültecilerin hayat ilişkilerinin merkezinin neresi olduğunun tespitinde kalış süresi önemli bir emaredir. Zira kişi bir ülkede ne kadar uzun süre kalırsa o ülkenin sosyal hayatına entegre olması da o kadar olasıdır. Bu durum aslında kişinin yer değişikliği kendi iradesine bağlı olmasa, ülkesindeki durum nedeniyle göç etmek zorunda kalmış olsa dahi geçerlidir. Belirleyici olan kalış süresinin devamlılığı ve kalıcılığıdır.

Mülteciler iltica sebepleri ortadan kalktıktan sonra ülkelerine geri dönmeyi umut ediyor olabilirler. Örneğin zulüm tehlikesinin, savaşın, kıtlığın veya çevre felaketinin sona ereceği ve ülkelerine geri dönecekleri beklentisi içinde olabilirler. Ancak iltica esnasında belirli bir zamanda geri dönüş planlanmadığı sürece belirsiz bir geri dönme arzusu sığınılan ülkede mutad meskenin tesisine engel teşkil etmez. Bu durumda odaklanılması gereken mevcut veya muhtemel sosyal hayata uyumdur. Sosyal uyumun sağlanıp sağlanmadığı tespit edilirken de mültecilerin içinde buldukları durum dikkate alınarak gerçekçi bir tutum sergilenmelidir. Burada sosyal bütünleşmenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti gerekir. Örneğin mültecilerin dil engeli nedeniyle iltica edilen ülkenin vatandaşları ile iletişimi çoğu zaman yoğun bir iletişim içinde olması beklenemez. Bu nedenle kişinin kendi ailesi ile veya kendi ülkesinin vatandaşları ile kurmuş olduğu ilişkiler de hayat ilişkilerinin odak noktası olduğu sürece yeterli kabul edilmelidir. Elbette burada ne kadar fazla emare bir arada bulunuyorsa, hayat ilişkisinin merkezinin o ülke olduğunun ispatı da kolaylaşır. Örneğin kişinin kalıcı veya uzun süreli ikamet iznine sahip olması, bir okula veya dil kursuna gidiyor olması ya da bir işe

başlaması gibi hususlar kişinin hayat ilişkilerinin merkezinin artık o ülke olduğuna dair emarelerdir. Burada yukarıdaki örneğimize dönecek olursak, aile birleşimi sağlanmadığı süre boyunca kişinin kendi ülkesine dönmesi de söz konusu olamayacağından kişinin belirsiz bir süre için Türkiye’de kalacağı bir gerçektir. Bu durumda kişinin Türkiye’de kalma niyetinin olmasından bağımsız olarak kişi bir mülteci kampında kalıyor olsa dahi hayat ilişkilerinin merkezi Türkiye’de olduğundan mutad meskenin de Türkiye olduğunu kabul etmek gerekir. Doktrinde Nomer’e göre kişinin iradesi dışında bir yerde bulunmak zorunda olması sosyal bütünleşmeyi gerçekleştirmez. Bizim de katıldığımız görüşe göreyse kişinin mülteci kampında dahi olsa sosyal bir hayat kurması mümkündür. Elbette bu durumda somut olayın tüm koşulları birlikte değerlendirilmelidir.

İltica edilen ülkede mültecilik başvurusunun kabul edilip edilmeyeceği veya statünün ne zaman verileceğinin belli olmaması da mutad meskenin kurulmasına engel değildir. Belirleyici olan sosyal hayata uyumdur.

Kişinin bir yerde bulunma amacı geçici ise mutad mesken kurulmadı denilebilir. Bu geçicilik o yerde yaşamaya yönelik bir irade olmadığını gösterir. Bu noktada geçici koruma statüsü sahiplerinin durumunun özel olarak ele alınmasında fayda vardır. YUKK’taki geçici koruma içinse kanaatimizce geçici ifadesini, kalıcının zıttı olarak değil de belirsiz bir süreliğine kalma olarak düşünülmelidir. Zira kendilerine geçici koruma sağlanan Suriyeliler, 2011 yılından itibaren Türkiye’de bulunmaktadır. Suriyelilerin ülkelerine dönecekleri varsayılsa bile ne zaman dönecekleri de belirli değildir. Yine şartlı mülteciler, her ne kadar Kanunda ülkede geçici olarak bulunan kişiler olarak tanımlansa da uygulamada, Türkiye’deki şartlı mültecilerin üçüncü ülkelere yerleştirilmeleri uzun yıllar sürebilmektedir. Diğer bir ifade ile şartlı mülteciler, uzun yıllar Türkiye’de kalabilmektedir. Bu nedenle bu kişilerin Türkiye’de mutad meskeni tesis etmeleri mümkündür. Tüm bu değerlendirmelerden sonra mülteci dışındaki uluslararası koruma sahibi yabancıların, YUKK kapsamında belirsiz bir süre Türkiye’de ikamet hakkına sahip oldukları düşünüldüğünde bu kişilerin mutad meskenlerinin Türkiye’de olduğunun kabulü gerekir. Nitekim geçici de olsa, bu kişilerin yaşam merkezleri belirsiz bir süre için dahi olsa Türkiye’dir. Doktrinde bir görüşe göre herhangi bir amaçla yabancıya verilen ikamet izni ve bu iznin yabancılar kütüğüne kaydedilmiş olması sadece Türkiye’de basit bir oturma iznini ifade eder. Bu nedenle böyle bir oturma izni tek başına, oturmanın mutad olmasını gerçekleştirmez. Yine YUKK m. 42/2’de yer alan mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri ile geçici koruma sağlananlara, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanınmayacağı düzenlenmektedir. Ancak kanaatimizce bu kişilerin uzun dönem ikamet iznine geçiş imkanlarının olmaması, somut olayda tüm kriterler sağlandıktan sonra onların Türkiye’de mutad mesken tesis etmelerine engel olmamalıdır.

2. Oturma Niyeti ve Sosyal Uyum

Mutad meskenin tespitinde değinilmesi gereken son husus ise oturma niyetidir. Esasen oturma niyeti (animus manendi) ikametgâhın, başka bir deyişle yerleşim yerinin tespitinde bir unsur olarak kabul edilmektedir. Oturma niyetinin mutad meskenin tespitinde de aranıp aranmayacağı meselesi doktrinde en çok tartışılan konulardan birisidir. Bir görüş oturma niyetinin bir unsur olarak aranmasa dahi mutad meskenin tespitinde bir delil olarak kullanılabileceği yönündedir. Diğer bir görüş ise oturma niyetinin bir unsur olarak aranması gerektiği yönündedir. Oturma niyeti, özellikle oturma süresinin çok kısa olduğu hallerde mutad meskenin tespiti açısından önemlidir. Zira mültecilerin iltica ettikleri ülkede kısa süre kalmaları alışılmadık bir durum değildir. Ayrıca sığınılan ülkedeki kalışın bağlama noktasının kullanıldığı anda daha ne kadar devam edeceğini kesin olarak söylemek de çoğu zaman mümkün değildir.

Oturmanın devamlılığı ile oturma niyeti birbiri ile çok yakından bağlantılıdır. Doktrinde oturma süresi uzadıkça oturma niyetinin etkisinin azaldığı kabul edilmektedir. Kişinin bir yerde uzunca bir süre oturması onun yaşamının ağırlık merkezini söz konusu yerde kurmaya niyetli olduğuna karine teşkil eder. Oturma niyetinden o kişinin o yerde sonsuza dek kalıcı olarak kalacağı anlaşılmalıdır. Kişi belli bir süre kalma niyetinde de olabilir. Kişi gelecekte başka bir ülkeye yerleşme niyetinde olsa dahi halihazırda bulunduğu ülkede de şimdilik kalmak niyetinde olabilir.

Yeni bir mutad meskenin tesisi için kural olarak kayda değer bir süre kalma aransa da istisnai olarak kişinin yer değiştirdiği anda veya bu yer değişikliğinden çok kısa bir süre sonra mutad meskenin bu yeni yerde kurulduğu kabul edilebilir. Esasen teknik olarak da kişinin yeni yerleştiği yerde bir gün geçirmiş olması mutad meskenin teşekkülü için yeterlidir. Ancak bunun için somut olayda şartlar kişinin bu yeni yerde uzun süreli kalacağını ve hayatının merkezini burası yapacağını göstermelidir. Bu halde kalma niyeti özellikle önemlidir. Kişi, önceki mutad meskenini kesin olarak geri dönmemek üzere terk etmiş ise önceki mutad meskenin sona erdiğinin kabulü gerekir. Yine mültecilerin mutad meskeninin tespitinde sığınılan ülkede kalıcı olarak veya belirsiz bir süre için kalma arzusu daha da önem kazanmaktadır. Mültecilerin durumunda ülkelerinde yaşanan olaylar nedeniyle oluşan ve gidilen ülkeye yönelik bu kalma arzusunun tehlikeli kaçış yoluna çıkmaktaki itici güç olduğu dile getirilmektedir. Kişinin mülteci statüsüne başvurması başka bir deyişle uzun süreli veya kalıcı bir yer arayışında olması, kalma niyetinin bir ispatıdır.

Kişinin yapmış olduğu başvuru hakkında karar verilmiş olması da önemli değildir. Aynı şekilde ilerideki sonucundan bağımsız olarak başvuru sürecinin çok uzun sürmesi de kişinin o süreçte yeni bir mutad mesken

edinmesi sonucunu doğurur. Kişinin kalış süresi ve sosyal hayata uyumu ve diğer emarelerin de varlığı nedeniyle mutad meskeni kurulmuşsa, daha sonradan başvurusunun reddedilmesi ve mültecilik statüsünün verilmemesi kurulan bu mutad meskeni otomatik olarak sona erdirmez. Elbette bu red kararı ile birlikte örneğin sınır dışı kararı da verilmiş ve uygulanmışsa, artık o ülke ile bir bağın kalmadığı gerekçesi ile mutad mesken de sona ermiş olur. Kişi örneğin kendi ülkesine geri dönerse yine aranan şartların sağlanması koşuluyla orada yeni bir mutad mesken tesis edilir. Bu durum da kişinin şahsî statüsünün değişmesi sonucunu doğurur.

SONUÇ

Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesine koymuş olduğu coğrafi sınırlama sebebiyle hukukumuzda sadece Avrupa'dan gelen kişiler mülteci olarak kabul edilmişlerdir. Oysa Türkiye'de uluslararası koruma kapsamında bulunan şartlı mülteciler, ikincil koruma statüsü sahipleri ve geçici koruma kapsamındaki kişiler ile uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişilerin sayısı, mültecilik statüsü verilmiş kişilerin sayısından çok daha fazladır. Bu nedenle kanaatimizce MÖHUK m. 4/1-a'daki mülteci ifadesi bu kişi gruplarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır.

Mutad mesken, kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olan yerdir. Mültecilerin mutad meskeninin tespitinde prensip olarak mutad meskenin tespitinde kullanılan kriterlerden hareket edilir. Ancak somut olayda mültecilerin içinde buldukları yaşam koşullarının mutlaka göz önünde tutulması gerekir. Mültecinin ev sahibi ülke ile sosyal uyum sağlayıp sağlamadığı onun mutad meskeninin tespiti için son derece önemlidir. Zira ev sahibi ülke ile sağlanan uyum, onun kalma niyetinin tezahürüdür. Sosyal uyumun sağlanıp sağlanmadığı tespit edilirken mültecinin ailevi, sosyal, kültürel ve ekonomik anlamda hayat ilişkilerinin somut olay nezdinde değerlendirilmesi gerekir. Yine süre unsuru mültecinin mutad meskeninin tespitinde önemli olan bir diğer husustur. Zira bir yerde oturma ne kadar uzun sürerse, o yer ile bağlılığın o kadar fazla olduğu kabul edilir. Bir yerde kayda değer bir süre oturma mutad mesken için önem arz etse de ülkesinde yaşadığı olaylar nedeniyle o ülkeyi terk eden ve mülteci statüsüne başvuran bir kişinin uzun süreli veya kalıcı bir yer arayışında olduğu aşıkardır. Bu nedenle mültecilerin henüz kısa bir süre geçmiş olmasına rağmen, ev sahibi ülkede mutad mesken tesis ettikleri, somut olayda diğer emareler de birlikte değerlendirilerek, söylenebilir. Yine mülteciye belirli bir süre için veya geçici olarak ikamet izni verilmiş olması da tek başına mutad meskenin tesisini engellememelidir.

KAYNAKÇA

- Arnold, Stefan. "Der Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention im Kontext des Internationalen Privatrechts." *Dialog Internationales Familienrecht Band I - Migration und IPR*, (2018): 25-63.
- Arslan Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Arslan, İlyas. *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*. İstanbul: XII Levha, 2014.
- Aygül Musa ve Altıntaş Elif Hande. "Sığınmacıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü." *Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan MHB*, 40(2), (2020): 707-727.
- Baetge, Dietmar. "Gewöhnlicher Aufenthalt und Personalstatut von Flüchtlingen." *StAZ* (2016): 280-295.
- Budzikiewicz, Christine. "Der gewöhnliche Aufenthalt von Flüchtlingen als Anknüpfungspunkt im Internationalen Privat- und Privatverfahrensrecht." *Dialog Internationales Familienrecht Band I - Migration und IPR*, (2018): 95-118.
- Çelikel, Aysel ve Erdem, B. Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 2021.
- Çelikel, Aysel. *Yabancılar Hukuku*. İstanbul: Beta, 2018.
- Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Ankara: Savaş, 2020.
- Doğan, Vahit. *Türk Yabancılar Hukuku*. Ankara: Savaş, 2018.
- Dural, Mustafa ve Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku-Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Ekşi, Nuray. *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*. İstanbul: Beta, 2013.
- Huysal, Burak. "Milletlerarası Yetkinin Belirlenmesinde Mutad Meskenin Doğurduğu Sorunlar ve HMK Madde Dokuz Üzerine Bazı Öneriler." *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar - Ulusal Konferans - 20 Şubat 2021 - Konferans Bildiri Kitabı*, (2021): 97-109.
- Karademir Aydemir, Dilek. *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Mankowski, Peter. "Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration." *IPRax Heft 1* (2017): 40-48.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususî Hukuku*. İstanbul: Beta, 2021.
- Şanlı, Cemal; Esen, Emre ve Ataman-Figanmeşe, İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 2021.
- Tekinalp, Gülören. *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usûl Hukuku Kuralları*. İstanbul: Vedat, 2020.
- Toker, Ali Gümrah. *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- von Hein Jan ve Rühl Giesela, editör. *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

KONTEYNER TAŞIMASINDA KAPTANIN NEZARET YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TAŞIYANIN SORUMLULUĞUNA ETKİSİNE İLİŞKİN 2021 YILINDA VERİLEN YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*G. Venüs CÖMERT**

I. KARARA KONU OLAYIN ÖZETİ

Bu çalışmada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen 2017/11-3080 E., 2021/1312 K. sayılı karar incelenecektir. Karara konu olayda, P. Paz. Tic. Ltd. Şti (“asıl davada davacı”) tarafından üretilen polyester çatı levhalarının İzmir’den İrlanda’ya taşınması hususunda davalı A. Taşıma Hizmetleri A.Ş. (“davalı”) ile anlaşılmıştır. Asıl davada davacı tarafça eşya üstü açık konteynere [düz *flat rack* tipi konteyner¹] yerleştirilmiş, konteyner davalı tarafından davacının fabrikasından 15.02.2010 tarihinde “MSC HAILEY” gemisi ile taşınmak üzere teslim alınmıştır. Eşya, naylon ambalaj ile sarılarak ahşap paletler üzerine konulup, çelik çember ile ahşap palete yerleştirilerek spanzet ve çektirmeler ile sabitlenmek suretiyle istiflenmiştir. Eşya yüklü konteyner, konteynerin niteliğine uygun şekilde güvertede en üst kısma yerleştirilmiştir.

Eşyanın gemiye yüklenmesini takiben gemi 18.02.2010 tarihinde İzmir limanından ayrılmıştır. 01.03.2010 tarihinde asıl davada davacı olan tarafa bildirim yapılarak yükleme sırasında hatalı istif nedeniyle eşyanın gemi güvertesinde hasarlandığı belirtilmiştir. Belçika’da Antwerp limanında 04.03.2011 tarihinde sigorta şirketi tarafından görevlendirilen bilirkişinin katılımıyla gerçekleşen sorveyde, eşyada meydana gelen hasarın nedeninin eşyanın konteynere yüklenirken konteynere düzgün yerleştirilmemesi, yeterince emniyet altına alınmaması ve sağlamlaştırılmaması olduğu ve eşyaya ilişkin istifin ve sabitlemenin konteynerin türü gereği görünebilir olduğu belirlenmiştir. Eşyanın hasarlanmayan kısmı davalı tarafından yeniden konteynere yüklenmiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi, venuscomert@cag.edu.tr.

¹ *Flat rack* (açık) konteynerlerin yan duvarları ve tavanları olmadığına; ön ve arka tarata portatif duvarlar bulunduğuna ve ihtiyaç olması halinde bu duvarların çıkarılıp takılabildiğine, standarttan daha yüksek, geniş ve ağır yüklerin taşınmasında kullanıldığına dair bkz. Murat Erdal, editör, *Konteyner Deniz ve Liman İşletmeciliği* (İstanbul: Beta, 2017), 26.

Eşya hasarlı olması nedeniyle alıcı firmalar tarafından kabul edilmemiş ve bu nedenle Türkiye'ye getirilmiştir. Mahkeme vasıtasıyla yapılan delil tespitinde ise eşyanın hatalı yükleme nedeniyle zarar gördüğü belirlenmiştir. Hasar bedeli, delil tespiti ve ihtarname masrafları nakliyat sigortacısı A. Sigorta Şirketi ("birleşen davada davacı") tarafından ödenmiş ancak hasarlı eşyanın geri getirilmesinden kaynaklanan navlun ücreti, antrepo ücreti, gümrük müşavirlik masrafları, damga vergisi ve KDV masrafları sigortacı tarafından ödenmemiştir. Asıl davada davacı zararın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Birleşen davada davacı sigorta şirketi ise zarardan taşıyanın sorumlu olduğundan bahisle sigortalıya ödenen sigorta tazminatını temerrüt faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmektedir. Davalı taşıyan ise, eşyada meydana gelen zararın asıl davada davacı tarafın eşyayı konteyner içerisine sağlam ve uygun şekilde yükleme yükümlülüğünü aykırı davranmasından kaynaklandığını, birleşen davada davacı sigorta şirketinin yapmış olduğu ödemenin haksız ve yersiz olduğunu, bu nedenlerle asıl ve birleşen davaların reddinin gerektiğini ileri sürmektedir.

II. YARGI MERCİLERİNİN UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN VERDİĞİ KARARLAR

A. İLK DERECE MAHKEMESİNİN KARARI

İzmir 6. Asliye Ticaret Mahkemesi (ATM) tarafından verilen 2012/222 E., 2013/213 K. sayılı kararda mahkeme,

▫ Eşyanın hasara uğramasını takiben Antwerp limanında sigorta şirketinin temsilcilerinin de yer aldığı sörvey ile eşyada meydana gelen hasarın eşyanın doğru ambalajlanmamasından kaynaklandığının tespit edildiği, eşyanın Türkiye'ye gelmesini takiben İzmir 1. ATM 2010/554 D. İş sayılı dosyada alınan teknik raporu eşyanın hasara uğramasından sonra hasara uğramayan kısmının yeni bir konteynere yüklendikten ve istiflendikten sonra alındığından gerçek durumu yansıtmadığı;

- Hasara konu olan konteynerin gemide en üste yüklendiği, üzerinde başka herhangi bir yük konulmadığı, taşıma konusu eşyanın istiflenmesinde bir kusur olmadığı ve kaptanın bu bağlamda nezaret etme yükümlülüğünü yerine getirdiği;
- Konteynerin FCL/FCL² ve SLC (*Slac Shippers Stow, Load and Count*) kaydı ile yüklendiğinden bahisle bu kayıtların yer aldığı taşımalarda

² Konteyner taşımaları FCL (*Full Container Load*) ve LCL (*Less than Container Load*) taşıma olmak üzere iki yöntem ile gerçekleştirilmektedir. FCL taşımada yükle ilgilinin yükü konteyneri tümünü dolduracak kapasiteye sahipken LCL taşımalarda yükle ilgilinin yükü konteynerin tümünü dolduracak kapasitede değildir. FCL taşımalarda konteyner yükle ilgili tarafından yüklenip, istiflenip, mühürlendikten sonra taşıyana teslim edilmektedir. FCL/FCL taşımalarda yük gönderilen tarafından konteyner boşaltılır. FCL/FCL taşımalarla kapıdan kapiya konteyner taşımacılığında karşılaşıldığına ilişkin bkz. Aslihan Erbaş Açikel,

eşyanın konteynere uygun ve sağlam bir şekilde yüklenmesinden ve istiflenmesinden taşıtanın sorumlu olduğu, zararın meydana gelmesinde taşıyanın bir kusuru olmadığı;

- Birleşen davada davacı olan sigorta şirketi her ne kadar sigortalısı yüküle ilgilinin haklarına halefiyet olsa da, asıl davada davacı olan taşıtanın kendi kusuru ile zarara neden olmasından ötürü davalıya rücu hakkı bulunmadığı,

gerekçeleriyle asıl ve birleşen davaların reddine karar vermiştir.

B. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ'NİN BOZMA KARARI

Yargıtay 11. HD 2014/5908E., 2015/3673 K. sayılı kararı ile ilk derece mahkemesi kararını bozarak, her ne kadar konteynerin yüklenmesi ve istiflenmesi taşıtan tarafından gerçekleştirilse de taşıyanın basiretli bir tacir gibi davranarak yüklemeye ve istiflemeyi gözetmesi gerektiği, şayet eşya eksik şekilde ambalajlanmış ya da hatalı şekilde yüklenip istiflenmiş ise buna müdahale etmesi ve yükün emniyetli bir şekilde taşınabilmesi hususunda her türlü tedbiri alması gerektiğini belirtmiştir. İşbu nedenlerle mahkeme, taşıyanın en azından birlikte kusurlu sayılması yönünde bir karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

C. İLK DERECE MAHKEMESİNİN DİRENME KARARI

İzmir 5. ATM'nin 2016/1460 E., 2017/411 K. sayılı kararında mahkeme, İzmir 6. ATM tarafından verilen karara ek olarak başka gerekçeler de sunarak direnme kararı vermiştir. İlk olarak mahkeme, basiretli bir taşıyana ilişkin değerlendirmenin mevcut deniz ticareti uygulaması gözetilerek yapılması gerektiğini; özellikle FCL kaydının varlığı halinde konteynerlerin her birinin taşıyan tarafından kontrolünün hem uygulama uyarınca hem de ticari teamüller gereği mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu kapsamda, kaptanın nezaret etme yükümlülüğü bağlamında basiretli davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığına dair bir delil bulunmadığı da ifade edilmiştir. Eşyada meydana gelen hasarın eşyanın konteynerin içerisine hatalı bir şekilde yüklendiğinden ve eksik ambalajlamadan ötürü gerçekleştiğini nitekim FCL ve SLAC kayıtlarının varlığının da konteyner içi istif ve eşyanın ambalajlanmasına dair işlemlerin taşıtan tarafından yerine getirileceği anlamına geldiğini, bu halde ancak taşıyanın konteynerde tehlikeli bir eşya olması yahut konteynerden akan ya da sızan bir şey olması durumunda diğer yüklere zarar verilmemesi için müdahale edebileceğini belirterek davalının birlikte kusuru olduğuna dair delilin bulunmadığı direnme kararı vermiştir.

D. HUKUK GENEL KURULU KARARI

HGK kararının gerekçesi incelendiğinde uyumsuzluğun yüklenme sırasında kaptanın gözetim yükümlülüğü olup olmadığı noktasında toplandığı belirtilmektedir. Belirtmek gerekir ki, karara konu olayın meydana geldiği tarihte 6762 sayılı TTK (E-TTK) yürürlükte bulunduğundan, mahkeme E-TTK hükümleri çerçevesinde hüküm tesis etmiştir. HGK kararında, istiflemenin usulüne uygun yapılmadığı, sabitlemenin yetersiz olduğu ve bu nedenlerle meydana gelen zararlardan taşıyanın sorumluluğunun olup olmadığının incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Yapılan inceleme ve değerlendirme neticesinde;

- E-TTK m. 1061 f. 1 uyarınca, taşıyan malların yüklenmesi, istiflenmesi, taşınması, elden geçirilmesi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen özeni göstermekle yükümlüdür. E-TTK m. 1062 uyarınca ise, taşıyan kendi adamlarının ve gemi adamlarının kusuru neticesinde meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. E-TTK m. 821'de gemi adamlarının kimler olduğu belirtilmiştir. Taşıyan eşyanın yüklenmesi, istiflenmesi, elden geçirilmesi sırasında diğer bir ifadeyle eşya taşıyanın zilyetliğine girdiği andan itibaren basiretli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni göstermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden doğan zararlardan taşıyanın sorumlu olacağı;
- Eşyanın yüklenmesi, elden geçirilmesi istiflenmesi sırasında zarara uğramaması için alınması gereken tedbirler taşıyan ve kaptanın sorumluluğundadır. Buna karşılık, tarafların yüklenme ve istiflemenin *gönderen* tarafından yapılacağını kararlaştırmaları halinde hatalı yüklemekten ötürü meydana gelen zarara ilişkin sorumluluk gönderene ait olmakla beraber bu süreçte E-TTK m. 972 vd. hükümleri uyarınca kaptanın ve dolayısıyla taşıyanın yüklenme ve istifin emniyetli bir deniz taşımaya uygun olup olmadığını gözetmek ve denetlemek yükümlülüğü olduğu;
- Taşımanın konteynerle yapılması halinde taşıyanın sorumluluğu bakımından konteynerlerin nitelikleri ve istifleme usullerindeki farklılıklar da önem taşımaktadır. Eşyanın konteyner içerisine yerleştirilmesi ve gemiye yüklenmesi taşıyan tarafından gerçekleştirilecekse bu sırada meydana gelen zarar nedeniyle E-TTK m. 1061 uyarınca taşıyan sorumlu olacaktır. Ancak konteyner içine istifin gönderen tarafından gerçekleştirilmesi halinde dışarıdan bakıldığında içinin görünmesi mümkün olan [düz-flat rack konteyner, üstü açık konteyner] ve olmayan [örneğin, standart konteyner, yüksek konteyner, soğutucu konteyner vb.] konteynerler olarak ikili bir ayırım yapmak gerektiği;

- Konteyner içine istifin taşıyan tarafından görünebilir olması halinde istif taşıtan tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi taşıyanın gözetim ve denetim yükümlülüğü devam edecektir. Bu kapsamda taşıyanın deniz taşımaya uygun nitelikte olmayan istifin uygun şekilde yeniden istifini sağlaması, bu konuda uyarıda bulunması ve eşyayı taşımayı reddetmesi gerekmektedir. Olayda, konteyner için istiflenmesi gönderen tarafından gerçekleştirilse ve taşıtan kusurlu olsa da meydana gelen zarardan denetim ve gözetim yükümlülüğüne yerine getirmedeğinden taşıyanın da sorumlu olduğu;
- Direnme kararında hasarın yetersiz ambalajlama ve hatalı istif nedeniyle meydana geldiği belirtilmiş ise de eşyaya ilişkin yapılan istifleme ve ambalajın konteynerin türü gereği görünebilir nitelikte olması; konteynerin davalı taşıyan tarafından görülerek teslim alındığı; taşıyanın bu hususu gözetmesi gerektiği, gözetmeksizin kusurlu bir şekilde deniz taşımaya uygun nitelikte olmayan ambalaj ve sabitleme ile konteyneri yüklediği anlaşıldığından

HGK, direnme kararının usul ve yasaya aykırı olduğuna ve bu hususlar göz önünde alınarak yapılacak değerlendirme sonrası karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

III. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay HGK tarafından verilen bu karar FIO(S)(T) kayıtlarının kararlaştırıldığı yolculuk charteri sözleşmelerinde Yargıtay'ın TTK m. 1091 düzenlemesi taşıyan aleyhine verdiği içtihadın kırkambar taşımaları hakkında genişletilmesi niteliğinde olduğundan, FIO(S)(T) kayıtlarının varlığı halinde kaptanın nezaret etme yükümlülüğü ve özellikle konteyner içine istiflemenin yükü ilgili tarafından gerçekleştirilmesi halinde bu yükümlülüklerin hangi ölçüde devam edeceği noktalarında HGK kararının yerindeliği tartışılacaktır.

1. FIO(S)(T) Kayıtlarının Varlığı Halinde Taşıyanın Sorumluluğu

TTK m. 1143 (E-TTK m. 1021) uyarınca aksine sözleşme, yükleme limanı düzenlemeleri ve bunlar olmadığı hallerde yerel teamül yok ise yükleme giderleri taşıyana aittir. Hükümde de açıkça belirtildiği üzere taraflar arasında yükleme ve boşaltma işlemlerinin ve buna ilişkin giderlerin yükü ilgili tarafından gerçekleştirileceği kararlaştırılabilir.

FIO(S)(T) (*Free in and out/Stowed/trimmed*) yükleme, boşaltma, istif ve dengeleme işlemlerinden kimin sorumlu olacağının ve bu işlemlere ilişkin masrafların kimin tarafından karşılanacağını belirlediği denizcilik terimlidir³. "*Free*" chartererin veya yükü ilgilinin masrafları ve sorumluluğu, "*in*"

³ Kerim Atamer, "Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtların ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Deniz Hukuku Dergisi*, S. 1-3 (2011): 273. Bu kayıtların niteliğine ilişkin bkz. Cüneyt Süzöl, *Deniz Ticareti Hukukunda*

yükleme limanında yüklemeye işlemlerini, “out” boşaltma limanında boşaltma işlemlerini üstleneceği anlamına gelmektedir.

Taraflar arasında FIO(S)(T) kaydının kararlaştırılması halinde yüklemeye ve boşaltma işlemlerine ilişkin sorumluluk yüklemeye ilgilide olacaktır. Diğer bir ifadeyle, yüklemeye ve boşaltma esnasında meydana gelen zararlardan yüklemeye ilgililer sorumlu olacak, taşıyan yüklemeye ilgililerin kusurundan kaynaklanan zararlardan sorumlu olmayacaktır.

2. Kaptanın Nezaret Etme Yükümlülüğünün Taşıyanın Sorumluluğuna Etkisi

TTK m. 1091’de, “Kaptan, yüklemeye ve boşaltma araçlarının kullanılma amaçlarına uygun durumda olmasına ve istifin, özel istifçiler tarafından yapılsa bile, denizcilikte geçerli olan kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilmesine dikkat etmek zorundadır.” düzenlemesi yer almaktadır. Hükümde de belirtildiği üzere, kaptanın yüklemeye ve boşaltma işlemleri özel istifçiler tarafından yapılsa dahi yüklemeye ve boşaltma işlemlerinin uygun bir şekilde gerçekleştirildiğine dikkat etme zorunluluğu, diğer bir ifadeyle bir nezaret etme yükümlülüğü vardır.

Taraflar arasında sözleşme uyarınca FIO(S)(T) kaydının kararlaştırılması halinde bu yükümlülüğün hangi şekilde anlaşılması gerektiği ise tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, yüklemeye ve boşaltma işlemleri yüklemeye ilgililer tarafından gerçekleştirilse dahi kaptanın nezaret etme yükümlülüğü olduğu ve bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde taşıyanın sorumlu olacağı yönündedir⁴.

Taşıyan ve Yükleme, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 315; Emine Yazıcıoğlu, *Kenderçetingil Deniz Ticareti Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 345; Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022), 426-427. Bu kayıtların Türk hukuku açısından geçerli olduğuna ilişkin bkz. Atamer, 297; M. Fehmi Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri I: Genel Hükümler: Sefer Çarteri Sözleşmesi*, (İstanbul: Der Yayınları, 2010), 138; G. Venüs Cömert, *Taşıyanın Gemiyi Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 284-285. Yüklemeye boşaltma işlemlerine ilişkin sorumluluğun çarterere ait olacağı yönündeki klozlar Lahey Visby Kuralları m. 3 f. 8 uyarınca geçersiz sayılmayacağına dair bkz. Theodora Nikaki, “The Effect of the FIOS Clause of NYPE 1946 Charterparties on Owner’s Duty to Provide Seaworthy Vessel”, *Journal of International Maritime Law* 13, (2007): 29-30; Sami Akıncı, *Deniz Hukuku: Navlun Mukaveleleri*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968), 348. Nitekim bu husus İngiliz Mahkemesi tarafından verilen *Pyrene Company Ltd. v. Scindia Steam Navigation Company* [1954] 2 W.L.R. 1005, [1954] 2 Q.B. 402 kararında da ortaya konmuştur. Mahkeme, Lahey Visby Kuralları m. 3 f. 2’de yer alan taşıyanın taşıyan eşyayı “uygun ve özenli bir şekilde” (“properly and carefully”) yüklemesi gerekmesi yönündeki düzenlemenin yüklemenin yalnızca taşıyan tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği anlamına gelmediğini, bu işlemlerin taşıyan tarafından gerçekleştirildiği hallerde taşıyanın uygun ve özenli bir şekilde davranması gerektiğini düzenlediğini ifade etmiştir. Bu karara ilişkin değerlendirme için bkz. Atamer, 291; Sözel, 323; Simon Baughen, *Shipping Law*, (Oxon/New York: Routledge, 2015), 28; William Tetley, *Marine Cargo Claims, Volume I*, (Quebec: Editions Yvon Blais, 2008), 1255.

⁴ Sözer, 489.

Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi⁵ kararları incelendiğinde de özellikle Yargıtay'ın yerleşik içtihadının da aynı yönde olduğu; diğer bir ifadeyle, yükleme ve boşaltma işlemleri yükle ilgili tarafından gerçekleştirilse dahi kaptanın nezaret etme yükümlülüğü bulunduğundan meydana gelen zarardan taşıyanın da sorumlu olduğu yönündedir. Nitekim Yargıtay tarafından verilen 2014 tarihli üç kararda da FIO(S)(T) kayıtları ile yükleme ve boşaltmaya ilişkin masraf ve sorumluluğun yükle ilgililere aktarılacağı buna karşılık TTK m. 1091 (E-TTK m. 975) uyarınca kaptanın nezaret etme yükümlülüğü olduğundan taşıyanın ve yükle ilgilinin ortak kusurlu olduğu yönünde karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶.

Buna karşılık *Atamer*'e göre, Yargıtay tarafından benimsenen taşıyanın, kaptanın nezaret etme yükümlülüğü nedeniyle, hatalı istif neticesinde meydana gelen zarardan sorumlu olduğu yönündeki kararlar yerinde değildir. Nitekim bu kararlar taraflar arasındaki ekonomik dengeye zarar vermekte, yükleme, boşaltma ve istif işlemleri taşıyan tarafından gerçekleştirilmeyeceğinden ötürü taşıyanlar daha düşük navlun talep etmekte, buna karşılık bu işlemlerden ötürü meydana gelen zararlardan sorumlulukları yine de devam etmektedir⁷. 2000 sonrası verilen içtihatlar *Yazar* tarafından incelenmiş, kararlarda atıf yapılan Çağa'nın görüşünün Alman yazarlar *Prüssman* ve *Peter*'e atıf yapılarak benimsendiği ancak bu eserler incelendiğinde yazarların görüşünün bu yönde olmadığı tespit edilmiştir⁸. *Atamer*'e göre kaptanın nezaret etme yükümlülüğü yalnızca geminin elverişliliği ve gemide bulunan diğer yükler bakımından aranmalı, FIO(S)(T) kaydına konu sözleşmeye ilişkin yük bakımından söz konusu olmamalıdır. Nitekim sözleşme uyarınca bu yüklerin yükle ilgili tarafından yükleneceği, boşaltılacağı ve istifleneceği kararlaştırılmıştır. Diğer bir ifadeyle, buna ilişkin masraf ve sorumluluk da yükle ilgilidir.

Kanaatimce de kaptanın nezaret etme yükümlülüğünün gemide bulunan diğer yükler bakımından ve geminin denize elverişliliği bakımından söz konusu olduğunun kabulü daha yerindedir. *Lahey Visby Kuralları*'nın uygulanacak hukuk olarak seçildiği ve "*under the supervision of the captain*" ibaresinin

⁵ FIO(S)(T) kaydı ile yükleme ve boşaltma işlemleri yükle ilgililere devredilse de kaptanın nezaret etme yükümlülüğü olduğuna dair bkz. İstanbul BAM 13. HD, 11.02.2011, E. 2019/700, K. 2021/167.

⁶ Y11.HD, 16.09.2014, E. 2014/5842, K. 2014/13842; Y11.HD, 19.11.2014, E. 2013/15039, K. 2014/17925; Y11HD. 29.12.21014, E.2014/9903, K. 2014/20435.

⁷ FIO(S)(T) kaydının navlunun hesaplanmasında önemli bir etkisi olduğuna dair bkz. *Atamer*, 274. Çarter partilerde yer alan bu yöndeki klozlar çartererin yararınadır zira çoğunlukla yüklemenin yapılacağı limanda çartererin daha iyi bağlantıları bulunacağından yükleme/istif işlemleri için daha iyi bir fiyat alabilecektir. Yükleme ve istif işçilerini istihdam edecek olan çarterer daha az navlun ödeyecektir. Bu işlemler çartererin kontrolü altında gerçekleşeceğinden bu işlemlere ilişkin sorumluluk da çarterere ait olmalıdır. Nitekim aksinin kabulü halinde, hiçbir taşıyan yükleme/istif işlemlerini emniyetli ve uygun bir şekilde çarterere bırakamayacak ve FIO(S)(T) klozları ticari açıdan anlamsız hale gelecektir. Bu yönde bkz. *Nikaki*, 38.

⁸ *Atamer*, 307-312.

yer aldığı çarter partilerde uyuşmazlıklara ilişkin İngiliz mahkemesi kararlarına bakıldığında da FIO(S)(T) klozlarının varlığı halinde taşıyanın sorumluluğuna dair benzer bir yaklaşım olduğu görülmektedir. Örneğin, yükleme ve istif işçilerinin çartererin temsilcisi olarak kabul edildiği *Court Line, Ltd. v. Canadian Transport*⁹ kararında klozda yer alan “under the supervision of the Captain”; Türkçe tercümesiyle “kaptanın nezareti altında” ifadesinin ne anlama geldiği, bu ifadenin klozda yer alması halinde sorumluluğun donatana atfedilip atfedilemeyeceği tartışılmıştır. Buna göre, Lordlar Kamarası kararında yükleme ve istif işlerinin emniyetli bir şekilde yapılmasının çartererlerin donatana karşı temel görevlerinden biri olduğu maddede yer alan “kaptanın nezaretinde” ifadesi ile çartererlerin yükleme ve istifi özenle gerçekleştirme görevlerinin donatana devredilmeyeceğine, “kaptanın nezaretinde” ifadesinin kaptana bu işlemlere nezaret etme yükümlülüğü değil bu işlemlere nezaret etme hakkı verdiğine hükmetmiştir. Kararda, donatanın ancak kaptan gerçekten yükleme/istif işlemlerine nezaret etmişse ve yükler kaptanın kusuruyla veya kaptanın nezareti neticesinde kötü istiflenmişse ve çarterer zararın bunlardan ötürü meydana geldiğini ispat ederse veya kaptan geminin niteliği gereği belirli şekilde istifin yapılması gerektiğini biliyor veya bilmesi gerekiyor ancak bu hususta çartereri bilgilendirmiyorsa sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir.

Court Line kararına bakıldığında, kararda taşıyanın gemiyi denize elverişli halde bulundurmamak için yolculuk öncesi ve başlangıcında makul özeni göstermesi gerektiğinden ve kötü istif neticesinde geminin denize elverişsiz hale gelmesi durumunda kimin sorumlu olacağı konusuna değinilmemiştir.

İngiliz mahkemesi tarafından verilen *The Panaghia Tinnou*¹⁰ kararında ise bu husus tartışılmıştır. Olayda torbalanmış küspe yükünün kötü istiflenmesi neticesinde yük hasara uğramıştır. Kararda mahkeme, *Court Line* davasına da atıf yaparak yükleme ve istif işlemlerinden çartererin sorumlu olduğuna, kaptanın yükleme ve istif işlemlerine nezaret etme yükümlülüğü değil hakkı olmasına karşın bu hakkın çartereri sorumluluktan kurtarmayacağına hükmetmiştir. Buna karşılık mahkeme tarafından yanlış istifin gemiyi denize elverişsiz hale getirdiği durumlarda kaptanın buna müdahale etme yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir.

Kaptanın nezaretinde gerçekleşen kötü istifin gemiyi elverişsiz hale getirmesi durumunda taşıyanın sorumlu olup olmayacağı hususuna değinen İngiliz mahkemesi tarafından verilen *Compania Sud American Vapores v Ms ER Hamburg, Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co, KG*¹¹ kararında mahkeme *Court Line* kararını takip ederek çarter partide açıkça yer almasa dahi yük-

⁹ [1940] A.C. 934.

¹⁰ Centrala Handlu Zagranicznego (CHZ) Rolimpex v Eftavrysses Compania Naviera SA, [1986] 2 Lloyd's Rep. 586. Karara ilişkin değerlendirme için bkz. Nikaki, 34.

¹¹ [2006] 2 Lloyd's Rep. 66.

me sırasında geminin dengesinin bozulması halinde diğer bir ifadeyle geminin elverişsiz hale gelmesi durumunda kaptanın yükleme ve istif işlemlerine müdahale etme hakkı bulunduğunu belirtmiş ve bunun bir hak değil de taşıyanın görevi olarak öngörülmesi ihtimalinde ise hiçbir taşıyanın yükleme istif işlerini çarterere bırakamayacağını ifade etmiştir.

İngiliz mahkemesi tarafından verilen bu kararlar da incelendiğinde kararlarda genel olarak şu sonuçlara varıldığı söylenebilecektir:

- “Kaptanın nezaretinde” ifadesinin taşıyana herhangi bir yükümlülük yüklediği ancak yükleme/istif işlemlerine nezaret etme ve gerektiğinde müdahale etme hakkını verdiğinin kabulü gerekmektedir.
- FIO(S)(T) klotunun varlığı halinde kaptanın yükleme/istif işlemlerine nezaret etme yükümlülüğünün bulunmaması taşıyanların gemiyi denize elverişli halde bulundurma borcundan ötürü hiçbir zaman sorumlu olmayacakları anlamına gelmemektedir.

HGK kararına konu olan somut uyuşmazlık bakımından da kaptanın nezaret etme yükümlülüğünün gemide bulunan diğer yükler ve geminin elverişsizliği bakımından söz konusu olduğunu kabul etmek kanaatimce daha yerindedir. Konteyner içinin yükle ilgililer tarafından istiflenmesi halinde salt konteynerin içinin gözle görülecek biçimde olması nedeniyle kaptanın nezaret etme yükümlülüğünün, dolayısıyla taşıyanın sorumluluğunun olacağı yönündeki bir sonuç ilk derece mahkemesinin direnme kararında da belirtildiği üzere; “*FCL kaydı ile yüklenen her konteynerin istifinin kontrolünün binlerce konteynerin yüklendiği denizcilik sektöründe mümkün olmayıp, ticari teamüle de uygun olmadığı*” gerekçeleriyle yerinde olmayacaktır.

Sonuç

Yük konteynere taşıyan tarafından yüklenip, boşaltılıp, istiflenebileceği gibi bu işlemler yükle ilgili tarafından da gerçekleştirilebilecektir. Şayet konteynere yükleme, boşaltma ve istif işlemleri taşıyan tarafından gerçekleştiriliyorsa hatalı yükleme, boşaltma veya istif neticesinde meydana gelen zarardan taşıyanın sorumlu olacağına dair şüphe yoktur. Buna karşılık bu işlemlerin yükle ilgili tarafından gerçekleştirilmesi halinde hatalı yükleme-boşaltma ve istif nedeniyle yükle ilgililer sorumlu olacaktır¹².

Taşıyanın TTK m. 1178 çerçevesinde yüke özen borcu söz konusudur ancak konteynerin somut uyuşmazlıkta söz konusu olduğu gibi yükle ilgili tarafından istiflenmesi ve kapalı bir şekilde teslim edilmesi halinde, diğer bir ifadeyle FCL¹³ taşımanın söz konusu olması halinde taşıyanın konteyner içerisinde yer alan yükün yanlış istiflenmesinden ötürü bir hasarın meydana

¹² Tetley,1561.

¹³ Bkz. yuk dn. 2.

gelmesi halinde sorumluluğu olmayacaktır. Taşıyanın kendisine kapalı ve mühürlü şekilde teslim edilen konteynere ilişkin olarak TTK m. 1178 çerçevesinde özen yükümlülüğü kendisine teslim edilen konteyner bakımından söz konusudur. Taşıyan kendisine teslim edilen konteynerin gemiye yüklenmesinde, istiflenmesinde, taşınması, korunması ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan göstermesi beklenen makul özeni göstermekle yükümlüdür. Söz gelimi, konteyner içi istifin yükle ilgili tarafından gerçekleştirilmesi halinde hatalı istif nedeniyle yüke gelen zarardan taşıyan sorumlu olmayacaksa da hatalı istif nedeniyle geminin elverişsiz hale gelmesi yahut kapalı teslim edilen konteynerin yanlış istiflenmesi nedeniyle yükün zarara uğraması durumunda taşıyan sorumlu olacaktır.

Somut olaya bakıldığında konteyner yükle ilgili tarafından istiflenmiş; inceleme raporunda ve mahkemece de teyit edildiği üzere konteyner gemiye taşıyan tarafından gemi güvertesinin en üstüne konularak ve konteyner üzerine başka bir yük konulmamak suretiyle doğru bir şekilde istiflenmiştir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, taşıyanın kendisine kapalı ve mühürlü şekilde teslim edilen yükü muayene etme imkânı olmayacağından özellikle üçüncü kişi gönderilene karşı konişmentoya “*Slac Shippers Stow, Load and Count*” kaydı koyması gerekmektedir¹⁴. Somut olaya bakıldığında konişmentoda bu kaydın da yer aldığı görülmektedir.

HGK kararında kanaatimce yerinde olmayarak taşımada kullanılan konteynerin türüne göre dışarıdan bakıldığında içinin görünmesi mümkün olmayacak türde bir konteyner ve dışarıdan bakıldığında içinin görünmesi mümkün olan bir konteyner olmak üzere ikili bir ayırım yapılması gerektiğine; dışarıdan bakıldığında içinin görünmesi mümkün olan bir konteyner var ise yükleten tarafından istif yapılmış olsa da taşıyanın yüklemeyi gözetleme ve denetleme yükümlülüğü ve dolayısıyla sorumluluğunun devam edeceğine hükmetmiştir. HGK bu kararıyla Yargıtay’ın FIO(S)(T) klotlarının yer aldığı sözleşmelerde kaptanın nezaret etme yükümlülüğü nedeniyle taşıyanın sorumlu olduğu yönünde verdiği içtihadı bir adım öteye götürerek konteyner içi istifte de konteynerin dışarıdan bakıldığında içinin görünmesi mümkün bir konteyner olması halinde kaptanın nezaret etme yükümlülüğü nedeniyle taşıyanın sorumluluğuna karar vermiştir. Yüzlerce konteynerin yüklendiği bir taşımada kaptandan her bir konteynerin içinin hangi surette istiflendiğinin denetlenmesini beklemek kanaatimce hayatın olağan akışına aykırıdır. TTK m. 1091 hükmünün Yargıtay içtihatlarının aksine daha dar bir şekilde yorumlanarak kaptanın bu yükümlülüğünün yalnızca gemide taşınan diğer yüklere ve geminin elverişliliğine ilişkin söz konusu olduğunun kabulü daha yerindedir.

¹⁴ Tetley, 1563.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Sami. *Deniz Hukuku: Navlun Mukaveleleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968.
- Atamer, Kerim. "Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtların ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Deniz Hukuku Dergisi*, S. 1-3 (2011): 241-342.
- Baughen, Simon. *Shipping Law*. Oxon/New York: Routledge, 2015.
- Cömert, G. Venüs. *Taşıyanın Gemiye Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Erbaş Açıklık, Aslıhan. "Konteyner Taşımacılığında Taşıyanın Sorumluluğunun Sınırlandırılması – Konteyner Klozu-", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, S.1 (2015): 105-123.
- Erdal, Murat, editör. *Konteyner Deniz ve Liman İşletmeciliği*. İstanbul: Beta, 2017.
- Nikaki, Theodora. "The Effect of the FIOS Clause of NYPE 1946 Charterparties on Owner's Duty to Provide Seaworthy Vessel". *Journal of International Maritime Law* 13, (2007): 29-41.
- Sözer, Bülent. *Deniz Ticareti Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.
- Süzel, Cüneyt. *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Tetley William. *Marine Cargo Claims, Volume I*. Quebec: Editions Yvon Blais, 2008.
- Ülgener, M. Fehmi. *Çarter Sözleşmeleri I: Genel Hükümler: Sefer Çarteri Sözleşmesi*. İstanbul: Der Yayınları, 2010.
- Yazıcıoğlu, Emine. *Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.

YENİ BİR FİNANSMAN YÖNTEMİ OLARAK KRİPTO VARLIKLARIN İLK ARZI VE TÜRK SERMAYE PİYASASI HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Müge ÇETİN*

GİRİŞ

Finansal piyasalar mütemadiyen değişim ve gelişim gösteren dinamik bir alandır. Finansal piyasalarda tasarruf ihtiyacı olanlar, fon ihtiyaçlarını en kolay ve masrafsız bir biçimde sağlamak ister. Tasarruf fazlası olanlar ise, tasarrufları ile en kolay ve hızlı biçimde getiri elde edebilecekleri finansal araçlara yönelir. Teknoloji; finansman sağlama yöntemlerinin gelişmesi, finansal araçların ikincil piyasalarda gerçekleştirilen işlemlerinin hızlı ve güvenilir olması gibi birçok farklı konu başlığı altında finansal piyasayı etkiler. Finansal piyasalardaki aktörlerin bu istekleri teknolojik gelişmelerden doğrudan etkilenmektedir.

2008 yılında elektronik ödeme yöntemlerine bir alternatif olması için kimliği bilinmeyen kişi veya kişilerce yaratılan Bitcoin Elektronik Ödeme Sistemi¹ sağladığı yeni teknoloji ile finansal piyasaları da etkilemiştir. Bitcoin Elektronik Ödeme Sistemi, blokzincir (*blockchain*) teknolojisi sayesinde, merkeziyetsiz ve bir aracıya ihtiyaç olmaksızın işlem gerçekleştirmeye olanak tanımaktadır. Blokzincir, farklı şekillerde tanımlanabilir olmakla birlikte; dijital, kronolojik olarak yapılandırılmış, merkeziyetsiz (*decentralized*), dağıtık (*distributed*) bir veri tabanıdır. Blokzincir için bazen dağıtık defter (*distributed ledger*) ifadesi de kullanılmaktadır².

Blokzincir üzerindeki veriler kronolojik bir biçimde şifrelenir ve bloklar halinde tutulur. Her blok; belirli sayıda işlem hakkında bilgi, kendinden bir önceki blok hakkında referans bir değer, üzerindeki verileri doğrulamak için bir matematiksel bir işlem içermektedir³. Blokzincirler, kullanıcıların erişimine göre ve kullanımına göre farklı şekillerde yaratılabilirler. Dolayısıyla

* Avukat, İzmir Barosu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, mugecetin@me.com.

¹ Satoshi Nakamoto, "Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System", Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>,

² Philipp Maume, Lena Maute, Mathias Fromberger, editör, The Law of Crypto Assets (Singapore: Beck Publishing, 2022), s.5.

³ Aaron Wright, Primavera De Filippi, "Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia", Erişim Tarihi: 09.08.2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664, s. 7.

bir blokzincir ağı üzerindeki verilerin görüntülenmesi sınırlandırılabilir gibi blokzincir üzerinde yeni veri ekleyebilmesi için de bir grup yetkili kılınmış olabilir⁴.

Blokzincirin dağıtık olması, blokzincir ağı üzerinde eşler arası bir biçimde işlemler gerçekleştirmeye olanak sağlamaktadır. Dağıtık bir veri tabanında yer alan veri güncellendiğinde, bu güncelleme eş zamanlı bir biçimde ağdaki kayıtlı olan her kullanıcıda gerçekleşir. Bu özellik, blokzincir ağına yapılacak dışarıdan müdahaleleri zorlaştırmaktadır⁵.

Kripto varlık (*crypto asset*); blokzincir üzerinde yaratılan ve işlem görebilen dijital verilere denir. Genellikle blokzincirler, kripto varlıkların işlem kayıtlarından oluşmaktadır. Ancak bir blokzincirin varlığı için aynı zamanda o blokzincir üzerinde kripto varlık bulunması şart değildir. Blokzincir ağı kullanıcıları, ağ üzerindeki işlemlerini bir çift dijital anahtar yardımı ile gerçekleştirir. Dijital anahtar çifti, genel ve özel bir çift anahtardan oluşmaktadır. Bu yöntem, kriptografik bir şifreleme yöntemi olup blokzincirin ortaya çıkmasından evvel geliştirilmiş ve kullanılan bir yöntemdir⁶.

Blokzincir ağındaki her bir kullanıcının en az bir çift anahtarı vardır. Kullanıcı dilerse birden çok çift anahtar da yaratabilir. Genel anahtar, kullanıcının blokzincir ağındaki diğer kullanıcılar tarafından görülebilen bir tür adresidir. Genel anahtar harf ve sayılardan oluşur. Özel anahtar ise kullanıcı tarafından ağ üzerinde gerçekleştirdiği işlemleri gerçekleştirmeye yarayan bir şifredir. Adından anlaşılacağı üzere gizli kalması tavsiye olunur⁷. Kripto varlıklar, farklı alanlarda ve farklı biçimlerde kullanım göstermekte bu durum da onların sınıflandırma yöntemlerinin kısa sürede güncelliği yitirmesine sebep olmaktadır. Dolayısıyla, kripto varlıklar için esas alınabilecek tek bir sınıflandırma yöntemi bulunmamaktadır. İsviçre Sermaye Piyasası Otoritesi FINMA (*Financial Market Supervisory Authority*) tarafından yapılan üçlü sınıflandırma yönteminde, kripto varlıklar niteliğine göre sınıflandırılmaktadır. Buna göre, kripto varlıklar; para benzeri kripto varlıklar (*payment tokens*), yarar sağlayan kripto varlıklar (*utility tokens*) ve menkul kıymet benzeri kripto varlıklar (*security tokens*) olarak üç grupta incelenmektedir⁸.

Para benzeri kripto varlıklar; bir devlet ya da merkez bankası tarafından çıkarılmamış ve bir değişim aracı olarak kullanılan kripto varlıklardır. Bu tür kripto varlıklar geleneksel ödeme yöntemlerine alternatif olmak için yaratılır. Bu gruptaki kripto varlıklar için kripto para (*cryptocurrency*) terimi de kulla-

⁴ Maume, Maute, Fromberger, s.5.

⁵ Maume, Maute, Fromberger, s.3.

⁶ Maume, Maute, Fromberger, s. 6-7.

⁷ Maume, Maute, Fromberger, s. 6-7.

⁸ FINMA, Guidelines For Enquiries Regarding The Regulatory Framework For Initial Coin Offerings (ICOs), Published 16 February 2018, Erişim Tarihi: 09.08.2022, https://www.finma.ch/~media/finma/dokumente/dokumentcenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-ico.pdf?sc_lang=en&hash=C9899ACF22747D56C800C6C41A7E28AB, s. 3.

nılmaktadır⁹. Ancak, hukuki anlamıyla para, yasal ödeme niteliği taşımaktadır. Kripto varlıklar, bu şartı sağlayamamaktadır. Para benzeri kripto varlıklar, sahibine, kripto varlığı çıkaran ihraççıya karşı ileri sürebileceği bir hak vermez.

Yarar sağlayan kripto varlıklar, blokzincir tabanlı bir altyapı aracılığı ile bir çevrimiçi uygulama ya da dijital hizmetten yararlanma hakkı sağlar. Bu kripto varlıklar, yalnızca ilgili platformun ağında sınırlı bir biçimde kullanılmaktadır. Bazı blokzincir tabanlı çevrimiçi uygulamalarda, içerik sağlayan, içerik üreten kullanıcıya ürettiği içeriğin karşılığı olarak bu kripto varlıklardan verebilmektedir¹⁰.

Son ve konu ile asıl ilgili olan kripto varlık grubu, menkul kıymet benzeri kripto varlıklardır. Bu kripto varlıklar, çıkaran girişimin borç veya öz sermaye talebi gibi değerleri temsil etmektedir. Bu yönleriyle de pay ve tahvillere benzetilmektedir¹¹.

Kripto varlıklara ilişkin olarak yapılan bu sınıflandırmada hiçbir grup birbirini tam anlamıyla dışlamamaktadır. Yani, bir kripto varlık birden çok kripto varlık grubunda yer alabilir¹².

I. KRIPTO VARLIK İLK ARZI

Kripto varlık ilk arzı (*Initial Coin Offering, ICO*) kripto varlıkların yaratılıp halka arz edilerek finansman elde edilmesi metodudur. Bu yöntem, genellikle girişimlerin yeni bir projede ya da girişiminde fon sağlayabilmesi amacıyla kullanılmaktadır¹³. Kripto varlık ilk arzı ifadesi, birincil piyasalarda halka arz (*Initial Public Offering, IPO*) kavramından esinlenerek çıkarılmıştır. Kripto varlık ilk arzı ilk kez 2013 yılında *Mastercoin* projesi ile gerçekleştirilmiştir¹⁴. Kripto varlıkların kolay yaratılabilmesi ve çoğu ülkede henüz yasal düzenlemeye konu olmayarak, asgari standartlarının belirlenmemiş olması zaman içerisinde kripto varlık ilk arzlarının artmasına sebep olmuştur.

Kripto varlık ilk arzları için süreç değişkenlik göstermekle birlikte şu şekilde işlemektedir: İlk olarak girişim, kripto varlık ilk arzına ilişkin beyaz belge (*white paper*) adı verilen bir metin hazırlamaktadır. Beyaz belgeler, tek bir tipte olmamakla birlikte genellikle; proje detaylarını, toplanması hedeflenen fon miktarını, katılımcıların kripto varlık olarak elde edebileceği hakları içermektedir¹⁵. Beyaz belgeler, halka arzdaki izahnamenin taşıdığı

⁹ FINMA, Guidelines, s. 3.

¹⁰ FINMA, Guidelines, s.3.

¹¹ FINMA, Guidelines, s.3.

¹² FINMA, Guidelines, s. 3.

¹³ Andrew C. Moyle, Wenchi Hu, Simon Hawkins, Stuart Davis, "Coining in it: ICOs as the New Fundraising Paradigm?", Robotics, Artificial Intelligence & Law I January-February 2018, C: 1, S:1, s. 47 50., s. 47, 178.

¹⁴ Michael Mendelson, "From Initial Coin Offerings to Security Token Offerings: a U.S. Federal Securities Law Analysis", 22 Stan. Tech. Law Review, C:52 (2019), s. 61.

¹⁵ Moyle, Hu, Hawkins, Davis, s.47; Ayrıca detaylı bilgi için bkz: Mete Tevetoğlu, ICO (İlk Dijital Para Arzı) ve Yatırımcının Korunması, (Aristo Yayınevi, 2020), s. 39 vd.

çoğu bilgiyi içermemekte ve kamuyu aydınlatma özelliğini de karşılayamamaktadır. İkinci olarak girişim, yeni bir blokzincir üzerinde ya da üzerinde yeni kripto varlık yaratılmasına imkan tanıyan bir blokzincir üzerinde kendi kripto varlıklarını yaratmaktadır. Ardından girişim, internet sitesi, sosyal medya hesapları ve kripto varlık forumlarından kripto varlık ilk arzına ilişkin duyuru yapar. Son olarak, katılımcılar eğer girişimin arz ettiği kripto varlıklardan edinmek isterlerse, kendi sanal cüzdanlarından bu girişimin beyaz belgede duyurduğu sanal cüzdan hesabına, para benzeri kripto varlık aktarma talimatı verirler. Arz için belirlenen sürenin bitimiyle de kampanya sonuçlanır¹⁶. Katılımcılar, elde ettikleri girişimin kripto varlığını kripto varlık alım satım platformlarında değişime konu edebilir¹⁷.

II. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE AMERİKAN HUKUKU BAKIMINDAN KRIPTO VARLIK İLK ARZLARI

Avrupa Birliği (AB) Hukuku bakımından, yalnızca kripto varlıklar için getirilen 24 Eylül 2020 tarihli ve 2019/1937/EU sayılı Kripto Varlık Piyasalarının Düzenlenmesi ve Değişiklik Taslak Yönergesi (*Markets in Crypto Assets and Amending Directive, MiCA Directive*) ile AB üye devletleri arasında kripto varlıklar bakımından getirilecek düzenlemelerde yeknesaklık hedeflenmektedir. Yönerge Taslağı kripto varlıkları tanımlamıştır. Yine Yönerge Taslağında kripto varlıklar, varlığa dayalı kripto varlıklar (*asset referenced tokens*), elektronik para kripto varlıkları (*e-money tokens*) ve diğer kripto varlıklar olmak üzere sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırma yöntemine göre de kripto varlıklara ilişkin ihraç koşulları ve düzenlemeler değişkenlik göstermektedir¹⁸. İlgili Yönerge Taslağı ile AB düzenlemeleri kapsamında herhangi bir yönerge veya tüzük kapsamında kalmayan kripto varlıkların düzenlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Bir kripto varlık halihazırda AB hukuku düzenlemeleri kapsamında bir başka düzenlemenin kapsamında kalıyorsa artık bu düzenlemeye tabi olacaktır. Kripto varlık ilk arzları bakımından bir kripto varlığın, AB hukukunda finansal araç olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bu anlamda önem taşımaktadır. 2014/65/EU sayılı AB Finansal Araç Piyasaları ve Değişiklik Yönergesi (MIFID II) finansal araç kavramını tanımlamakta ve burada devredilebilir menkul kıymetlerin neler olduğunu belirlemektedir. Avrupa Menkul Kıymetler Otoritesi, kripto varlıkların devredilebilirlik ve finansal bir değer ihtiva etmesi özelliklerini karşıladığı durumlarda artık onların MIFID II kapsamında bir devredilebilir menkul kıymet olarak sayılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁹. Bunun bir sonucu olarak, kripto varlıklar devredilebilir menkul kıymet niteliğini sağladıklarında MIFID II kapsamındaki ihraç ve düzenleme şartlarına tabi olacaktır.

¹⁶ Tevetoğlu, s. 39.

¹⁷ Moyle, Hu, Hawkins, Davis, s. 47; Maume, Maute, Fromberger, s. 178.

¹⁸ European Commission, Legal and Regulatory Framework for Blockchain, Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-blockchain>

¹⁹ Niels Vandezande, "Regulating Initial Coin Offerings and DAO Tokens Under The EU's Financial Instruments Framework", Law and Financial Markets Review, C:12, S:1(2020), s. 36.

Amerikan hukukunda ise, kripto varlık ilk arzları ile arza konu kripto varlıklar bazı şartları sağladıkları durumlarda bir sermaye piyasası aracı türü olan yatırım sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bir finansal aracın, yatırım sözleşmesi olup olmadığının belirlenmesi Howey testi adı verilen bir yöntem ile yapılmaktadır. Buna göre bir finansal araç yatırım sözleşmesi olarak belirlenirken; bir miktar para veya maddi değer yatırım yöneltmiş olması, ortak girişim, yatırımcının kazanç beklentisi, kazancın üçüncü kişilerin faaliyetlerinden kaynaklanması şartlarını sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmektedir²⁰. Amerikan Sermaye Piyasası Otoritesi SEC, 2017 yılında *Munchee* adındaki bir girişimin kripto varlık ilk arzı ile arz ettiği kripto varlıkların Howey testindeki unsurları karşılayarak bir yatırım sözleşmesi ve sermaye piyasası aracı olduğu sonucuna varmıştır²¹.

III. TÜRK SERMAYE PİYASASI HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRMELER

Türk hukukunda kripto varlık ilk arzları bakımından henüz yasal bir düzenleme yapılmamıştır. Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), 27.09.2018 tarih ve 47/1102 sayılı kararıyla kripto varlık ilk arzı hakkında bir duyuru yayınlamıştır. İlgili duyuruya göre SPK, kripto varlık ve kripto varlık ilk arzını tanımlayarak, kripto varlık ilk arzlarının SPK'nın düzenleme ve gözetim alanı dışında olduğu ifade etmektedir. Yine SPK, kripto varlık ilk arzlarının içerdikleri yüksek risk sebebiyle yatırımcıları uyarmaktadır²².

Kripto varlık ilk arzı ile arz edilen kripto varlıkların Türk Sermaye Piyasası Hukuku kapsamında sermaye piyasası aracı olup olmayacağına ilişkin bir değerlendirme yapılabilir. Sermaye piyasası araçları, SerPK m.3/(ş)'de; menkul kıymetler, türev araçlar, yatırım sözleşmeleri ve SPK tarafından sermaye piyasası aracı olma kapsamında belirlenecek araçlar olmak üzere sayılmaktadır.

SerPK m.3/1(o)'ya göre menkul kıymet; *"Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları, Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikaları"* olarak belirlenmiştir.

İlk menkul kıymet türü olan pay, anonim şirkete ait paylar açısından söz konusudur. Pay ihraçları kural olarak anonim şirkete ilişkin olup paylar şirketin sermayesinin bir kısmını temsil eder. Kripto varlıklar, ortaklık hakkı veya pay sahipliği hakkı olarak nitelendirilebilecek özellikteki haklar verebilecek şekilde kurgulansa bile, bunlar bir anonim şirket sermayesini temsil etmemektedir. Dolayısıyla kripto varlıklar bu şartı karşılayamaz. Bir anonim

²⁰ Oğuz Kürşat Ünal, Menkul Kıymetler, Ankara (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1988), s. 34 vd.

²¹ SEC, *Munchee Inc. Administrative Proceeding*, File No: 3-18304, Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://www.sec.gov/litigation/admin/2017/33-10445.pdf>

²² SPK, Bülten, Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2018&no=42>, s. 4.

şirketin pay ihracını kripto varlık çıkararak yapması da mevcut düzenlemeler kapsamında mümkün olamaz²³.

Bir diğer menkul kıymet türü borçlanma aracıdır. Borçlanma aracının tanımı, SPK VII-128.8 sayılı Borçlanma Araçları Tebliği ile yapılmıştır. Tebliğ m. 3/1(c)'ye göre borçlanma araçları: "İhraççıların bu Tebliğ hükümlerine göre borçlu sıfatıyla düzenleyerek ihraç ettikleri tahvilleri, paya dönüştürülebilir tahvilleri, değiştirilebilir tahvilleri, finansman bonolarını, kıymetli maden bonolarını ve bu Tebliğin 34 üncü maddesi çerçevesinde niteliği itibari ile borçlanma aracı olduğu Kurulca kabul edilecek sermaye piyasası araçları" olarak nitelendirilmektedir. Borçlanma araçlarında, ihraççı borçlanma aracı düzenleyerek fon toplamakta ve vadesi geldiğinde borçlanma aracını alan kişiye daha önce belirlenen faiz ile birlikte geri ödeme yapmaktadır. Kripto varlık ihraççıların bu kapsamdaki ihraççı hükümlerini karşılayamadığını ifade etmek gerekir.

Bir diğer sermaye piyasası aracı olan türev araç, SerPK m 3/1(u)'da sayılmaktadır. Türev aracın tanımı kanunda yapılmamıştır. Türev araç, değeri başka bir finansal varlık veya malın değerine doğrudan bağlı olan finansal araç olarak tanımlanabilir²⁴.

SPK 01.12.2017 tarih ve 32992422-299-E.13447 sayılı aracı kurumlar ve bankalara gönderdiği genel yazıda; aracı kurum ve bankaların müşterilere yönelik olarak sanal para birimlerine dayalı spot veya türev işlemler yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir²⁵. Yine SPK'nın Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine gönderdiği 23.09.2021 tarih ve E-32992422-299-11035 sayılı yazısında, yurtdışında yerleşik kripto varlık alım satım platformlarının paylarına dayalı fark kontratlarının, kripto varlıklara dayalı türev araçların müşterilere sunulmaması gerektiği ifade edilmektedir²⁶.

Bir diğer sermaye piyasası aracı olan yatırım sözleşmeleri, hukukumuzda henüz uygulama alanı bulamamıştır. Amerikan hukukunda kripto varlıkların Howey testinden geçirilerek uygun düştüğü ölçüde yatırım sözleşmesi olarak nitelendirilmesi görüşü bulunmaktadır. Türk hukukunda yatırım sözleşmelerine ilişkin olarak SPK'nın ikincil bir tebliği bulunmamaktadır.

Tüm bu sermaye piyasası araçları dışında, SerPK m.3(ş), Kurula sermaye piyasası aracı belirleme imkanı da tanımıştır. SerPK'da yer almayan bir sermaye piyasası aracının ortaya çıkarma yetkisinin SPK'ya tanınması, sermaye piyasasının değişen yapısına ilişkindir²⁷. Ancak SPK, kripto varlıklara ilişkin olarak bu kapsamda ikincil bir düzenleme yapmış değildir.

²³ Eylem Aksoy Retornaz, Osman Gazi Güçlütürk, editör, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, (İstanbul: Oniki Levha Yayinevi, 2021), s.227.

²⁴ Burak Adıgüzel, Sermaye Piyasası Hukuku, (Ankara: Adalet Yayinevi, 2018), s. 130.

²⁵ Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, Genel Mektup, Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2017/12/Genel-Mektup-785-Sanal-Paralara-Dayal%C4%B1-%C4%B0%C5%9Flemeler-hk..pdf>

²⁶ Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, Genel Mektup, Erişim Tarihi: 09.08.2022, https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2021/09/TSPB-Genel-Mektup_850_-Kripto-Varlik-Alim-Satim-Platformu-hk_23092021.pdf

²⁷ Burak Adıgüzel, "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C:3, S:1 (2017), s. 7

Bunların yanı sıra kitle fonlaması düzenlemeleri kapsamında kripto varlık ilk arzları değerlendirilebilir. Kitle fonlaması, girişimcilerin projelerini gerçekleştirmek için kitle fonlama platformları üzerinden halktan para toplamak suretiyle iş fikirlerine veya projelerine finansman sağladıkları bir yöntemdir²⁸. Kitle fonlamalarında bir internet sitesi üzerinden düzenlenen kampanya ile girişimciler fon toplayabilmektedir. Kitle fonlamasına ilişkin ikincil düzenleme ise, 27.11.2021 tarih ve 31641 sayılı SPK'nın III-35/A.2 Kitle Fonlaması Tebliğidir (KF Tebliği). Tebliğ, paya ve borçlanmaya dayalı kitle fonlaması için düzenleme getirmektedir. Kripto varlık ilk arzlarının kitle fonlamasını aşan bazı yönleri bulunmakla birlikte, kitle fonlaması için öngörülen bazı özellikleri ihtiva ettiği ölçüde kitle fonlaması kapsamında kalabilecektir. Nitekim SPK, kripto varlık ilk arzlarının SPK'nın düzenleyici sınırına girip girmeyeceğinin durum bazında farklılık göstereceğini vurgulamaktadır. Buna göre, kitle fonlaması adıyla yapılan izinsiz kripto varlık arzlarının SPK'nın denetiminde kalacağını ifade etmektedir²⁹. Kripto varlık ilk arzları kitle fonlaması için gereken şartları oluşturursa bu kapsamda değerlendirilebilir.

SONUÇ

Kripto varlık ilk arzları yeni bir finansman yöntemi olup, bir girişimin fon sağlamak amacıyla kripto varlık çıkararak karşılığında katılımcılardan bir para benzeri kripto varlık ya da itibari para toplamasıdır. Kripto varlık ilk arzlarına ilişkin hukuki nitelendirmenin yapılabilmesi için katılımcılara arz edilen kripto varlıkların niteliği önem taşımaktadır. Menkul kıymet benzeri olan kripto varlıklar, pay ve tahvillere benzerlik göstermektedir. Avrupa Birliği düzenlemelerinde ve Amerikan Hukukunda bazı durumlarda bu kripto varlıkların sermaye piyasası aracı olabileceği tartışılmaktadır. Avrupa Birliği düzenlemelerinde, kripto varlıkların bazı durumlarda MIFID II kapsamında devredilebilir menkul kıymetler kapsamında kalabileceği ifade edilirken; Amerikan hukukunda kripto varlıklar bazı durumlarda genel nitelikteki bir sermaye piyasası aracı olan yatırım sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmektedir. Türk hukuku bakımından kripto varlıklar, menkul kıymetlerin özelliklerini karşılayamamaktadır. Türev araçlar bakımından, SPK'nın ilgili duyurusu ile kripto varlıkların türev araçlara konu sözleşmelere konu edilmemesi öngörülmektedir. Yatırım sözleşmeleri ve diğer sermaye piyasası araçları bakımından ise SPK ikincil bir düzenleme yapmamıştır. Son olarak kripto varlık ilk arzları bazı durumlarda kitle fonlamasının unsurlarını taşırsa bu kapsamda da değerlendirilebilir.

²⁸ 28.11.2017 tarih ve 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları İle Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m.107 gerekçesi.

²⁹SPK, Bülten, s.4.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak. "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C:3, S:1 (2017)
- Adıgüzel, Burak. Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- European Commission, Legal and Regulatory Framework for Blokchain, Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-blockchain>
- Eylem Aksoy Retornaz, Osman Gazi Güçlütürk, editör, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2021.
- FINMA, Guidelines For Enquiries Regarding The Regulatory Framework For Initial Coin Offerings (ICOs), Published 16 February 2018, Erişim Tarihi: 09.08.2022, https://www.finma.ch/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-ico.pdf?sc_lang=en&hash=C9899ACF22747D56C800C6C41A7E28AB
- Maume, Phillip; Maute, Lena; Fromberger, Mathias, editör. *The Law of Crypto Assets*. Singapur: Beck Publishing, 2022.
- Mendelson, Michael. "From Initial Coin Offerings to Security Token Offerings: a U.S. Federal Securities Law Analysis", *22 Stan. Tech. Law Review*, C:52 (2019).
- Moyle, Andrew C.; Hu, Wenchi; Hawkins, Simon; Davis, Stuart. "Coining in it: ICOs As The New Fundraising Paradigm?", *Robotics, Artificial Intelligence & Law I* January-February 2018, C: 1, S:1.
- Nakamoto, Satoshi. "Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System", Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>
- SEC, Munchee Inc. Administrative Proceeding, File No: 3-18304, Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://www.sec.gov/litigation/admin/2017/33-10445.pdf>
- SPK, Bülten, Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2018&no=42>
- Tevetoğlu, Mete. ICO (İlk Dijital Para Arzı) ve Yatırımcının Korunması, Aristo Yayınevi, 2020.
- Ünal, Oğuz Kürşat. Menkul Kıymetler, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1988.
- Vandezande, Niels. "Regulating Initial Coin Offerings and DAO Tokens Under The EU's Financial Instruments Framework", *Law and Financial Markets Review*, C:12, S:1(2020)
- Wright, Aaron; De Filippi, Primavera. "Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia", Erişim Tarihi: 09.08.2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664

KONKORDATO MÜHLETİ KARARININ ALACAĞIN DEVRİNE ETKİSİ

Ömer Faruk DEMİR *

GİRİŞ

İcra ve İflas Kanunu'na konkordato mühleti kararının alacağın devrine etkisine (sonucuna) ilişkin hüküm İİK m. 294'te yer almaktadır. *İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 7101 Sayılı Kanun*' ile yapılan değişiklikler neticesinde konkordato mühleti kararının alacağın devrine etkisinin yer aldığı İİK m. 294'te de değişiklikler yapılmıştır¹. 7101 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler neticesinde alacaklıların haklarına konkordato süresi boyunca bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu değişiklikler ve sınırlamaların amacı, konkordato sürecinde borçlunun konkordato projesini gerçekleştirebilmesi, devam eden işlerine ilişkin faaliyetlerine rahat bir şekilde devam etmesi ve alacaklıların alacaklarına ilişkin muhtemel takip ve dava baskısı altında olmadan faaliyetlerini sürdürebilmesidir².

'*Kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları*' başlığı altında düzenlenen İİK m. 294'teki hükümlerden bir tanesi de konkordato mühleti kararının alacağın devrine olan etkisine (sonucuna) ilişkindir. İİK m. 294/6'da, "*Konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür.*" hükmüne yer verilerek konkordato mühleti kararının alacağın devrine olan etkisi açıkça ifade edilmiştir³.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD, farukomercandemir@hotmail.com.

¹ İlgili değişiklikten önce mühlet kararının alacaklılar bakımından sonuçları İİK m. 289'da yer almaktaydı. 7101 sayılı Kanun değişikliğinden önce, konkordato mühleti karardan önce yapılan alacağın devrine ilişkin İİK'da herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu sebeple, bu tarz bir tasarruf işlemi söz konusu olduğunda, mülga İİK m. 290/2 kapsamında değerlendirme yapılarak alacağın devrinin geçersiz olması sağlanabilmekteydi. Fakat belirtmek gerekir ki, mülga İİK m. 290/2'deki hüküm, gerçekleştirilecek devirleri taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatı bakımından hükümsüz kılmaktaydı. Serdar KALE, 7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5 (1), Bahar 2018, s. 235 vd; Serpil IŞIK, 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi, MÜHF-HAD, Cilt 28, Sayı 1, Haziran 2022, s. 421.

² M. SERHAT SARISÖZEN, KONKORDATO HUKUKINDA YENİLİKLER, 3. BASKI, Yetkin Yayınları, 2019, s. 166.

³ İİK m. 288'de 'Geçici mühlet kesin mühletin sonuçlarını doğurur.' ifadesine açıkça yer verildiğinden, geçici mühlet kararının verilmesi ile kesin mühlet kararının sonuçları meydana

Alacağın devri işlemine ilişkin hükümler, TBK m. 183 ve devamında düzenlenmiştir. İİK m. 294/6'da alacağın devrine ilişkin sadece konkordato mühleti kararının etkisi açısından düzenleme mevcuttur. İİK m. 294/6'daki alacağın devrine ilişkin hüküm, TBK'daki hükümlere uyumlu bir şekilde düzenlenmiş olup herhangi bir değişiklik veya farklı düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla alacağın devrinde, devrin yapıldığı zaman, devrin etki ve şartları, müstakbel alacağın doğması ve muaccel olması gibi hususlar bakımından TBK'daki ilgili hükümlere göre tespit yapılacaktır. Çalışmamızda, alacağın devrinde müstakbel alacağın devir anı, muaccel olma zamanı ve alacağın doğma anının konkordato mühleti kararı bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır.

İİK m. 294/6'da, konkordato borçlusunun konkordato mühleti kararı verilmeden önce mevcut ya da müstakbel bir alacağını devredebileceği, devredilen müstakbel alacağın konkordato mühleti kararından sonra doğması durumunda alacağın devri işleminin hükümsüz olacağı açıkça anlaşılmaktadır⁴. Devredilen alacak konkordato mühleti kararından sonra doğarsa, bu devir hükümsüz olacağından, devredilen alacak hakkı konkordato kapsamında olacak ve alacaklılar alacağını konkordato kapsamında bu alaktan tahsil edebilirler⁵.

I. ALACAĞIN DEVRİ

A. GENEL OLARAK

Alacağın devri işleminin tabi olduğu hüküm ve şartlar, esasen TBK'da m. 183 ve devamında düzenlenmiştir. Alacağın devrine ilişkin İİK'nın ilgili hükmünde (İİK m. 294/6'da) sadece konkordato mühleti kararının alacağın devrine etkisi açısından hüküm mevcuttur. İİK'daki alacağın devrine ilişkin hüküm, TBK'ya uyumlu bir şekilde düzenlenmiş olup herhangi bir değişiklik veya farklı düzenleme mevcut değildir⁶. Dolayısıyla alacağın devrinde, devrin yapıldığı zaman, devrin etki ve şartları, müstakbel alacağın doğması ve muaccel olması gibi hususlar bakımından TBK'daki ilgili hükümlere göre tespit yapılacaktır. Bu sebeple, alacağın devrinde müstakbel alacağın devir anı, alacağın doğma anı ve muaccel olma zamanının konkordato mühleti kararı bakımından değerlendirilebilmesi için öncelikle TBK hükümleri bakımından bu hususların incelenmesi gerekecektir.

gelecektir. Dolayısıyla alacağın devri bakımından geçici mühlet kararının verilmesi ile kesin mühlet kararının verilmesi aynı sonucu doğuracaktır. Bu sebeple çalışmanın başlığı İİK m. 294'teki düzenlemede yer alan 'Kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları' başlığında gibi değil de hem geçici mühlet hem de kesin mühlet kararını kapsayacak şekilde 'Konkordato mühleti kararının alacağın devrine etkisi' olarak belirlenmiştir.

⁴ Suphi ASLANOĞLU/Selim CENGİZ, Konkordato Kurumunda Kesin Mühlet: Alacaklı, Borçlu ve Sözleşmeler Açısından Sonuçlarının Değerlendirilmesi, *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (JEBPIR)* 2021, 7 (1), s. 58.

⁵ Aslanoğlu/Cengiz, s. 58.

⁶ Şükrü SARAÇ, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Ankara, 2019, s. 47.

B. ALACAĞIN DEVRİ KAVRAMI

Alacağın devri, alacaklının borç ilişkisinden doğan alacağını borçlunun rızası olmaksızın bir sözleşmeye dayalı olarak üçüncü bir kişiye devretmesidir⁷. Alacağın devri esasen mevcut bir alacakta alacaklının değişmesi işlemidir.

Alacağın devri, TBK m. 183 ve devamında düzenlenmiştir. Alacağın devri işlemi, TBK m. 184 hükmü gereği yazılı şekle tabi olduğundan, alacağın devri işlemi yazılı olarak yapılabilir.

Alacağın devri sözleşmesi neticesinde yeni alacaklı, devreden alacaklıya ait olan alacağı ve o alacak üzerindeki tasarruf yetkisini alır. Alacağın devri sözleşmesi ile devreden alacaklı (esas) sözleşmeyi bir bütün olarak devretmemekte sadece alacak hakkını devretmektedir⁸. Böylelikle, alacağın devri işlemiyle esas sözleşmeden kaynaklanan diğer hak, defi veya yenilik doğuran hakların devri sağlanmamaktadır. Bunun sonucu olarak, alacağın devri işleminden sonra borçlunun durumu değişmediğinden, alacağın devri için borçlunun rızası da gerekli değildir. Borçlu, alacağın devri işleminden sonra alacaklıya karşı sahip olduğu hak ve defilerini devralan alacaklıya karşı da ileri sürebilir (TBK m. 188)⁹.

TBK hükümleri uyarınca kural olarak bütün alacaklılar alacağın devrine konu yapılabilir¹⁰. Mevcut bir alacak alacağın devrine konu yapılabildiği gibi henüz doğmamış ileri doğacak müstakbel bir alacak da alacağın devrine konu yapılabilir. Aynı şekilde muaccel olmuş bir alacak devredilebildiği gibi vadeye bağlanmış ve henüz muaccel olmayan bir alacak veya şarta bağlanmış bir alacak da devredilebilir. Ayrıca alacağın devri bakımından devredilen alacağın kaynağı da önemli değildir. Yani devredilen alacağın; hukuki işleminden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya doğrudan kanundan doğan bir alacak olmasının alacağın devri bakımından bir farkı yoktur¹¹.

C. MÜSTAKBEL BİR ALACAĞIN DEVRİ

Bir hukuki ilişkiden kaynaklanan, henüz doğmamış (meydana gelmemiş) fakat ileride doğması muhtemel olan alacaklara müstakbel alacak denir. Bir alacağın müstakbel alacak olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın temelini oluşturan bir hukuki ilişkinin mevcut olması, bu hukuki ilişkiden doğacak olan

⁷ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, 2017, s. 1248.

⁸ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, 2017, s. 1248 vd.

⁹ Bazı hükümün amacı, alacağın devri işleminden sonra borçlunun durumunu ağırlaştırmamaktır.

¹⁰ Bazı alacakların devredilemeyeceği (örneğin, devri caiz olmayan alacaklar) kanun ile yasaklanmıştır. Aynı şekilde taraflar da kendi aralarında yaptıkları bir sözleşmeyle bazı alacakların devredilemeyeceğini kararlaştırmış olabilir. Bu durumlarda alacağın devri söz konusu olamayacaktır. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1977, s. 631 vd.

¹¹ HGK, T. 21.03.2019, E. 2017/2630, K. 2019/328, www.kazanci.com.tr

alacağın ve borçlusunun belirli olması gerekir. Bu hukuki ilişkiden doğacak olan alacağın miktarının (veya değerinin) belirli olup olmamasının alacağın devri bakımından bir önemi yoktur¹². Dolayısıyla temeli bir hukuki ilişkiye dayanan müstakbel bir alacağın, alacağın devrine konu yapılabilmesi için alacağın (türünün) ve borçlusunun belirli olması yeterlidir. Müstakbel alacağın devrinde beklenen (muhtemel) alacağın devri söz konusu olmakta ve alacağın devri, alacak doğduktan (meydana geldikten) sonra gerçekleşmektedir¹³.

TBK hükümleri uyarınca müstakbel bir alacağın devredilmesine ilişkin herhangi bir engel durum veya hüküm yoktur. Dolayısıyla mevcut bir alacak alacağın devrine konu yapılabilirdiği gibi henüz doğmamış ileri doğacak müstakbel bir alacak da alacağın devrine konu yapılabilir. Aynı şekilde muaccel olmuş bir alacak devredilebildiği gibi vadeye bağlanmış ve henüz muaccel olmayan bir alacak veya şarta bağlanmış bir alacak da devredilebilir.

II. KONKORDATO MÜHLETİ KARARININ ALACAĞIN DEVRİNE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Konkordato Mühleti Kararının Verilmesi

Konkordato, borçlarını ödeyemeyecek durumda olan ya da ödeyememe tehlikesi altında olan dürüst borçlunun iflas etmek yerine alacaklılarıyla anlaşmak suretiyle borçlarını daha az ödeyerek (tenzilat) veya taksitler halinde (vade) ödeyerek borçlarını ödemek ve mali durumunu düzeltmek amacıyla mahkemeye başvurmasıdır¹⁴. Konkordato talebinde bulunan borçlu, kanunen gerekli olan belgeleri asliye ticaret mahkemesine sunarak mahkemeden geçici mühlet kararı talep eder¹⁵. Konkordato talebini alan mahkeme, kanunen gerekli olan belgelerin eksik olmadığını geçici mühlet kararı verme şartlarının mevcut olduğunu tespit ederse derhal geçici mühlet kararı verir. Geçici mühlet kararı, kesin mühlet kararını sonuç ve etkilerini doğurur (İİK m. 288).

Geçici mühlet kararından sonra geçici mühlet süresi içerisinde borçlu veya konkordato talep eden alacaklının/alacaklıların talep etmesi ve kanunen öngörülen şartların mevcut olması durumunda mahkeme bir yıllık kesin mühlet kararı verecektir (İİK m. 289/3). Mahkemenin kesin mühlet kararı verebilmesi için konkordato projesinin başarıya ulaşmasının imkan dahilinde olması, objektif kriterlerin sağlanmış olması ve geçici komiser raporunun olumlu olması gerekir (İİK m. 289/2)¹⁶.

¹² Baki KURU, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 492. Örneğin, işçilerin veya memurların ücret veya maaş alacakları, müstakbel alacaklardır.

¹³ Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul, 2012, s. 540 vd.

¹⁴ Detaylı bilgi için bakınız: KALE, s. 214 vd.

¹⁵ Konkordato talebinde borçlunun kendisi bulunabileceği gibi alacaklılarından herhangi birisi de talep edebilir.

¹⁶ KALE, s. 225 vd.

B. Konkordato Kararının Alacaklılar Bakımından Sonuçları (Etkileri)

Konkordato kararının alacaklılar bakımından sonuçları İİK m. 294'te '*Kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları*' başlığı altında düzenlenmiştir¹⁷. Konkordato mühleti kararının alacağın devrine olan etkisine ilişkin hükümde her ne kadar '*Kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları*' ifadesine yer verilmişse de İİK m. 288'de '*Geçici mühlet kesin mühletin sonuçlarını doğurur.*' ifadesine açıkça yer verildiğinden, geçici mühlet kararının verilmesi ile kesin mühlet kararının sonuçları meydana gelecektir. Dolayısıyla konkordato kararının alacaklılar bakımından sonuçları açısından geçici mühlet kararının verilmesi ile kesin mühlet kararının verilmesi aynı sonucu doğuracaktır.

Konkordato kararının alacaklılar bakımından sonuçları İİK m. 294'te özetle, borçlu aleyhine başlatılan takiplerin ve hacizlerin duracağı, ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizlerin duracağı, rehinle teminat altına alınan alacaklar dışındaki alacaklara faizin işlemeyeceği ve alacağın devri ile devredilen alacak konkordato mühleti kararından sonra doğarsa, bu devir hükümsüz olacağı hükümleri mevcuttur. Konkordato kararının alacaklılar bakımından sonuçları açısından sayılan bu sonuçlardan (etkilerden) konkordato mühleti kararının alacağın devrine olan etkisi çalışmamızın konusu teşkil ettiğinden, sadece bu sonuca (etkiye) yönelik açıklamalara yer verilecek olup konkordato kararının alacaklılar bakımından diğer sonuçlarına değinilmeyecektir.

İİK m. 294'te '*Kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları*' başlığı altında düzenlenen hükümlerden bir tanesi de konkordato mühleti kararının alacağın devrine etkisine ilişkindir. İİK m. 294/6'da, "*Konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür.*" hükmüne yer verilerek konkordato mühleti kararının alacağın devrine olan etkisi açıkça ifade edilmiştir¹⁸. Konkordato mühleti kararının alacağın devrine olan etkisine ilişkin hükümde her ne kadar '*Kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları*' ifadesine yer verilmişse de İİK m. 288'deki hüküm gereği geçici mühlet kararının verilmesi ile kesin mühlet kararının sonuçları meydana gelecektir¹⁹.

¹⁷ İİK m. 294'te '*Kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları*' başlığı altında düzenlenen hükümlerden bir tanesi de konkordato mühleti kararının alacağın devrine etkisine ilişkindir (İİK m. 294/6'da düzenlenmiştir).

¹⁸ Burada zikredilen alacağın hangi tür alacaklar olduğu İİK'da belirtilmemiştir. İİK m. 206/1'deki imtiyazlı alacaklar bakımından takipler yapılabiliş konkordato mühleti içerisinde ödenmesi sağlanacağından, bu alacaklar bakımından İİK m. 294/6'daki devir yasağı söz konusu olmayacaktır. İŞİK, s. 428.

¹⁹ Bu sebeple biz de çalışmamızın başlığını kesin mühlet kararının alacağın devrine etkisi olarak değil de; "KONKORDATO MÜHLETİ KARARININ ALACAĞIN DEVRİNE ETKİSİ" olarak belirledik.

Konkordato kararının bu etkilerinin ve alacaklılar bakımından getirilen bu sınırlamaların amacı, borçlunun konkordato projesini gerçekleştirebilmesi, devam eden işlerine ilişkin faaliyetlerine rahat bir şekilde devam etmesi ve alacaklıların alacaklarına ilişkin muhtemel takip ve dava baskısı altında olmadan faaliyetlerini sürdürebilmesi, borçlunun mali durumunun stabilize edilmiş olması ve borçlunun malvarlığında daha fazla azalma olmamasıdır²⁰.

C. KONKORDATO MÜHLETİ KARARININ ALACAĞIN DEVRİNE ETKİSİ

Konkordato mühleti kararının alacağın devrine olan etkisine (sonucuna) ilişkin İİK m. 294/6 hükmüne bakıldığında, konkordato borçlusunun konkordato mühleti kararı verilmeden önce mevcut ya da müstakbel bir alacağını devredebileceği, devredilen müstakbel alacağın konkordato mühleti kararından sonra doğması (meydana gelmesi) durumunda alacağın devri işleminin hükümsüz olacağı açıkça anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, müstakbel bir alacağın devri işleminin konkordato mühleti kararından etkilenebilmesi için devredilen alacağın konkordato mühleti kararından sonra doğmuş olması gerekir²¹.

Alacağın devrine ilişkin İİK m. 294/6'da düzenlenen hükümsüzlük şartı, konkordato mühleti kararının verilmesinden önce taraflarca müstakbel bir alacağın devredilmesine ilişkin bir sözleşmenin yapılmış olması ve bu sözleşme uyarınca devredilen müstakbel alacağın da konkordato mühleti süresi içerisinde doğmuş olmasını ifade etmektedir²². Devredilen alacak konkordato mühleti kararından sonra doğarsa, bu devir hükümsüz olacağından, devredilen alacak hakkı konkordato kapsamında olacak ve alacaklılar alacağın konkordato kapsamında bu alaktan tahsil edebilirler. Devredilen müstakbel alacak konkordato mühleti kararından önce doğmuşsa artık konkordato mühleti kararından etkilenmez, devir işlemi geçerliliğini korur ve konkordato kapsamına alınamaz²³. Dolayısıyla alacaklılar artık devredilen bu alaktan yararlanamaz.

Önemle belirtmek gerekir ki, alacağın devrinin konkordato mühleti kararından etkilenebilmesi için müstakbel bir alacağın mühlet kararından önce devredilmiş olması ve bu müstakbel alacağın konkordato mühleti içerisinde

²⁰ IŞIK, s. 420 vd; SARISÖZEN, s. 166 vd.

²¹ Örneğin, İhaleden doğan bir alacağın devredilmesinden sonra konkordato mühleti kararı verilmesi durumunda, konkordato mühleti kararından sonra ihaleye konu işe ilişkin kabul edilmiş hak edişlerin doğması durumunda, konkordato mühleti kararından önce yapılan bu alacağın devri işlemi, hükümsüz (geçersiz) olacak ve bu hak ediş bedelleri konkordato kapsamına dahil edilecektir. Talih UYAR, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Ankara: Şen Matbaa, 2019, s. 90 vd.

²² SARAÇ, s. 47.

²³ İİK m. 294/6'daki bu düzenleme, mehz İsviçre hukukunda da benzer şekilde yer almaktadır. Bu husus bizde olduğu gibi İsviçre hukuku bakımından da yeni sayılabilecek bir düzenlemedir. Daniel HUNKELER, Schuldbetreibungs und Konkursgesetz II, 2. Auflage. Art. 297, Rdn. 29.

doğmuş olması gerekir. Bu şartları haiz olan bir alacağın devri konkordato mühleti kararından etkilenir ve geçersiz hale gelir. Dolayısıyla devredilen bir müstakbel alacağın konkordato mühletinden etkilenip etkilenmemesinde belirleyici etken müstakbel alacağın doğum anıdır²⁴. Alacağın devrine konu yapılan alacağın doğum anının ne zaman olduğunun tespiti ise TBK hükümleri ve alacağın temelini oluşturan hukuki işlem uyarınca yapılacaktır²⁵.

İİK m. 94/6'daki bu düzenlemeye bakıldığında, mevcut olan fakat henüz muaccel olmayan (vadesi gelmeyen) bir alacağın konkordato mühleti kararından önce devredilmesi durumuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun koyucu, devredilen müstakbel alacağın mühlet içerisinde doğması durumunda hükümsüz olacağını açıkça düzenlemesine rağmen; devredilen alacağın mevcut olup ta mühlet içerisinde muaccel olması durumuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemesinden, devredilen bu mevcut alacaklılarının geçerliliğini koruduğu ve konkordato mühleti kararından etkilenmediği şeklinde yorumlamak gerekecektir. Doktrinde de bu yönde görüşler ileri sürülmüştür²⁶. Dolayısıyla mevcut olan ve fakat henüz muaccel olmayan bir alacak, alacağın devrine konu yapıлып konkordato mühleti kararından sonra muaccel olması durumunda konkordato mühleti kararından etkilenmez. Devredilen alacak, konkordato mühleti kararından sonra muaccel hale gelirse, alacağın devri mühlet kararından etkilenmez ve geçerliliğini koruyacaktır²⁷. Bu ihtimalde, devredilen alacak konkordato kapsamında olmaz ve devralan alacaklı konkordato kararından etkilenmeksizin devraldığı alacağının tamamını alır²⁸.

Alacağın devrine ilişkin İİK m. 294/6'da düzenlenen hükümsüzlük şartı, devredilen bu alacağın konkordato kapsamında olduğu, alacaklıların bu alaktan faydalanabileceği (konkordato projesi kapsamında alacaklarını tahsil edebilecekleri) ve devralan kişinin konkordato kapsamına dahil olan bu alacağını konkordato projesi süresince (konkordato kapsamında olduğundan)

²⁴ KALE, s. 73.

²⁵ Hakan PEKCANITEZ/Güray ERDÖNMEZ, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, 2018, s. 101 vd.

²⁶ PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 102 vd; KALE, s. 73; HUNKELER, Art. 297, Rdn. 29; UYAR, s. 90 vd.

²⁷ SARAÇ, s. 47. Örneğin, bir sigorta alacağının tazminine ilişkin TTK m. 1446 hükmü uyarınca sigorta ettiren kişinin riziko gerçekleşince hemen sigortacıya bu durumu bildirmesi lazım. TTK m. 1427'de ise rizikonun gerçekleşmesi ihbarından itibaren 45 sonra alacağın muaccel olacağı hükmü mevcuttur. bu durumda, sigorta alacaklısı, bu alacağın muaccel olma süresi olan 45 günlük süre içerisinde alacağını devreder ve bu süre içerisinde de konkordato mühleti kararı verirse, alacağın devri geçerliliğini koruyacak ve devralan alacaklı konkordatodan etkilenmeksizin alacağını tahsil edebilecektir. Çünkü bu ihtimalde TTK m. 1446 hükmü uyarınca rizikonun gerçekleştiği ihbarında bulunulması ile alacak doğmakta ve mevcut hale gelmekte sadece muaccel olması konkordato mühleti içerisinde gerçekleşmektedir. Bu nedenle devredilen bu alacak konkordato kapsamına alınmayacaktır.

²⁸ PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 101 vd.

alamayacağını ifade etmektedir. Konkordato mühleti kararının verilmesi, alacağın devrini gelecek için sonra erdirmektedir. Mehaz İsviçre İİK'da da aynı yönde hüküm mevcuttur (İsviçre İİK m. 297). Yani konkordato mühleti kararından sonra (mühlet içerisinde) doğan alacağın konu yapıldığı alacağın devri, hükümsüzdür ve bu hükümsüzlük gelecek için de sonuç doğurur (etkisi daimidir)²⁹. Gerek bizim ilgili hükmün gerekçesinde gerekse İsviçre hukukundaki ilgili hükmün düzenleme amacında³⁰ belirtildiği üzere İİK m. 294/6 hükmünün amacı, borçlunun malvarlığını korumak ve borçluya likidite sağlamaktır³¹.

Son olarak, alacaklılar konkordatoyu şartlı olarak kabul eder ve kendi haklarını borçtan birlikte sorumlu olduğu kişilere ödeme karşılığında devretmeyi teklif edip (TBK m. 183 vd.) onlara toplantıyı on gün öncesinden haber vermişse³², bu kişilere karşı haklarını tam olarak korumuş olurlar (İİK m. 303/2)³³.

²⁹ Doktrinde, İİK m. 294/6'daki hükümsüzlük hakkında farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre; İİK m. 294/6'daki hükümsüzlük sonucu, TBK m. 27 ve devamında düzenlenen kesin hükümsüzlük durumu olmayıp, sadece konkordato kapsamında ileri sürülebilecek bir nispi geçersizlik halidir. Bu görüşe göre devralan alacaklı alacağını konkordato kapsamında tahsil edebilecektir. Murat ATALI/İbrahim ERMENEK/Ersin ERDOĞAN, İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin, 2020. Kanaatimizce bu görüşte belirtilen nispi geçersizlik görüşü, İİK m. 294/6'da ifade edilen hükümsüzlüğü karşılamamaktadır. İİK m. 294/6'daki hükümsüzlüğe ilişkin doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, alacağın devri sözleşmesinin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Müjgan TUNÇ YÜCEL, Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 202. Kanaatimizce de İİK m. 294/6'da ifade edilen hükümsüzlük, kesin hükümsüzlük durumlarından birisi olarak anlaşılmalıdır. Zira gerek İİK m. 294/6'daki hükmün düzenleniş amacından, gerekse lafzından kanun koyucunun borçlunun malvarlığını koruma amacı ve Mehaz İsviçre hukukundaki düzenlemeye paralel olarak konkordato borçlusuna likidite sağlaması amacından da anlaşılacağı üzere, alacağın devrinin kesin hükümsüz olacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

³⁰ İsviçre hukukunda ilgili hükmün düzenleniş amacı, borçluya likidite sağlamaktır. Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Basler Kommentar SchKG Ergänzungsband, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK SchKG Ergänzungsband), 2. Auflage, Basel 2017, N. 8.

³¹ Detaylı bilgi için bakınız: İŞİK, s. 420 vd. "Bu hükmün amacı borçlunun konkordato alacaklılarının müracaat edebileceği malvarlığını korumaktır. Her ne kadar bu fıkra ile elde edilmek istenen amaca 277 ve devamı maddelerinden düzenlenen tasarrufun iptali davası ile de ulaşılabileceği düşünülebilirse de, tasarrufun iptali davasının şartlarının (özellikle aciz vesikası alma şartının) pek çok olayda gerçekleşmeyebileceği dikkate alınarak İsviçre İcra ve İflas Kanunundaki çözüm şeklinin daha uygun olduğu sonucuna varılarak yedinci fıkra düzenlenmektedir". PEKCANİTEZ/ERDÖNMEZ, s. 101.

³² İhsan ERDOĞAN, Konkordatonun Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi, Yargıtay Dergisi, Temmuz/1984, s. 318 vd.

³³ Baki KURU, İcra ve İflas Hukuku, Cilt: IV, İstanbul: Alfa Basın, 1997, s. 3813; KURU, El Kitabı, s. 1517 vd.

SONUÇ

İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 7101 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle alacaklıların haklarına konkordato süresi boyunca bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu değişikliklerden bir tanesi de konkordato mühleti kararının alacağın devrine olan etkisine ilişkin hükümdür. İİK m. 294/6'da konkordato mühleti kararının alacağın devrine olan etkisi, konkordato mühleti karardan önce devredilen müstakbel alacak, konkordato mühleti karardan sonra doğmuş ise, yapılan bu devrin hükümsüz olduğu açıkça ifade edilmiştir. Konkordato mühleti kararının alacağın devrine olan etkisine ilişkin hükümde her ne kadar *'Kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları'* ifadesine yer verilmişse de geçici mühlet kararının verilmesi ile kesin mühlet kararının sonuçları meydana gelecektir.

İİK m. 294/6'daki müstakbel alacağın devrine ilişkin özel bir düzenlemede borçlunun malvarlığının korunması ve mali durumunun iyileştirilmesinin amaçlanması, konkordato kurumunun genel amacına uygun bir tutumdur. Böylelikle, konkordato mühleti karardan önce gerçekleştirilen müstakbel bir alacağın devri yükümlülüğünden kurtulan borçlu daha iyi şartlarda mali durumunu düzeltme imkânına da sahip olacaktır

Alacağın devri işleminin hüküm ve şartları, TBK m. 183 ve devamındaki hükümlere tabidir. Alacağın devrine ilişkin İİK m. 294/6'da sadece konkordato mühleti kararının alacağın devrine etkisine yer verilmiş ve TBK'daki alacağın devri hükümlerine uyumlu bir düzenleme mevcuttur. Alacağın devrinin yapıldığı zaman, devrin etkisi ve şartları, müstakbel alacağın doğması ve muaccel olması gibi hususlar, TBK'daki ilgili hükümlere göre tespit edilecektir.

Devredilen alacak konkordato mühleti karardan sonra doğarsa, bu devir hükümsüz olacağından, devredilen alacak hakkı konkordato kapsamında olacak ve alacaklılar alacağını konkordato kapsamında bu alaktan tahsil edebilirler. Devredilen müstakbel alacak konkordato mühleti karardan önce doğmuşsa artık konkordato mühleti karardan etkilenmez, devir işlemi geçerliliğini korur ve konkordato kapsamına alınamaz.

KAYNAKÇA

- ASLANOĞLU Suphi/CENGİZ Selim, **Konkordato Kurumunda Kesin Mühlet: Alacaklı, Borçlu ve Sözleşmeler Açısından Sonuçlarının Değerlendirilmesi**, Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (JEBPIR) 2021, 7 (1).
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflas Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Yetkin, 2020.
- BAUER Thomas/STAEHELİN Daniel, **Basler Kommentar SchKG Ergänzungsband, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK SchKG Ergänzungsband)**, 2. Auflage, Basel 2017.
- BUDAK Ali Cem/KARAASLAN Varol, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- ERDOĞAN İhsan, **Konkordatonun Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi**, Yargıtay Dergisi, Temmuz/1984.
- EREN Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Basım, Ankara, 2015.
- Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, İstanbul 1977.
- HUNKELER Daniel, **Schuldbetreibungs und Konkursgesetz II**, 2. Auflage
- IŞIK Serpil, **7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi**, MÜHF-HAD, Cilt 28, Sayı 1, Haziran 2022.
- KALE Serdar, **7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato**, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5 (1), Bahar 2018.
- KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Ankara, 2013.
- KURU Baki, **İcra ve İflas Hukuku**, Cilt: IV, İstanbul: Alfa Basım, 1997.
- OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul, 2012.
- PEKCANITEZ Hakan/ERDÖNMEZ Güray, **7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, İstanbul, 2018.
- PEKCANITEZ Hakan/ÖZEKES Muhammet/AKKAN Mine/TAŞ KORKMAZ Hül-ya, **Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- SARAÇ Şükrü, **7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, Ankara, 2019.

SARISÖZEN M. SERHAT, **KONKORDATO HUKUKINDA YENİLİKLER**, 3. BASKI, Yetkin Yayınları, 2019.

POSTACIOĞLU İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Ankara 1979.

TEKBAŞ Abdullah, **Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi**, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını, Ankara, 2009.

TUNÇ YÜCEL Müjgan, **Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020.

UYAR Talih, **Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri**, Ankara: Şen Matbaa, 2019.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt II, 7. Bası, İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.

YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA İHYA OLGUSU

*Feride DEMİRBAŞ **

GİRİŞ

Üretim faktörlerinden biri olan toprak, arzı esnek olmayan, kıt bir kaynaktır. Özellikle üzerinde tarım yapılabilen topraklar daha da sınırlıdır. Dünyada yaşanan iklim ve gıda krizi, artan nüfus, kuraklık ve bölgesel istikrarsızlıklar, tarım topraklarının önemini bir kez daha fark ettirmiş; bu sahaların korunması, mümkünse artırılması hayati bir konu haline gelmiştir. Bu gelişmeler karşısında daha geniş tarım alanlarına ihtiyaç duyulurken, kentlerdeki barınma ihtiyacının giderilmesine yönelik arazi kullanımı ve ormanlık alanların, kıyıların, meraların korunarak tarıma açılmaması, gözetilmesi gereken başlıca konulardır.

Ülkemiz bir yandan artan nüfus ve göç dalgası ile karşı karşıya iken, öte yandan da küresel ölçekte iklim değişikliğinden en olumsuz biçimde etkilenen ülkeler arasındadır¹. Bu nedenle ülkemizde mevcut olan tabir caiz ile “her karış” tarım toprağı çok kıymetli ve stratejik öneme sahiptir. Ülkemizin sınırlı tarım alanlarına yenilerinin eklenmesini teşvik eden ve son yıllarda yaşanan gelişmeler karşısında önemi daha da artan “ihya yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılması” müessesesi, hem ekonomik hem de hukuki açıdan daha yakından incelenmesi gereken bir konu haline gelmiştir.

Bu çalışmanın amacı, daha etkili biçimde uygulanmasının ülkemizin menfaatine olacak olan 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun 17. maddesi hükümünde düzenlenen ihya yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında “ihya” olgusundan ne anlaşılması gerektiğini tespit etmek ve Yargıtay kararları ile konuyu somutlaştırmaktır.

I. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN İHYA YOLUYLA KAZANILMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

“İhya” sözcüğünün anlamı hayat vermek, diriltmek, yeniden canlandırmak, araziyi tarıma elverişli hale getirmektir². 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun 17. maddesinde, taşınmaz mülkiyetinin ihya yoluyla kazanılması dü-

* Arş. Gör. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, feridedemirbas@gmail.com.

¹ “İklim Değişikliğiyle Mücadelenin Önemi”, Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, Erişim Tarihi: Ağustos 3, 2022, <https://www.mfa.gov.tr/iklim-degisikligiyle-mucadelenin-onemi.tr.mfa>.

² Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), 368.

zenlenmiştir. Esasen bu yol, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının özel bir görünüm biçimidir. Öğretide ihya, *“işlenmemiş araziye, masraf ve emek sarf ederek tarıma elverişli hale getiren, ekim, bakım yoluyla bitkisel ürünlerin düzenli bir işletmecilik esasına göre yapılmasına imkân veren hukuki bir fiil”* biçiminde tanımlanmaktadır³.

Olağanüstü zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkının kazanılması esas olarak Türk Medeni Kanunu m. 713 hükmünde düzenlenmektedir. Fakat TMK m. 713 hükmü ile KK m. 17 hükmü çeşitli açılardan birbirinden farklı esaslar içermektedir. İki kanun hükmü arasındaki temel farklılık, kazanma konusu taşınmazın niteliği bakımındandır. TMK m. 713 hükmü ile *“tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmaz”* veya *“maliki tapu kütüğünden anlaşılamayan veya yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı bulunan taşınmaz”* olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılabilir. KK m. 17 hükmü uyarınca ise *“orman sayılmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen araziden, masraf ve emek sarfı ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen taşınmaz mallar”*, *“il, ilçe ve kasabaların imar planının kapsadığı alanlar”* dışında ise ihya yoluyla kazanılabilir. İki hüküm arasındaki paralellik, ihya yoluyla kazanmanın zilyetliğe ilişkin şartlarının, olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanmanın şartlarına bağlı olmasıdır.

O halde ihya yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının taşınmaza, zilyetliğe ve ispata ilişkin koşullarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN İHYA YOLUYLA KAZANILMASININ ŞARTLARI

Taşınmaz mülkiyetinin ihya yoluyla kazanılabilmesi için ihyanın şartlarının gerçekleşmesinin yanı sıra TMK m. 713 hükmündeki olağanüstü zamanaşımıyla kazanmanın şartlarının da gerçekleşmesi gerekir.

A. TAŞINMAZA İLİŞKİN ŞARTLAR

Taşınmaz mülkiyetinin ihya yoluyla kazanılabilmesi için ihya yoluyla kazanılacak taşınmazın, özel mülkiyet konusu olmaması, devletin hüküm ve tasarrufu altında olması gerekir. Bu toprak parçası orman sayılmamalı ve kamu hizmetine tahsis edilmiş olmamalıdır⁴. Bu nitelikte olmayan bir taşınmaz ihya edilmiş olsa bile, ihya eden kişiler adına değil, hazine adına tespit edilir. Bir taşınmaz devletin özel mülkiyetine konu ise ihyaya elverişli değildir. Ayrıca devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan hizmet malları ile kamunun ortak kullanımına açık olan taşınmazlardan orta malları ihya ile mül-

³ Veysel, Başpınar, Türk Toprak Hukukunda İhya, (Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 1999), 13.

⁴ Zilyetlik yoluyla mülkiyeti kazanılamayacak taşınmazlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Ayşegül Doğan, Tapusuz Taşınmazların Olağanüstü Zamanaşımı ile Kazanılması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, 14 vd.

kiyeti kazanılabilecek yerler değildir⁵. Bu yerlerin dışında kalan kamunun ortak kullanımına açık olan yerler ve devletin hüküm ve tasarrufu altındaki tarıma elverişli olmayan yerler, henüz üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayıp ihya yoluyla kazanmaya elverişli taşınmazlardır⁶. İhya yoluyla kazanılacak bu nitelikteki yerlerin, kadastro çalışmalarında tespit dışı bırakılması gerekir⁷. Bataklıkların kurutulması, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca ihya sayılmaz. Benzer şekilde iç kıyı niteliğindeki yerler ve denizlerin doldurulması suretiyle oluşan yerler (TK m. 8,9,10) de ihya yoluyla mülkiyeti kazanılamayacak yerlerdir⁸. Zamanaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanılması yasak olan vakıf malları, ihya yoluyla da kazanılamaz⁹. Kanunlar gereğince devlete kalan taşınmazların da ihya yoluyla kazanılmaları mümkün değildir¹⁰. Taşınmazın il, ilçe ve kasabaların imar planlarının kapsadığı alanlarda bulunmaması gerekir. Kazanma koşullarının tamamlanmasından sonra taşınmaz imar planı içine alınmışsa, ihya eden kişinin kazanılmış hakkı, bu durumdan etkilenmemektedir¹¹.

İhya yoluyla mülkiyeti kazanılacak taşınmaz herhangi bir yüzölçümü sınırlanmasına tâbi değildir. Fakat ispat bakımından yüzölçümü sınırlamaları bulunmaktadır, bu husus ileride açıklanmaktadır¹².

B. ZİLYETLİĞE İLİŞKİN ŞARTLAR

İhya edilen toprak, ihya edilir edilmez ihya eden adına tespit edilmektedir. Zilyedin, ihya fiilinin tamamlanmasından itibaren 20 yıl boyunca çekişmesiz, aralıksız ve malik sıfatıyla zilyetliğini sürdürmesi gerekir¹³. Malik sıfatıyla zilyetlik kavramı ile kastedilen, zilyedin eşya üzerinde kendi zilyetliğinden daha üstün bir zilyetliği tanımaması, kendisini malik sanarak ya da ileride malik olacağına inanarak fiili hakimiyeti sürdürmesidir¹⁴. Bu zilyetli-

⁵ Başpınar, 71; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku-II Mülkiyet, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 257; Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2009), 491; Süleyman Sapanoğlu, İhyadan Kaynaklanan Tescil ve Tapu İptali ve Tescil Davaları, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 38-39; Doğan, 68.

⁶ Başpınar, 75; Ayan, 264.

⁷ Sapanoğlu, 120.

⁸ Sapanoğlu, 106.

⁹ Başpınar, 102-103; Ayan, 262; Sapanoğlu, 114.

¹⁰ Sapanoğlu, 112. Bununla birlikte TMK m. 708/I hükmü uyarınca yeni arazi oluşumu neticesinde devlete ait olan taşınmazların mülkiyetinin ihya yoluyla kazanılabilemesi mümkündür. Bkz. Doğan, 52.

¹¹ Sapanoğlu, 198.

¹² Bkz. III, C.

¹³ Bu sürenin başlangıcının taşınmazın tespit dışı bırakıldığı tarih mi yoksa fiili olarak ihya olgusunun tamamlandığı tarih mi olduğu tartışmalı olmakla birlikte son yıllarda Yargıtay kararlarında ağırlık kazanan görüşün ikincisi olduğu yönünde bkz. Sapanoğlu, 174.

¹⁴ Başpınar, 124; Akipek ve Akıntürk, 495; Sapanoğlu, 150. Kazanma koşullarının oluşmasından sonra ihya edenin taşınmazı satın almak için Hazineye başvurması, ya da işgal tazminatı ödemesinin mülkiyet hakkını etkilemeyeceği yönünde bkz. Sapanoğlu, 152.

ğın dolaysız zilyetlik biçiminde olması¹⁵ veya iyiniyetle sürdürülmesi şart değildir¹⁶. Malik sıfatıyla zilyetlik iddiası, mirasçıların birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri bir iddia değildir. Zilyetliğin çekişmesiz (davasız) olmasından anlaşılması gereken, dava şeklinde yöneltilmiş bir istihkak ya da elatmanın önlenmesi iddiasının bulunmaması veya böyle bir dava açılrsa bile başarıya ulaşmamış olmasıdır¹⁷. İhya bakımından devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazla ilişkin istihkak davasını hazine ya da ilgili kamu tüzel kişileri açmış ve kazanamamış olmalıdır. İhyanın tamamlanmasından itibaren 20 yıl süregelen zilyetliğin kesintiye uğramamış olması, kesin olarak kaybedilmemesi de şarttır¹⁸. İhya olgusuna dayanan kişinin bu süreyi şahsen tamamlaması gerekmez, geçerli bir hukuki ilişki ile bu zilyetliği devralan zilyet, önceki zilyedin süresini kendi zilyetlik süresine ekleyebilir¹⁹. Zilyetliğin, kanunda öngörülen şartlarının tamamının, bu süre zarfında devam etmesi²⁰, zamanaşımının kesilmemesi gerekir. Yirmi yıllık süre en geç davanın açıldığı gün tamamlanmış olmalıdır²¹.

“İhyanın tamamlanması” ifadesinden anlaşılması gereken ise taşınmazın kültür arazisi haline getirilmesi, taşınmazdan ekonomik olarak yararlanılmaya başlanması, işe yarar hale getirilmesidir²². Hangi fiillerin ihyanın tamamlanması sayılacağı ileride açıklanmaktadır²³.

C. İSPATA ve USULE İLİŞKİN ŞARTLAR

Taşınmaz mülkiyetinin ihya yoluyla kazanılması bakımından taşınmazın yüzölçümüne ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Fakat zilyetliğin dayandığı belgeler, iktisap edilecek taşınmazın yüzölçümü bakımından önem taşır. Zilyetliğin ispatı bakımından KK m. 17 hükmünde, KK m. 14 hükmüne atıfta bulunulmuştur. Buna göre *“Tapuda kayıtlı olmayan ve aynı çalışma alanı içinde bulunan ve toplam yüzölçümü sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönüme kadar olan (40 ve 100 dönüm dahil) bir veya birden fazla taşınmaz mal, çekişmesiz ve aralıksız en az yirmi yıldan beri malik sıfatıyla zilyetliğini belgelerle veya bilirkişi veyahut tanık beyanlarıyla ispat eden zilyedi adına tespit edilir.”* Taşınmazın bu yüzölçümlerini aşan kısmına ilişkin zilyetlik aynı maddenin

¹⁵ Ayan, 271.

¹⁶ Sapanoğlu, 150; ihya yoluyla mülkiyetin kazanılmasında iyiniyetin şart olduğu yönünde bkz. Doğan, 90.

¹⁷ Başpınar, 135; Ayan, 272. Zilyetliğin korunmasına ilişkin davaların (TMK m. 981) da bu kapsamda değerlendirilmesi yönünde bkz. Sapanoğlu, 165 ve Doğan, 101-102.

¹⁸ Akipek ve Akıntürk, 497. Örneğin taşınmazın geçici olarak kar veya sular altında kalması zilyetliğin kaybedildiği anlamına gelmemektedir. Bkz. Ayan, 274.

¹⁹ Sapanoğlu, 171.

²⁰ Ayan, 271; Doğan, 98.

²¹ Doğan, 83.

²² Fikret Eren ve Veysel Başpınar, Toprak Hukuku, 5. Baskı, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2017), 324-325.

²³ Bkz. IV.

üçüncü fıkrasındaki belgelerden birine dayandırılmadıkça ihya yoluyla kazanılamaz. KK m. 14/III'te sayılan belgelere dayandırılan zilyetlik söz konusu ise, yüzölçümü bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.

KK m. 14/III'te sayılan belgeler şunlardır: *“Taşınmaz malın, yukarıdaki fıkranın kapsamı dışında kalan kısmının zilyedi adına tespit edilebilmesi için, birinci fıkra gereğince delillendirilen zilyetliğin ayrıca aşağıdaki belgelerden birine dayandırılması lazımdır.*

- A) 31/12/1981 tarihine veya daha önceki tarihlere ait vergi kayıtları,
- B) Tasdikli irade suretleri ile fermanlar,
- C) Muteber mütevellî, sipahi, mültezim temessük veya senetleri,
- D) Kayıtları bulunmayan tapu veya mülga hazinesi hassa senetleri veya muvakkat tasarruf ilmuhaberleri,
- E) Tasdiksiz tapu yoklama kayıtları,
- F) Mülkname, muhasebatı atika kalemi kayıtları,
- G) Mubayaa, istihkam ve ihbar hüccetleri,
- H) Evkaf idarelerinden tapuya devredilmemiş tasarruf kayıtları.”

O halde, ihya edilen taşınmaz üzerindeki zilyetliğin, toprak sulu ise 40 dönüme, kuru ise 100 dönüme kadarlık kısmı üzerindeki zilyetliğin belgelerle, tanık ya da bilirkişi beyanları ile ispat edilmesi gerekir. Aynı çalışma alanı içinde bu yüzölçümlerine kadarlık birden fazla yer ihya edilmişse, bunlardan sadece birinin ihya yoluyla mülkiyeti kazanılabilir²⁴. Zilyet, KK m. 14/III hükmündeki belgelerden birine dayanmışsa, ihya ettiği araziye, yüzölçümüne bakılmaksızın iktisap eder²⁵. İhya edilen topraklardan, daha önce Hazine adına tespit ve tescil edilmiş olanlar, KK m. 46 hükmü uyarınca ihya edenler adına yeniden tespit ve tescil edilir.

Taşınmaz mülkiyetinin ihya yoluyla kazanılmasının **usule ilişkin şartı**, tescil davasının açılmasıdır²⁶. Kadastro dışı bırakılmış taşınmazın zilyedi, bu taşınmazın kendi mülkiyetinde olduğu iddiası ile mahkemeden tescil talep etmelidir. Bu davada TMK m. 713 hükmündeki usul takip edilmektedir. Hâsım olarak hazine ve ilgili kamu tüzel kişisi²⁷ gösterilmeli, davanın açılmasının ardından mahkeme gazete ile bir defa, taşınmazın bulunduğu yerde uy-

²⁴ Eren ve Başpınar, 325.

²⁵ Eren ve Başpınar, 325; Akipek ve Akıntürk, 497; Akipek ve Akıntürk, 502; Eyüp, İpek, 3402 Sayılı Kadastro Kanunu'na Göre Mülkiyet Hakkının Tespitine İlişkin Esaslar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, 153-154.

²⁶ Zilyet, kendisi aleyhine açılan bir davada da olağanüstü zamanaşımı yoluyla mülkiyeti kazandığı iddiasında bulunabilir. Konu hakkında bkz. Doğan, 119.

²⁷ Hazinesinin davalı olarak gösterilmesinin bir zorunluluk olduğu, fakat kamu tüzel kişileri bakımından böyle bir zorunluluğun ancak ilgileri bulunması durumunda söz konusu olacağı hakkında bkz. Doğan, 121.

gun araç ve aralıklarla üç defa ilan gerçekleştirmelidir. Son ilanı takip eden üç ay içinde taşınmaz aya da zilyetliğe ilişkin şartların gerçekleşmediği itirazında bulunulur ve bu itirazlar yerinde görülürse, zilyet mülkiyeti kazanamaz ve tescil talebi reddedilir.

İhya yoluyla kazanma, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanıldığı hallerdendir. Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere, mülkiyeti kazanma anı, öngörülen şartların gerçekleştiği andır²⁸. Şartların gerçekleştiğini tespit eden hâkimin, zilyet lehine tescile karar vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla gerçekleşen tescil, açıklayıcı tescil niteliğindedir²⁹.

Bu şartlar gerçekleştikten sonra taşınmaz, mahkeme kararı ile ihya eden adına tespit ve tescil edilir. Davaya bakmakla görevli mahkeme kadastro mahkemesidir³⁰.

III. YARGITAY KARARLARINDA İHYA OLGUSU

Taşınmaz mülkiyetinin ihya yoluyla kazanılabilmesi için, “ihya fiilinin tamamlanması”ndan ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. İhya fiilinin tamamlanması, toprağın tarıma elverişli hale getirilmesidir³¹. Bununla kastedilen, toprağın ilk kez tarım toprağı haline getirilmesidir. Bu yapılırken kolay tarım yapılması mümkün olmayan toprakta oldukça zor, zahmetli, gider gerektiren bir uğraş verilmiş olmalıdır³². Bu sayede taşınmaz, üzerinde düzenli biçimde bitki yetiştirilebilir (mümbit) hale dönüşmelidir. Taşınmazın bağ, bahçe, meyvelik haline getirilmesi, duvar örülüp teraslama yapılarak içinin toprakla doldurulması suretiyle tarım yapılması ihya olarak nitelendirilebilirken, özellikle deniz kenarındaki kumsal alanlara toprak taşınması ve kumdan ayıklanması yahut süreklilik arz eden bir tarımsal üretim gerçekleştirmeksizin taşınmaza kavak ağacı dikilmesi ihya olarak değerlendirilmemektedir³³. Tarıma elverişli olmayan taşınmazın tarıma elverişli hale getirilmesi ve üzerinde, üretimi yasak olan bitkilerin üretilmiş olması da ihya olgusunun gerçekleştiğini gösterir. Üretimin cezai sorumluluk gündeme getirmesi, taşınmazın ihya edilmiş olmasını değiştirmemektedir.

Aşağıda, ihya olgusuna örnek teşkil eden ve etmeyen fiillerin incelendiği Yargıtay karar örneklerine yer verilmiştir:

“İhyanın varlığından ve sonuçlandığından söz edebilmek için taşınmaz mal ihya edilmeye başladığında güdülen amacın gerçekleşmiş olması gerekir.

²⁸ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 456.

²⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 457; Ayan, 256; Doğan, 129.

³⁰ Ayan, 277.

³¹ Eren ve Başpınar, 325; Sapanoğlu, 184.

³² İpek, 152-153.

³³ Başpınar, 22-23 ve 28; Sapanoğlu, 186 vd.

*Kazandırıcı zamanaşımı süresi ihyanın tamamlandığı tarihte başlar. Bu nedenle ihyanın tamamlandığı tarihin tespiti davalarda önem kazanır. İhyanın gerçekleştiği gün, taşınmaz malın tamamen kültür arazisi haline getirildiği, ekonomik yönden yararlanmaya başlanıldığı ve işe yarar hale getirildiği gündür.*³⁴ ifadeleri ile ihya fiilinin tamamlanmasından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Bu karar uyarınca ihyanın gerçekleşmiş sayılması için taşınmazın ihya edilmeye başlandığında güdülen amacın gerçekleşmesi gerekir. İhyanın gerçekleştiği günün, taşınmaz malın tamamen kültür arazisi haline getirildiği, ekonomik yönden yararlanmaya başlanıldığı ve işe yarar hale getirildiği gün olduğuna hükmedilmiştir.

*“Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 30.04.2010 gün ve 2004/1 E., 2010/1 K. sayılı kararında ‘İhya, bugünkü hukukumuzda, genel olarak üzerinde ekim, dikim yapılmayan yerlerin tarım arazisi haline getirilmesi olarak anlaşılmaktadır’ denilmiştir. Bir yerin imar ve ihya ile kazanılması için taşınmazın emek ve para sarf edilerek tarım arazisi haline getirilmesi gerekir. Tarıma müsait olmayan araziden maksat, yararlanılacak bitki ve ürünlerin yetiştirilmediği topraklardır. Ekime, dikime ve ürün yetiştirmeye müsait olmayan yerler ihya edilecek taşınmazlardır. Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki tarıma elverişli olmayan bir taşınmazın tarım arazisi haline getirilmesi halinde imar ve ihyadan söz edilebilir. İhya yolu ile kazanma bakımından taşınmazın tarıma elverişli hale getirilmesi önemli bir olgudur.”*³⁵ Bu kararda da üzerinde ekim, dikim yapılmayan yerlerin tarım arazisi haline getirilmesi ile taşınmazın ihya edilmiş sayılacağı belirtilmiştir.

*“4753 sayılı kanunun 5618 sayılı kanun madde 3 ile tadil edilen muvakkat maddesinin 2. fıkrası hükmü, nazara alınarak deliceliklerin imar için masraf ve emek sarfı ile zeytinlik haline getirilmesinin Tapulama Kanununun 52'nci maddesinin tatbiki bakımından (ihya) sayılacağına ve bu gibi topraklar hakkında dahi bu madde hükmünün tatbik edilmesi lazım geldiğine mevcudun üçte ikisini geçen ekseriyetiyle 11 Haziran 1958 tarihinde karar verildi.”*³⁶ Bu kararda delicelik ve menengiçlerin aşılınması suretiyle meyveli hale dönüştürülmesi durumunda, bunları muhdesat kabul etmek gerektiğine ve fiilin ihya sayılmasına T.C. Yarg. İBGK, T. 22.12.1995, E. 1994/1, K. 1995/3 kararı ile hükmedilmiştir.

“Toplanan delillere göre; yerel bilirkişi ve tanıklar tarafından dava konusu taşınmazı davacı H. C.'in eşi S. C.'in kullandığını, Almus Barajı'nın 1966 yılında su tutmaya başlayınca Yeşilirmak'ın sularının düzene girdiği, baraj yapıldıktan

³⁴ Y20. HD, 19.11.2019, E. 2017/5384, K. 2019/6734, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr> .

³⁵ YHGK, 15.3.2017, E. 2017/16-467, K. 2017/510, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr> .

³⁶ YİBGK,11.6.1958, E. 1958/8, K. 1958/7, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr> .

sonra suların çekildiği, taşınmazın taşının, çalısının davacı ve eşi tarafından iki sene içinde temizlendiği, imar ihya edildiği, barajdan sonra su baskını olmadığı belirtilmiştir. Jeoloji mühendisi tarafından düzenlenen 04.10.2011 tarihli raporda da, 1965' li yıllarda Almus Barajı inşa edilmeden önce ırmağın debisinin fazla ve düzensiz olması nedeniyle söz konusu parselin ırmak yatağı iken Almus Barajı'nın yapımı ile Yeşilırmak debisinin azalması ve kontrol altına alınması ile dava konusu 4216 nolu taşınmazın ırmak yatağı vasfını kaybettiği bildirilmiştir. Zirai bilirkişi tarafından düzenlenen raporda ise, taşınmazın 25-30 yıldır tarımsal amaçlı olarak işlendiği, Yeşilırmak'ın baraj yapıldıktan sonra mecrasının sabitlendiği, sonrasında sel baskını oluşmadığı, yeni yapılan sedde çalışmaları ile de sel baskınlarının tamamen önlendiği belirtilmiştir. Öte yandan dava konusu taşınmazın kuzeydoğusunda bulunan 4222 parsel sayılı taşınmaz ile 4198, 4192, 4195, 3923, 4111, 4194, 4188 parsellerin açılan davalar sonucu şahıslar adına tescil edildiği ve Yargıtay 8.Hukuk Dairesi tarafından da onandığı dosya içerisine sunulan ilamlardan anlaşılmaktadır... Her ne kadar jeolog bilirkişi raporunda dava konusu taşınmaza 45-50 cm kalınlığında bitkisel toprak getirilerek serildiği ve tarımsal amaca hazır hale getirildiği bildirildiğinden, bozma ilamında bu işlemin ihya sayılmayacağı belirtilmişse de; keşifte dinlenen tanık ve yerel bilirkişiler, 1966 yılından sonra taşınmazın taşının çalısının temizlenerek imar ihya edildiği, taşınmazın tapuya bağlandığı 2002 yılına kadar nizasız fasılasız tarım arazisi olarak davacı tarafından kullanıldığını beyan ettiklerinden, davacı lehine kazanmayı sağlayacak imar ihya koşullarının oluştuğu kanaatine varılmıştır.”³⁷. Karara konu olayda ırmak yatağı niteliğindeki taşınmaz, bölgeye baraj yapılıp akarsuyun debisi azalınca ırmak yatağı vasfını kaybetmiş ve devletin hüküm ve tasarrufunda, tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmaz haline gelmiştir. Zilyedin, set çalışması, taş ve çalılarının temizlenmesi, toprak getirip sermek suretiyle ihyayı tamamladığına hükmedilmiştir.

“Bunun yanı sıra, nehir ve çay gibi akarsuların eski (terk edilmiş, metruk) yatakları, kural olarak Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdendir. Ancak bu yerlerin koşulları oluştuğu takdirde imar ve ihya ile kazanılması mümkündür. Buna karşılık aktif nehir, çay yatakları etki alanında bulunan yerlerin imar ve ihya ile kazanılması mümkün değildir (HGK'nın 02.10.1996 tarihli ve 1996/20-429 Esas, 1996/643 Karar; 18.02.1998 tarihli ve 1998/4-122 Esas, 1998/138 Sayılı Kararları).”³⁸. Karar uyarınca aktif nehir yataklarının etkisi altında bulunan taşınmazların ihya yoluyla kazanılmasının mümkün olmadığına hükmedilmiştir.

“Emek ve masraf gerektirmeyen, zilyetliğin sürdürülmesi seviyesindeki çalışmalar, taşınmazın daha verimli hâle getirilmesi gibi çalışmalar imar ve ihya

³⁷ YHGK, 15.1.2014, E. 2013/8-465, K. 2014/14, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 10, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr>.

³⁸ Y14. HD, 22.6.2021, E. 2018/3308, K. 2021/4219, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr>.

sayılmaz. Tarım arazisi niteliğindeki bir yerin verimini artırmak amacıyla toprak takviyesi yapmak da imar ve ihya sayılmaz. Ancak Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki bir yerin emek ve para sarf edilerek tarım toprağı hâline getirdikten sonra güçlendirmek amacıyla yapılan işlemler ihya olgusu içinde kabul edilmelidir. Tarıma elverişli yerler üzerinde yapılan çalışmalar ihya değıldir. Bu tür yerlerin ihyaya gerek olmaksızın, TMK'nun 713/1 ve Kadastro Kanunu'nun 14. maddeleri gereğince kazanılmaları mümkündür. Taşınmaza tarım arazisi niteliğı kazandırmayan uğraşlar, meydana getirilen eserler Kadastro Kanunu'nun 17. maddesi kapsamında imar ve ihya olarak kabul edilemez.³⁹ . Bu kararda halihazırda tarım arazisi niteliğinde olan taşınmazın verimini arttırmaya yönelik faaliyetlerin ya da toprak takviyesi yapmanın; emek ve masraf yapmadan sadece zilyetliğin sürdürülmesi seviyesindeki çalışmaların ihya sayılmayacağına hükmedilmiştir. Hukuk Genel Kurulu, bir başka kararında toprağın traktörle her sürülüşünde taş çıkmasını, ihyanın tamamlanmamış olması olarak nitelendirmiştir⁴⁰.

“Somut olayda; davacılar imar - ihya olgusuna dayanmadıkları gibi yerel bilirkişi ve tanıklarda bu hususta herhangi bir açıklamada bulunmamışlardır. Dairemizin yerleşmiş uygulamalarına göre bina inşa etmek ihya sayılmaz. Diğer yönden bir yerde hayvan otlatmak TMK.nun 713. maddesinin uygulaması bakımından ekonomik amaca uygun tasarruf ve kazanma sebebi sayılmaz. Bunlardan ayrı ilk keşifte dinlenen ormancı uzman bilirkişi kesinleşmiş orman sınırlama hattı dışında kalan taşınmaz bölümünün yaklaşık %20-25'lik bölümünün meşe, kızıl ağaç, pırnal gibi boylu orman ağaçları ile kaplı olduğunu, geriye kalan %75'lik bölümünün de diken, yıllık otsu bitkilerle kaplı olduğunu açıklamıştır. Her ne kadar daha sonraki tarihte dinlenen ziraatçi uzman bilirkişi taşınmazın üzerinde çeşitli cins ve yaşta meyve ağaçları ile kavak ağaçlarının bulunduğunu, geriye kalan bölümlerin de hayvan yayılması ve otlatılması için tahsis edildiğini bildirmiş ise de, gerek taşınmazın niteliğı ve gerekse davacıların tasarruf şekli karşısında dava konusu taşınmaz bölümünün ekonomik amaca uygun olarak kullanıldığı ve kazanıldığı kabul edilemez. Tüm bu açıklamalar gözönünde tutularak davacıların davasının reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.”⁴¹. Bu kararda bir taşınmazda hayvan otlatılmasının ihya olarak değerlendirilemeyeceğine, bu faaliyetin ekonomik amaca uygun kullanıma örnek teşkil etmeyeceğine hükmedilmiştir.

“Davacı tarafından ileri sürülen tasarruf şekli, özellikle taşınmaz üzerine ev, ahır ve samanlık yapmak gibi işlemler iktisap bakımından ihya işlemi sa-

³⁹ YHGK, 25.4.2018, E. 2017/16-2748, K. 2018/983, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr> .

⁴⁰ YHGK, 15.1.2014, E. 2013/8-296, K. 2014/2, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr> .

⁴¹ Y8.HD, 26.11.2004, E. 2004/6754, K. 2004/8059, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr> .

yılmaz. Davacının ileri sürdüğü sebep kanıtlanmadığına ve taşınmazların niteliği itibarıyla kazandırıcı zaman aşımı ve zilyetlik yolu ile edinilecek yerlerden bulunmadığına göre davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmiş olması yasaya aykırıdır.”⁴² Bu karar uyarınca, taşınmazın üzerine bina inşa edilmesi, ahır ya da samanlık yapılması ihya olarak nitelendirilmemektedir. “Satıcı bu yeri tarım arazisi haline getirmemiş, temizleyip düzelttikten sonra ev yapmıştır. Ev yapmak, duvar inşa etmek, benzeri faaliyetlerde bulunmak imar-ihya kavramına girmez. Yurt topraklarının ekonomik bakımdan tarım arazisi haline getirilmesi halinde imar-ihya söz konusu olabilir. O itibarla, olayda imar-ihya söz konusu değildir. Hal böyle olunca, 3402 sayılı Kanunun 17. maddesi delaletiyle 46. maddesinin de olaya uygulanması mümkün değildir. Zira, bu madde 3402 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ancak bazı koşullar altında hak düşürücü süreyi bertaraf edip bunun için ek bir süre getirmiş olmaktadır. Bu durumda, anılan maddenin olaya uygulanması mümkün bulunmamaktadır.”⁴³ Yukarıdaki karara paralel olarak taşınmaza ev yapılması, duvar inşa edilmesi de ihya olarak nitelendirilmemiştir.

“Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun konuya ilişkin kararında ‘24.12.1965 tarihli Orman Bakanlığı “Olur” ları ile yürürlüğe giren “Funda ve Makilik Sahaların Tespitine Ait Talimatname”nin 6. maddesinde; “funda ve makilerle örtülü bir sahada arazi %12 den fazla meyile haizse, bu kabil sahalar toprak muhafaza karakteri taşır ve orman dışına çıkarılamaz’ denilmiştir... 20. 15.07.2004 tarihli ve 25523 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6831 Sayılı Orman Kanunu’na Göre Orman Kadastrosunun Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 23/p maddesinde ‘Orman ve Toprak Muhafaza Karakteri; üzerindeki bitki formasyonu ile taşkınları, şiddetli yağış sonrası oluşan zararlı akışları, toprak erozyonunu, toprağın strüktür ve tekstürünün bozulmasını önleyici, su verimini artırıcı etkisi bulunan ve eğimi yüzde on iki den fazla olan yerlerdir’ şeklinde tanımlanmış, aynı Yönetmeliğin 26. maddesinde; ‘Orman kadastro komisyonlarınınca;...orman ve toprak muhafaza karakteri taşıyan funda ve makilik alanların Devlet ormanı olarak sınırlandırılacağı hükme bağlanmıştır... O hâlde, arazinin konumu, çekişmeli taşınmazın (I) bölümünün orman sayılan yerlerden olduğunun belirlenmesi, (A) , (B) , (C) , (D) , (E) , (F) , (G) ve (H) harfleri ile gösterilen bölümlerin, orman sayılan (I) bölümünden ve yine etrafındaki orman niteliğindeki alanlar ile arasında ayırıcı bir unsurunun olmayışı, eğimin yüksek olması nedeniyle bilimsel olarak orman ve toprak muhafaza karakteri arz ettiği kabul edileceğinden, orman ve toprak muhafaza karakteri taşıyan, çevresinde bulunan aynı karakterdeki devlet ormanının devamı niteliğindeki (A) , (B) ,

⁴² YHGK, 24.2.1999, E. 1999/8-84, K. 1999/118, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr> .

⁴³ Y8.HD, 13.5.1991, E. 1990/18993, K. 1991/6576, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 9, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr> .

(C) , (D) , (E) , (F) , (G) ve (H) harfleri ile gösterilen bölümlerinin, 6831 Sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasının J bendi gereğince orman sayılan yerlerden olduğunun kabulü zorunludur... Mahkemece, açıklanan nedenlerle orman sayılacağı tartışmasız olan taşınmazın (A), (B) , (C) , (D) , (E) , (F) , (G) ve (H) harfleri ile gösterilen bölümleri yönünden de, üzerindeki orman bitki örtüsü yok edilmiş olsa dahi, orman sayılan yer olduğu ve zilyetliğe değer verilemeyeceği gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi isabetsiz olmuştur.”⁴⁴. Bu karar uyarınca özellikle orman sınırında bulunan ya da orman içi açıklık niteliği tartışmalı olan taşınmazlarda ihyanın gerçekleşmiş sayılması için taşınmazın eğiminin %12'nin altına düşürülecek biçimde erozyonla mücadele edilmesi, aksi halde arazinin toprak muhafaza karakteri taşıyacağı ve orman sınırı dışına çıkarılamayacağı için ihya yoluyla mülkiyetin kazanılamayacağına hükmedilmiştir. “Mahkemece taşınmaz hakkında yapılan 18.09.2014 tarihli keşif sonucu düzenlenen teknik bilirkişi kurulu raporunda; taşınmazın (C) ve (G) ile gösterilen bölümünün 1990 tarihli hava fotoğraflarında açık alan ve tarım amaçlı toprak işleminin yapıldığı yerler olarak görüldüğü; (C) bölümünün imar-ihyasının 25-30 yıl önce tamamlandığı belirtilmiş; 02.04.2015 tarihli keşif sonucu düzenlenen teknik bilirkişi kurulu raporunda da (C) bölümü ile ilgili olarak aynı görüşler tekrar edilmiş; (G) ile gösterilen bölüm de de büyük bir kısmında örtü altı çilek yetiştiriciliği yapıldığı geriye kalan kısımda ise hububat tarımı yapıldığı belirtilmiş ise de; bu rapora ekli fotoğraflar ile (G) bölümüne ilişkin bu değerlendirme çeliştiği gibi; temyize konu (C) ve (G) bölümleri ile taşınmazın taşınmazın temyiz dışı bölümleri olan ve (C) ve (G) bölümlerine bitişik olup meyilinin çok yüksek; erozyon tehdidi fazla ve imar-ihyasının henüz tamamlanmadığı bildirilen (A), (B) ve (F) ile gösterilen diğer bölümleri arasında sınır, kot farkı, bitki örtüsü, eğim vs. ayırıcı unsur olup olmadığı değerlendirilmemiş; keşifte dinlenen mahalli bilirkişi ve tanıklardan imar-ihya çalışmalarının ne zaman başlayıp ne zaman tamamlandığı, tarımsal amaçlı işlemin ne zaman başladığı hususu da ayrıca ve açıkça sorulmamıştır. Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz.”⁴⁵. Bir önceki kararla aynı doğrultudaki bu karar uyarınca da ihya olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken taşınmazın bazı bölümlerinde örtü altı çilek yetiştiriciliği ya da hububat tarımı yapıyor olması yeterli görülmemiş, meyil nedeniyle erozyon tehdidinin devam ettiği gerekçesi ile bu konuda da inceleme yapılması gerektiğine işaret edilmiştir.

“Somut olayda; oymak suretiyle elde edilen ambarı kapsayan taşınmaz TMK.nun 615. maddesinde yazılı Devletin hüküm ve tasarrufu altında kayalık niteliğinde bulunan bir yerdir. Hemen belirtelim ki, kayalık bir yerin ambar

⁴⁴ YHGK, 18.2.2020, E. 2019/20-384, K. 2020/179, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 9, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr> .

⁴⁵ Y16. HD, 14.6.2021, E. 2020/9591, K. 2021/5302, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 9, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr> .

haline getirilmesi TMK.nun [713/1. maddesi](#) karşısında kazanma sağlamayacağı gibi 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun [17. maddesi](#) uyarınca imar-ihya sayılmaz. İmar-ihyadan söz edilebilmesi için anılan maddede nitelikleri belirtilen bir yerin para ve emek sarf edilmek suretiyle kültür arazisi haline getirilmesi olması gerekir. Oyma ile ambar haline getirilme taşınmaza böyle bir nitelik kazandırmaz. Bu nedenle böyle bir yerin ihya yolu ile kazanılması da mümkün bulunmamaktadır.”⁴⁶. Bu kararda kayalık yerlerin oyulması suretiyle ambar elde edilmesi ve kullanılması ihya olarak nitelendirilmemektedir.

“Tescil konusu taşınmaz bölümleri kadastro çalışmaları sırasında kayalık olması nedeniyle tescil harici bırakılan yerlerdir. Kayalık bir yer TMK.nun [715/1.maddesinin](#) kapsamına giren Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerden sayılır. 3402 sayılı Kadastro Kanununun [16/C maddesinde](#) de; Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar ve benzeri yerlerin tescil ve sınırlandırmaya tabi bulunmadığı belirtilmiştir. Bu nitelikte tespit dışı bırakılan bir yerin 3402 sayılı Kadastro Kanununun [17. maddesi](#) hükmü uyarınca imar ve ihya yoluyla edinilmesi de mümkün olmaz. İmar ve ihyadan amaç, orman sayılmayan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen arazinin masraf ve emek sarf etmek suretiyle tarıma elverişli hale getirilmesidir. Somut olayda; dava konusu taşınmaz, "kayadan oyma" tabir edilen bir yerdir. Kayalık bir alanın veya kütlenin oyulmak suretiyle depo, restoran veya benzeri bir amaçla kullanılmış olması imar-ihya sayılmaz. Böyle bir yer üzerindeki zilyetlik süresi neye ulaşırsa ulaşsın kazanma sağlayamaz”⁴⁷. Bu kararda da yukarıdaki karara paralel olarak kayalık yerlerin oyulması suretiyle depo, restoran vb. bir yer elde edilmesi ve kullanılması ihya olarak nitelendirilmemektedir.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Taşınmaz mülkiyetinin ihya yoluyla kazanılabilmesi için ihya edilmiş olmadan ne anlaşılması gerektiği, Yargıtay kararlarından hareketle anlaşılabilir. Gerçekten emek ve masraf sarf edilmemiş olan, araziye tarım arazisi haline getirmeyen, araziye ekonomiye kazandırmaya hizmet etmeyen göstermelik faaliyetlerin ihya sayılmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Sergilenen faaliyetin ihya kurumunun suiistimali niteliği taşımaması ve ülke topraklarının yağmalanmaması gereği gözden kaçırılmamalıdır. Fakat gerçek anlamda masraf ve emek sarfı neticesinde kültür arazisi ekonomiye kazandırılmışsa; artık ihya olgusunun gerçekleştiği ve ihya ile birlikte zilyetliğe ilişkin şartları da tamamlayan lehine tescil talebiyle dava açılması ve tescilin bu kişi adına gerçekleşmesi gerekmektedir. Arazinin ihya edilmesi, gerçekten ekonomiye kazandırılması teşvik edilmeli; tarım alanlarının, kıyılar, ormanlar ve meralar yok edilmeden genişletilmesine katkı sağlanmalıdır.

⁴⁶ Y8. HD, 29.3.2004, E. 2004/1818, K. 2004/229, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr>.

⁴⁷ Y8. HD, 3.10.2005, E. 2005/5847, K. 2005/6335, kararın tam metni için bkz. KİBB, Erişim Tarihi: Haziran 3, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr>.

KAYNAKÇA

1. Başpınar, Veysel. *Türk Toprak Hukukunda İhya*. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2000.
2. Eren Fikret; Başpınar, Veysel. *Toprak Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2017.
3. Oğuzman, Kemal; Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
4. Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku-II Mülkiyet*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
5. Akipek, Jale G./ Akıntürk Turgut. *Eşya Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2009.
6. İpek, Eyüp. *3402 Sayılı Kadastro Kanunu'na Göre Mülkiyet Hakkının Tespitine İlişkin Esaslar*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
7. Doğan, Ayşegül. *Tapusuz Taşınmazların Olağanüstü Zamanaşımı ile Kazanılması*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 200.
8. Sapanoğlu, Süleyman. *İhyadan Kaynaklanan Tescil ve Tapu İptali ve Tescil Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
9. Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
10. "İklim Değişikliğiyle Mücadelenin Önemi", Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, Erişim Tarihi: 3.8.2022, <https://www.mfa.gov.tr/iklim-degisikligiyle-mucadelenin-onemi.tr.mfa> .
11. <https://lib.kazanci.com.tr> (Farklı tarihlerde birden çok kez erişilmiştir)

YENİ DÜNYA DÜZENİNDE OMBUDSMANLIK İLE UZLAŞTIRMA VE ARABULUCULUK UYGULAMALARINA DUYULAN İHTİYAÇ

*Mine DEMİREZEN**

GİRİŞ

Hukuk Devleti denince ilk akla gelen, adaletin sağlanması için gerekli olan kurallar silsilesi ve bu kurallara bağlı olarak yürütülen yargılamalardır.¹ Buna bağlı olarak da mahkemeler, uyuşmazlık tarafları için, hukuka ve hukuk felsefesine dayalı bir sonuç ortaya koymaya çalışır.² Dünya hızlı bir şekilde değişirken ve bu değişime bağlı olarak gelişirken; uyuşmazlık çeşitlerinin artması ve dava sayılarının artarak yargı yüküne sebep olması kaçınılmazdır.³ Adil yargılamanın yapılabilmesi için gereken hukuk kuralları arasında yer alan usul kuralları da davaların hızlı bir şekilde sonuçlanmasının önüne geçen engeller arasında yer alır.⁴ İstatiksel olarak bakıldığında da yargıya intikal eden dosyaların, önemli bir kısmı, bir sonraki seneye devretmekte, yargılama süreleri uzamaktadır.⁵ Mahkemelerin iş yükünün artması ve uzun yargılama süreleri, Dünya genelinde yaşanan bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶ İdari ve adli yargıya intikal eden dosya sayılarındaki artış ile

* Avukat, Arabulucu, Uzlaştırıcı, Antalya Barosu, mine.demirezen@gmail.com.

¹ “Modern Hukuk Devleti Anlayışının Eleştirisi Bağlamında Neumann ve Habermas”, 12 Aralık 2013 Perşembe, Levent Köker blogspot, Erişim Tarihi: 28.08.2022, <https://leventkoker.blogspot.com/2013/12/modern-hukuk-devleti-anlayisinin.html>.

² Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP), Arabuluculuk Becerileri Elkitabı, Hukuk İşleri genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2016, 5.

³ Esmâ Küçükbay, “Türkiye’de Arabuluculuk, Uzlaştırma ve Tahkimin Güncel Durumu”, İlke Politika Notu Dergisi, Haziran 2021, 1,2.

⁴ Mine Demirezen, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu -Antalya- Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Eylül 2017, 109; Siddik Onur Özer, “Yargılama Hukukunda Bir Adil Yargılanma Hakkı Unsuru Olarak Makul Sürede Yargılanma”, Türkiye Barolar Birliği Hukukçular Arası Makale Yarışması, 2014, 95-97.

⁵ “Adli İstatistikler 2021”, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ceza Mahkemeleri Dosya Sayısı, 2021, 32.; İdare Mahkemeleri Dosya Sayısı - 2014-2021, 257.; Sulh Hukuk Mahkemeleri Dosya Sayısı - 2014-2021, 180.; Asliye Hukuk Mahkemeleri Dosya Sayısı - 2014-2021 177.; Ticaret Mahkemeleri Dosya Sayısı - 2014-2021 183.; Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri Dosya Sayısı - 2014-2021 198.; Tüketici Mahkemeleri Dosya Sayısı - 2014-2021 195.; İş Mahkemeleri Dosya Sayısı - 2014-2021, 189., Erişim Tarihi: 28.08.2022, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>.

⁶ Demirezen, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu -Ankara- 80.

birlikte yeni uyuşmazlık konularının ve suç tiplerinin de ortaya çıkması, zaman zaman mevzuatta bazı değişikliklerin yapılmasını gerektirmiştir. Ancak yapılan değişiklikler, yargılama süreçlerinin hızlandırılması için yeterli olmamaktadır. Bu durumda, adli ya da idari yargı fark etmeksizin hatta taraf sıfatı her ne olursa olsun sürece bir şekilde dahil olanlar, sürecin her aşamasında, gergin bir bekleyiş içinde olur. Bu gerginlik, uyuşmazlık yaşayan tarafların yakınlarına da yansıdığından, tarafların sosyal hayatlarını ve aile hayatlarını da etkiler. Bu bekleyiş ve gerginliğe ek olarak, beklentiler içinde olan uyuşmazlık taraflarının manevi yükleri, yargı süreçlerinin uzunluğu ile katlanılmaz bir hal alır. Neticede karar verildiğinde ise genellikle, bir tarafın kazandığı diğer tarafın kaybettiği; ancak yaşanan gecikme ve maruz kalınan stres gibi sebeplerin etkisiyle, kazanan tarafı bile tatmin etmeyen bir sonuç ortaya çıkar. Daha açık bir ifadeyle, uyuşmazlıkların yargısal yolla çözümünde *-zaman kaybı ile birçok faktör sebebiyle maruz kalınan maddi ve manevi yükler dikkate alındığında-*, taraflar açısından hakkaniyet hissinin oluşmadığı gerçeği yadsınamaz. Sonuç olarak, adalete erişimin uzun sürmesi ile geç gelen adaletin tarafları tatmin etmesi zorlaşmakta, bu durum da hukuka olan güveni sarsmaktadır. Dolayısıyla, uygulamada kolay kolay uyuşmazlık taraflarının her biri açısından, adil yargılamanın gerçekleştiği inancı oluşmamaktadır. Daha da önemlisi, taraflar arasındaki husumetin, yargının verdiği kararlar sona ermediği aşıkardır.⁷ Aksine taraflar arasındaki husumetin daha da derinleşmesi sebebiyle; ne yazık ki zaman içinde başkaca uyuşmazlıklar gündeme gelir. Genel olarak maddi ve manevi tazminat davaları gibi hukuki ihtilaflar kadar, suça konu yeni ihtilafların da ortaya çıkması sıkça karşılaşılan sorunların başında gelir. Dolayısıyla, yargılama aşamasındaki sürecin zorluğu neticesinde verilen hüküm ile, çoğu zaman toplumsal barışa yönelik bir sonuca ulaşamadığı gerçeği söz konusudur.

Bütün bu hususlar dikkate alındığında, yargısal yöntemler yerine, tüm Dünyaca eski zamanlardan bu yana kabul gören dostane çözümlerin denemesi, hem yargının maddi ve manevi yükünün bertaraf edilmesi hem de ilişkileri devam ettirmek ve geliştirmek açısından önem taşır. Uyuşmazlıkların, yargının katı işleyiş kurallarına bağlı olmaksızın, etkin ve hızlı bir şekilde çözümünün toplumsal barışa katkı sunacağı aşıkardır.⁸

Bu noktada önemle belirtmek gerekirse, dostane çözümleri öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bağımsız mahkemeler tarafından yürütülen yargısal süreçlerin dışında kalan yöntemler olması, bu yöntemlerin Devlet yargısına ikame teşkil ettiği anlamına gelmemektedir. Bu husus, 6325 sayılı Arabuluculuk Kanununun genel gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: *“Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan*

⁷ Demirezen, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu -Ankara- 109.

⁸ 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Gerekçesi ve Komisyon Raporları

kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır."⁹ Ombudsmanlık Kurumu açısından da aynı husus geçerlidir. Ombudsmanlık Kurumunun, idari yargı sisteminin yerini almasının mümkün olmadığı ve idari yargının daha iyi çalışmasına yardımcı olabilecek bir nitelik taşıdığı söylenebilir.¹⁰ Ceza hukukunun uygulama alanı açısından ise, her ne kadar suç Devlet aleyhine işlenmiş sayılsa da uzlaştırma açısından suçun mağdurla beraber topluma da zarar verdiği dikkate alınarak; mağdur ve fail ile yakınlarının adaletin yeniden kurulmasına yönelik faaliyete dahil olmaları sağlanmaktadır.¹¹ Dolayısıyla uzlaştırma süreci dikkate alındığında da Devletin, kamu düzenin koruma görevini yerine getirirken, devre dışı kalmasıyla değil; klasik adalet anlayışından farklı olarak, fail ve mağdur ile birlikte yakınlarının da karar alma süreçlerine katılımıyla süreç yürütülmektedir.¹² Tarafların yakınlarının bizzat sürece katılımı söz konusu olmasa bile, yargı süreçlerinden farklı olarak, uzlaştırma sürecinde uyuşmazlık yaşayan taraflara verdikleri destekle daha etkin bir varlık gösterebilmektedirler. Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarih, 2012/94 E. ve 2013/89 K. sayılı dosyasında da "Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen 'alternatif' terimi, mahkemelelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmasından sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir." denilmiştir.¹³ Dolayısıyla, dostane çözümleri öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, yargıya yardımcı nitelikte olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarih, 2012/94 E. ve 2013/89 K. sayılı dosyasında: "Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve

⁹ AYM Kararı, Başvuru No: 2012/94, 10.7.2013.

¹⁰ Serkan Ökten, Durmuş Gökhan Turhan, "6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ve Komisyon Raporlarında Yer Alan Eleştiriler Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, Temmuz/July 2015, Cilt/Vol:11, Sayı/Num:2, 133,134

¹¹ Osman Sümer, Güncel Önkal, "Onarıcı Adalet Kuramı Açısından Uzlaşma Mekanizmasının Suç Önleme İşlevi", Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar VI. Sempozyum, İstanbul Barosu Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Bildiriler, 26-29 Kasım 2012, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 26. Kitap, 387.

¹² Sümer, Önkal, "Onarıcı Adalet Kuramı Açısından Uzlaşma Mekanizmasının Suç Önleme İşlevi", 385, 387.

¹³ AYM Kararı, Başvuru No: 2012/94, 10.7.2013.

mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez." denilerek de dostane çözümlere duyulan ihtiyaca dikkat çekilmiştir.¹⁴

Bununla beraber, her üç müessesede de tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelere yer verilerek, süreci yürüten üçüncü kişiye güven duyulması amaçlanmıştır. Ayrıca, arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarına ilişkin mevzuat hükümlerinde, gönüllülük, tarafların kendi kararlarını verme hakkı, gizlilik, eşitlik gibi etik ilkelerle, hak düşürücü süre ve zamaşımı süreleri ile ilgili olarak hak kaybına uğranılmasını engelleyecek düzenlemeler söz konusudur.¹⁵ Dolayısıyla, uyuşmazlık yaşayan tarafların, süreci yürütecek üçüncü kişiye olduğu kadar, sürece de güvenmeleri önemsenmiştir. Zira taraflar, dostane çözüm yollarına başvurmadan önceki durumları dikkate alındığında, faaliyet sonunda daha elverişsiz bir konuma düşmek istemeyeceklerdir. Tarafların, iradelerine öncelik verilerek, kendilerini ifade edebilmelerine olanak tanınmalı, süreç içerisinde paylaştıkları bilgi ve belgeler ile süreç sırasında geçirdikleri zaman, onların aleyhine olacak şekilde sonuçlar doğuramalıdır.¹⁶

Bu kapsamda, bu bildiri ile, benzerlik ve farklılıkları olmakla birlikte temelde dostane çözümü hedefleyen, ombudsmanlık, uzlaştırma ve arabuluculuk faaliyetlerinin Türk Hukukundaki yeri, ana hatlarıyla ele alınacaktır.

¹⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2012/94, 10.7.2013.

¹⁵ Kamu Denetçiliği Kurumu, Erişim tarihi: 28.08.2022, <https://www.ombudsman.gov.tr/Anayasa>, <https://www.ombudsman.gov.tr/Kanun>, <https://www.ombudsman.gov.tr/Yonetmelik>; Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Erişim tarihi: 28.08.2022, <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/kanun30092020011917>, <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yonetmelik30092020012919>, <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/etik-kurallari15012021075651>; Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Erişim tarihi: 28.08.2022, <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Home/BilgiBankasiDetay/Kanunlar>, <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Home/BilgiBankasiDetay/Y%C3%B6netmelikler>.

¹⁶ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Aralık, 2021, 47-59,50; Yakup Gül, "Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'nun 17/D Maddesi Çerçevesinde Türk Hukuku'ndaki "Arabuluculuk ile Uzlaştırma" Yöntemlerinin Değerlendirilmesi", İzmir Barosu Dergisi, 2014, 36,53,54; Mustafa Özbek, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, 293, 309, 317.

I. OMBUSMANLIK VE DOSTANE ÇÖZÜM

En temel tanımıyla Ombudsmanlık Kurumu, kamu yönetiminin aksayan yönleri sebebiyle sorun yaşayan yurttaşların sorunlarının çözümü ile ilgilenen bir Kurumdur.¹⁷ İsveç dilinde “halkın koruyucusu ve çıkarların savunucusu” olarak ifade edilebilen, bugün birçok ülkede uygulanmakta olan çağdaş bir denetim aracıdır.¹⁸ Buna bağlı olarak ombudsmanlık, kişilerin sahip olduğu hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlayıp Devlet karşısında korunmasını amaçlayan, hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine ve kişi haklarının korunmasına katkı sağlamayı amaçlayan bir Kurumdur.¹⁹

Bu sistemde ombudsman, yurttaşların idare ile olan ilişkilerinde karşılaşılan, hatalı ve yetersiz idari uygulamalarla ilgili olarak onlara yardımcı olma görevini üstlenir. Genellikle yasama organınca seçilen ombudsman, karar verici rolde olmayan, şikayetler hakkında idareye önerilerde bulunan kişilerdir.²⁰ Osmanlı Devleti’nde her ne kadar idarî yargı sistemi olmasa da bazı kaynaklara göre, Ombudsmanlık Kurumunun ilk örnekleri İslam Toplamlarında görülmekte ve sistemin temelleri Osmanlıya dayanmaktadır.²¹ Bununla beraber bazı kaynaklarda, Eski Roma ve eski Çin Hanedanlığında Ombudsmanlık sistemine benzer işleyişin olduğu yer almaktadır.²² Ülkemizde yürürlüğe giren, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun Gerekçesi ve Komisyon Raporlarında, Osmanlı’dan esinlendiği düşüncesinin kabul görüldüğü anlaşılmaktadır.²³ Bu düşünceye göre, halkın yönetime ilişkin şikayetlerinin kadı tarafından dinlemesi, Osmanlı’da yer alan Ahilik Kurumu’nun işleyişi gibi değerler; Avrupa’nın etkilendiği ve uygulamaya koyduğu om-

¹⁷ Kadir Caner Doğan, “Japonya Ombudsmanı: Yapısal-Kurumsal ve İşlevsel Yönleri”, Global Journal Of Economics And Business Studies (Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi) Cilt: 4 Sayı: 8 Kış 2015, 26; Mustafa Büyükcavcı, “Ombudsmanlık Kurumu”, Ankara Barosu Dergisi • Yıl:66 • Sayı: 4 • Güz 2008, 11,12.

¹⁸ Doğan, “Japonya Ombudsmanı: Yapısal-Kurumsal ve İşlevsel Yönleri”, 27.

¹⁹ Selçuk Gişi, “Ombudsmanlık Kurumu, İsveç ve Fransa Ülke Uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanı Üzerine Bir İnceleme”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/2, 3; İsmail Dursunoğlu, Handan Boyalı, Serkan Gündoğdu, “Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) İmajına Yönelik Bir Araştırma”, Kamu Denetçiliği Kurumu Dergisi, Ombudsman Akademik, 14. Sayı, 30 Haziran 2021, 67,72.

²⁰ Selami Demirkol, “Kamu Denetçisi (Ombudsman) Kurumunun Etkinliğinin Sağlanması ve Yargıyla İlişkisi Hakkında Kıyaslamalı Bir Çalışma Taslağı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2012, 78.

²¹ Ökten, Turhan, “6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ve Komisyon Raporlarında Yer Alan Eleştiriler Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, 134.; Hamza Günaydın, Burak Coşkun, “İsveç Kralı XII. Charles’ın (Demirbaş Şarl) Osmanlı Devleti’ne İlticası (1709-1714) ve İltica Sürecinde Ülkesinde Ombudsman Görevlendirmesine İlişkin Bir Değerlendirme”, Ombudsman Akademik, Temmuz - Aralık 2018, 15;49;58.

²² Zeynep Müftüoğlu Hoş, “Kamu Denetçiliği Kurumu ve Vergi Uyuşmazlıklarında Uygulaması”, TBB Dergisi 2014 (114), 295.; Mehmet Aykanat, “Ombudsmanlık Kurumunun Osmanlı Kökleri”, Turkish Studies Volume 14 Issue 1, 2019, 96.

²³ 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun Gerekçesi ve Komisyon Raporları.

budismanlık kurumunun temellerini oluşturmaktadır.²⁴ Bu bağlamda, Osmanlı Devleti'nin, adalet sisteminden etkilenen, Demirbaş Şarl olarak da bilinen, İsveç Kralı 12 inci Charles' ın, 18 inci yüzyılın başlarında Osmanlıda süregelen sistemi gözlemlediği ve 1713 yılında ülkesinde Ombudsmanlık Kurumunu faaliyete geçirdiği kabul görmektedir.²⁵ Demirbaş Şarl, idarenin keyfi uygulamalarına karşın, kanunlara uyulmasını ve kamu faaliyetlerinin yasaya uygun bir şekilde yürütülmesini sağlamayı hedeflemiştir. Devam eden süreçte, 1809 yılına gelindiğinde Ombudsmanlık Kurumu İsveç'te resmi bir organ olmuştur. Bazı kaynaklara göre II. Dünya Savaşı bir dönüm noktası olmuş ve birçok Avrupa ülkesi ile Avrupa Birliği bünyesinde de Ombudsmanlık Kurumu oluşturulmuştur.²⁶

İsveç'le birlikte Dünya genelinde dikkate alınan ve önemsenen ombudsmanlığın temellerinin her ne kadar bazı kaynaklarda Osmanlı Devleti'ne dayandığı kabul görse de Türk Hukukunda yakın zamanda mevzuattaki yerini almıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulacak Kamu Denetçiliği Kurumunun (Kurum) kuruluşu, görevi, çalışması ve inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve Kamu Denetçilerinin (Ombudsman) nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle hükme bağlanmıştır. Devamında, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, 14.06.2012 tarihinde kabul edilmiştir.²⁷

Kurumun amacı, etkin ve şeffaf bir yönetim sağlayabilmektir.²⁸ Zira, kamu yönetiminin, toplumdaki soyut ve bağımsız olması yurttaşlara sunulan hizmetlerin yetersizliğine yol açabileceği gibi kamu kaynaklarının etkili ve verimli kullanılmasını da zorlaştırabilir.²⁹ Ombudsmanın, etkin ve şeffaf bir yönetimi sağlayabilmesi için, tarafsızlık ve bağımsızlık oldukça büyük önem

²⁴ Kadir Caner Doğan, "Ahilik Teşkilatı, Ombudsman ve Etik İlişkisi", Global Journal of Economics and Business Studies Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi, 2015,28.; Mutlu Sesli, "Türkiye'de Ombudsman Kurumunun Bilinirlik ve Etkinlik Açısından Katılımcı Demokrasiye Katkısının Değerlendirilmesi", Kamu Denetçiliği Kurumu Dergisi, Ombudsman Akademik, 15. Sayı, 9 Şubat 2022, 87.

²⁵ Günaydın, Coşkun, "İsveç Kralı XII. Charles'ın (Demirbaş Şarl) Osmanlı Devleti'ne İlticası (1709-1714) ve İltica Sürecinde Ülkesinde Ombudsman Görevlendirmesine İlişkin Bir Değerlendirme", 66.; Dursunoğlu, Boyalı, Gündoğdu, "Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) İmajına Yönelik Bir Araştırma", 72.

²⁶ Seriyeye Sezen, "Ombudsman: Türkiye İçin Nasıl Bir Çözüm?" Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme, Amme İdaresi Dergisi, 34/4, Aralık 2001, 73.; Dursunoğlu, Boyalı, Gündoğdu, "Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) İmajına Yönelik Bir Araştırma", 72,73.

²⁷ Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Yayımlandığı Resmî Gazete 29/6/2012 - 28338.

²⁸ 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Gereçesi ve Komisyon Raporları; Hazal Duran, "Türkiye'de İdari Denetim ve Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)", Seta Analiz, Mart 2021, 7.

²⁹ Sesli, "Türkiye'de Ombudsman Kurumunun Bilinirlik ve Etkinlik Açısından Katılımcı Demokrasiye Katkısının Değerlendirilmesi", 84.

arz eder. Uyuşmazlıkların çözümünde hem idareden hem de bireyden bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi konumunda olan ve bu iki ilkedен kaynaklı saygınlığı olan ombudsman, idare üzerinde olumlu psikolojik etkiler yapabilecektir.³⁰ Mevzuatımızda bu etkinin gerçekleştirilebilmesi için ombudsmanın yıllık rapor hazırlama ve yıllık raporu beklemeksizin gerek gördüğü konularda özel rapor hazırlama yetkileri vardır. Bu raporlar kamuoyuna duyurulur.³¹ Ombudsmanın, idareyi bu şekilde baskı altında tutabilmesinin önemi; idarenin eylem ve işlemlerine karşı yurttaşların şikayetlerini dinleyerek, gerekli araştırmayı yapıp, tavsiye niteliğinde kararlar ortaya koymasından kaynaklıdır. Dolayısıyla burada önemli olan husus, ombudsman tarafından ortaya çıkarılan tespitlerin bağlayıcı olmaması, tavsiye niteliğinde olmasıdır. Kurum karar mercii olmayıp, idarenin işlem ve eylemleri sonucunda yurttaşın menfaatlerinin zedelendiği iddiasıyla gerçekleştirilen başvurularda, arabulucu rolü üstlenmektedir. Bu durumda Ombudsmanın, idare ile yurttaş arasında iletişim kanalı kurulmasını sağladığı, idare ve yurttaş arasında güven ilişkisine olumlu katkılar sunduğu söylenebilir.³² Her ne kadar ombudsmanın tavsiye niteliğindeki kararlarının dikkate alınması konusunda zaman zaman engellerle karşılaşılrsa da Dünya genelinde çeşitli platformlarda, Kurumun uygulamada yaşadığı sıkıntılar konusunda çalışmalar sürdürülmekte ve olumlu sonuçlar alınmaktadır.³³

Kuruma gerçekleştirilen başvuru sayısının az olduğu durumlarda sebebin, Kurumun bilinirliği ile ilgili olduğu söylenebilir. Bu açıdan bilinirliğini arttırmak için çalışmalar yapılması gerektiği düşünülebilir. Öte yandan, başvuru sayısının fazla olması halinin, bilinirlik ile ilişkilendirilmesinin yanı sıra, Devlet ile yurttaş arasındaki uyuşmazlıkların fazlalığını gözler önüne serebileceği ve bu durumun da yurttaş için yeterli hizmet sunamayan bir idarenin varlığı anlamına gelebileceği aşıkardır. Bir başka açıdan değerlendirildiğinde de Kuruma gerçekleştirilen başvuru sayısının çokluğu, Kurumun yurttaşlar tarafından dikkate alındığını gösterebilir. Hatta, Kurumun kamuoyu ile paylaştığı kararların, yurttaşları tatmin ettiği, kararların adil ve güvenilir bulunduğu, anlamını da çıkarmak mümkündür. Esasen, her halükârda, öne çıkan iki önemli hususun varlığı dikkatten kaçmamalıdır.

1. Yönetimi denetleyen; ama yönetime bağlı olmayan, bağımsız üçüncü kişi olan Ombudsmanın varlığı, demokrasi açısından oldukça önem arz etmektedir.

³⁰ İbrahim Uğur Esgün, "Ombudsman Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği Üzerine Bir Değerlendirme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996, 269.

³¹ Ramazan Şengül, "Ombudsman Kurumu Kötü Yönetime Çare Olabilir Mi?", Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu – Bildiri - 2005, 136,137.

³² Müftüoğlu Hoş, "Kamu Denetçiliği Kurumu ve Vergi Uyuşmazlıklarında Uygulaması", 296; Dursunoğlu, Boyalı, Gündoğdu, "Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) İmajına Yönelik Bir Araştırma", 67.

³³ Şükrü Mert Karcı, "Ombudsman Tavsiye Kararları ve Türk Kamu Yönetiminde Uygulanabilme Sorunu", Ombudsman Akademik 2015, 52,53,54.

2. “İdare tarafından karar alınması”, “alınan ya da alınacak kararın uygulanması” ve “işleyişin, uygulamaların denetlenmesi” aşamalarında, yurttaşla söz hakkı verilmesi, yine demokrasi açısından önemli olan bir diğer husustur.³⁴Tablo 1. 2019-2020 Yılları Şikâyet Başvurularının Konularına Göre Dağılımı³⁵

Konu/Yıl	2019	%	2020	%	% Değişim
Ekonomi, maliye ve vergi	1.568	%7,48	72.418	%80,82	%4518,49
Kamu personel rejimi	4.656	%22,21	3.703	%4,10	%-20,47
Adalet, milli savunma ve güvenlik	3.250	%15,50	3.032	%3,36	%-6,71
Eğitim-öğretim, gençlik ve spor	1.782	%8,50	1.813	%2,01	%1,74
(İdarede işçi statüsünde çalışanların İş Kanunundan ve iş akdinden kaynaklanan haklarına ilişkin alt konular)	514	%2,45	1.548	%1,72	%201,17
Mahallî idarelerce yürütülen hizmetler	1.971	%9,40	1.418	%1,57	%-28,06
Çalışma ve sosyal güvenlik	2.366	%11,18	1.325	%1,47	%-44,00
Sosyal hizmetler	165	%0,79	997	%1,11	% 504,24
Sağlık	427	%2,04	701	%0,78	% 64,17
Ulaştırma, basın ve iletişim	1.188	%5,67	498	%0,55	%-58,08

Kaynak: (KDK, 2021: 70).

Tablo 1’de, 2019 ve 2020 yılları arasında, ombudsmana yapılan ilk on başvuru konusu ile birlikte, başvuru sayısı ve yüzdeleri verilmiştir. Görüldüğü üzere, yeni sayılabilecek bir Kurum olduğu dikkate alındığında, başvuru sayısı dikkat çekicidir.³⁶ Tablo 2. 2020 Yılı Karar Türlerine Göre Dağılım³⁷

Karar Türleri	2020	%
Gönderme Kararı	8.555	%9,51
İncelenemezlik Kararı	9.254	%10,29
Başvurunun Geçersiz Sayılması	164	%0,18
Birleştirme Kararı	87	%0,10
Ayrırma Kararı	20	%0,02
Dostane Çözüm Kararı	1.808	%2,01

³⁴ Sesli, “Türkiye’de Ombudsman Kurumunun Bilinirlik ve Etkinlik Açısından Katılımcı Demokrasiye Katkısının Değerlendirilmesi”, 83

³⁵ Sesli, “Türkiye’de Ombudsman Kurumunun Bilinirlik ve Etkinlik Açısından Katılımcı Demokrasiye Katkısının Değerlendirilmesi”, 93.

³⁶ Eylül Bayraktar, “Türk Kamu Yönetiminin Denetiminde Ombudsmanlık Uygulaması: Kamu Denetçiliği Kurumu”, Karadeniz Teknik Üniversitesi - Stratejik Araştırma Merkezi Protokol Dergisi, 2022, 13,14.

³⁷ Sesli, “Türkiye’de Ombudsman Kurumunun Bilinirlik ve Etkinlik Açısından Katılımcı Demokrasiye Katkısının Değerlendirilmesi”, 93,94.

KVYO	284	%0,32
Tavsiye Kararı Sayısı	68.128	%75,74
Ret Kararı	941	%1,05
Kısmen Tavsiye Kısmen Ret Kararı	704	%0,78
Karar Toplamı	89.945	%100
Birleştirme Kararı ile Sonuçlanan Dosya Sayısı (+)	1.155	
Sonuçlanan Toplam Dosya Sayısı	91.100	

Kaynak: (KDK, 2021: 79).

Tablo 2’de, Kurumun 2020 yılında verdiği kararların türlerine göre dağılımı verilmiştir. İstatistiklere yansıyan dostane çözüm kararları ve tavsiye kararlarının başvuru sayısına oranı, Kurumun amacına uygun olarak etkin bir şekilde faaliyet gösterdiğini ispatlar niteliktedir. Ayrıca bazı kaynaklarda, son yıllarda idarelerin ombudsmanın tavsiye kararlarına uyma oranlarının arttığının gözlemlendiği ifade edilmektedir.³⁸

Kurum, insanların daha kolay ulaşabildiği, bağımsız ve daha hızlı işleyen uygulamaları sağlamaktadır. Her ne kadar, 6328 sayılı yasa gereği, hukuka ve hakkaniyete uygunluk denetimi yapan ombudsmanın aldığı kararlar bağlayıcı olmasa da insan haklarına saygılı adalet anlayışı çerçevesinde tavsiye niteliği taşıyan bu kararların, çoğu zaman, ilgili kamu kurumları açısından baskı unsuru oluşturarak uygulanır niteliğe bürünmesi oldukça önemlidir. Kurumun yaptığı detaylı araştırmaların sonucunu raporlayıp kamuoyuna açıklamasıyla oluşan kamuoyu baskısı, kurumun etkinliğini ve gücünü artıran önemli bir unsurdur. Bu nedenle, Kurumun bilinirliğinin ve etkinliğinin artmasının; idare ile yurttaş arasındaki problemlerin içinden çıkılmaz hale gelmeden çözülmesini sağlayabileceği verebileceği aşıkardır. Bu nedenle, demokratik ve adil, yurttaşların temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasına yardımcı bir rol üstlenen ombudsmanlığın, yurttaş ve Devlet arasındaki bağın güçlenmesine yardımcı olduğu gerçeğini dikkate almak gerekir.³⁹

II. ARABULUCULUK VE DOSTANE ÇÖZÜM

Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında ileti-

³⁸ Bayraktar, “Türk Kamu Yönetiminin Denetiminde Ombudsmanlık Uygulaması: Kamu Denetçiliği Kurumu”, 13.

³⁹ Hasibe Usta, “Türkiye’de Ombudsman (Kamu Denetçiliği) Kurumu”, Denetim Dergisi, Yıl 2014, Cilt, Sayı 14, 59, 61.; Dursunoğlu, Boyalı, Gündoğdu, “Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) İmajına Yönelik Bir Araştırma”, 87.; 2014-14, 61.; Sesli, “Türkiye’de Ombudsman Kurumunun Bilinirlik ve Etkinlik Açısından Katılımcı Demokrasiye Katkısının Değerlendirilmesi”, 97.

şim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olarak arabulucunun yer aldığı süreci ifade eder.⁴⁰

Ülkemizde, arabuluculuk faaliyetinin ceza yargılamasındaki karşılığı uzlaştırmadır. Her ikisi de uyuşmazlık yaşayan tarafların, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi yardımıyla yürüttükleri süreçlerdir.⁴¹ Uzlaştırma ve arabuluculuk süreçlerinin temelleri, eski çağlara kadar uzanmaktadır. Modern anlamda ise bu faaliyetler öncelikle Amerika Birleşik Devletleri'nde geliştirilmiş, daha sonra ise Kıta Avrupa'sının dikkatini çekerek Dünya genelinde yaygınlaşmıştır.⁴² Bununla beraber, Osmanlı'da ulemanın bazı faaliyetleri incelendiğinde ve Anadolu kültürü dikkate alındığında, bu yöntemin bizlere uzak olmadığı anlaşılmaktadır.⁴³ Anadolu'da, uyuşmazlık söz konusu olduğunda, aile yüküleri ya da taraflara sözü geçeceği düşünülen kişi veya kişiler devreye girerek; toplumun ahlaki değerlerinin, dini değerlerinin ve benzeri hassasiyetlerinin dikkate alınmasıyla, tarafların uzlaşmasına yardımcı olmuşlardır.⁴⁴ Afrika, Çin, Güney Asya ve Güney Amerika gibi ülkelerde, resmi mahkeme sürecine erişemeyen kişiler için, gayri resmi toplum temelli uyuşmazlık çözümünün zengin bir geçmişi bulunduğu kabul edilmektedir.⁴⁵

Bununla beraber, üçüncü kişinin kolaylaştırıcılığında tarafların müzakeret etmesinin Dünya genelinde yaygın olmasının yanı sıra Anadolu'da da önemli bir yeri olmasına rağmen⁴⁶; 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK), hukuk sistemimizde yerini 07.06.2012'de almıştır. Arabuluculuk, HUAK'ın, 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmesi, ilk arabulucunun da 2013 yılının Kasım ayında sicile kaydolması ile birlikte uygulanabilir hale gelmiştir.⁴⁷ Devam eden süreçte, arabuluculuk uygulamaları konusunda toplumsal farkındalığın artırılması için, tüm dünyada olduğu gibi, Türk Hukuk Siteminde de dava şartı uygulamaları başlamıştır. Buna

⁴⁰ 6325 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Tanımlar, Madde 2, Erişim tarihi: 28.08.2022, Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://www.mevzuat.gov.tr>.

⁴¹ Mustafa Serdar Özbek, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2013.; İbrahim Özbay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Azerbaycan Qafqaz Üniversitesi'nin düzenlemiş olduğu Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu - Bildiri, 28-29 Eylül 2005, 459.

⁴² Özbay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", 462.

⁴³ Arabuluculuk Becerileri Elkitabı, 5; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 27.; Mehmet Ali Türkmenoğlu, Duygu Göklü, "Osmanlı Klasik Döneminde Arabuluculuk, Uzlaşma ve Muslihûn'un Konumu", Avrasya University Faculty Of Economics And Administrative Sciences International Online Conference On Social Sciences Researches 10-11 December 2020, 152.

⁴⁴ Türkmenoğlu, Göklü, "Osmanlı Klasik Döneminde Arabuluculuk", Uzlaşma ve Muslihûn'un Konumu, 156,160.

⁴⁵ Arabuluculuk Becerileri Elkitabı,5; Seda Özmumcu, "Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış", 12 Levha Yayınları 2012.

⁴⁶ Türkmenoğlu, Göklü, "Osmanlı Klasik Döneminde Arabuluculuk, Uzlaşma ve Muslihûn'un Konumu", 155.

⁴⁷ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 7, 27.

göre, İş Hukuku (01.01.2018), Ticaret Hukuku (01.01.2019) ve Tüketici Hukuku (28.07.2020) alanındaki bazı uyuşmazlıklarda, arabulucuya başvurmadan önce dava açılması, davanın usul eksikliği sebebiyle reddine sebebiyet vermektedir.⁴⁸ Dava şartı söz konusu olduğunda, ihtiyari olarak yürütülen süreçlerden farklı olarak, süreci başlatmak konusunda gönüllülük ilkesinden feragat edilse de “sürecin devam ettirilmesi”, “anlaşmaya varılıp varılmaması” ve “anlaşma halinde anlaşma şartlarının belirlenmesi”nde gönüllülük devam ettiğinden; hak arama özgürlüğüne engel bir durum olmadığı, Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul görmüştür.⁴⁹ Kararda öncelikle, tarafların kendilerine uygun şartlarla ve dostane yollarla uyuşmazlıkları çözmelerinin, toplumsal barışın ve düzenin sağlanması ile kamu düzeninin korunmasına katkısı vurgulanmış, *“Uyuşmazlığın daha kısa sürede, daha az masrafla ve her iki tarafın tatmini sağlanarak yargıya taşınmadan çözümlenmesi, tarafların uzun sürebilecek yargılama süreçleri ile yıpranmasını engelleyebileceği gibi mahkemelerin iş yükünü azaltarak yargı teşkilatının daha etkin ve verimli çalışmasına da hizmet edebilir.”* denilerek, dostane çözümlerin yarattığı önemli avantajlara değinilmiştir. Uygulamada hem ihtiyari hem de dava şartı faaliyetlerin uyuşmazlık çözümünde önemli bir yer tuttuğu görülmektedir.⁵⁰

Arabuluculuk faaliyetlerini yargılama süreçlerinden ayıran en önemli farklardan biri, Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nca tutulan sicile kayıtlı, tarafsız ve bağımsız arabulucunun kolaylaştırıcılığında, tarafların duygularını ifade edebilme fırsatlarının olmasıdır.⁵¹ Yargılamaalarda yargının süjeleri olan, hakimler ve avukatlar başrolde. Uyuşmazlık taraflarına kolay kolay söz düşmez; ancak taraflar hâkimin kendilerini dinlemesini isterler ve çoğu zaman katıldıkları duruşmalarda söz almak için çaba sarf ederler. Avukatlarının yanlarında varlığı halinde bile, her ne kadar kendilerine yargılama usulünden bahsedilse de duruşmalarda konuşmaya çabalarlar. Usul kuralları ve zaman darlığı nedeniyle hâkim kendilerini dinlemediği için de hayal kırıklığına uğrarlar. Arabuluculukta ise, taraflar kendilerini ifade etme imkânı bulurlar.⁵² Kaldı ki, arabuluculuk süreçlerinde, tarafların duygu ve düşüncelerinin ifade edilmesine fırsat verilmeden, onlardan sorunlara odaklanmalarını ve çözüm üretmelerini beklemek doğru bir yöntem olmayabilir.⁵³ İngiltere’de arabuluculuk yapan Rahim SHAMJI katıldığı bir

⁴⁸ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 29.

⁴⁹ AYM Kararı, Başvuru No: 2017/178, 11.07.2018.

⁵⁰ “Adli İstatistikler 2021”, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Yıllara Göre Arabuluculuk Uygulamasına Ait Sonuçlanan Dosya Sayısı, TÜRKİYE, 2014-2021, 211.; Konusuna Göre Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması İşçi İşveren Uyuşmazlık Sayısı, TÜRKİYE, 2021, 215.; Konusuna Göre Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamasına Ait Ticari Uyuşmazlık Sayısı, TÜRKİYE, 2021, 216.; Konusuna Göre Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamasına Ait Tüketici Uyuşmazlık Sayısı, TÜRKİYE, 2021, 217., Erişim Tarihi: 28.08.2022., <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>.

⁵¹ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 29.

⁵² Mine Demirezen, Arabuluculuk Temel Kitabı, Aristo Yayınları, II. Basım, 2019, 64-67.

⁵³ Demirezen, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu-Antalya-, 116.

sempozyumda, “Arabuluculuk Sürecinde Çıkmazlar Nasıl Aşılır?” konu başlığında, arabuluculuk faaliyetlerinde duygulara yer verilmesi ile ilgili düşüncelerini şu şekilde ifade etmiştir: “...bence, arabuluculuk sürecinde ‘duygulara yer yoktur’ denmesi çok saçmadır. Şirket müdürlerine bakarsanız, belki çok duygusuz, çok ciddi oldukları söylenecektir; ama bence bu da saçma bir fikir. Ben arabuluculuk oturumlarında, onların bile gözlerinin dolduğuna şahit oldum.”. Yunanistan’da arabuluculuk yapan Eleni Plessa ise, “Genellikle konular tartışılırken duygusal dışavurumlara çok fazla yer verilmeyebiliyor. Bu duygusal dışavurumları sağlamadan sürece devam etmiş olabilirsiniz; ama aslında hiçbir zaman, bir konuya tekrar geri dönüp, bu konudaki ihtiyaçların nasıl karşılanabileceğini tartışmak için çok geç değildir.” diyerek; duyguların genellikle açığa vurulmamış ihtiyaçlardan kaynaklandığını, duyguları bastırmanın doğru olmadığını, tarafların duygularını dışa vurmaya imkan tanınmasının süreçteki tıkanıklıkları açarak tarafların kendi ihtiyaçları konusunda düşünmelerine yardımcı olabileceğini, zira duyguların açığa vurulması sağlanmadan mantıklı düşünmenin güçlendiğini ifade etmiştir.⁵⁴ Bununla beraber, uyuşmazlık yaşayan tarafların duygularını ifade etmeleri, tarafların birbirleri ile empati kurmalarını sağlayacak ve gerçekleştirilen davranışların ya da söylemlerinin karşı tarafa ne hissettirdiği hakkında bilgi sahibi olunmasını kolaylaştıracaktır.⁵⁵ Bu durum, müzakere-leri ve çözüm konusunda tarafların verecekleri kararları önemli ölçüde etkileyecek dinamiklerden biridir. Zira, duyguların ifade edilmesi ve uyuşmazlığı doğuran gerçek sebeplerin ortaya çıkarılmasıyla, yani buz dağının görünmeyen tarafı ile yüzleşmenin sağlanmasıyla; bakış açısı farklılıkları da ortaya çıkarılabilecektir. Bu aşamadan sonra ise, uyuşmazlık taraflarınca uyuşmazlığın kabul edilebilir hale gelmesi sağlanabildiğinde, taraflar sorunun çözümüne odaklanabileceklerdir. Bu noktada, arabuluculuk faaliyetlerini yargılama faaliyetlerden farklı kılan bir diğer özellik de tarafların, uyuşmazlığın gerçek sebeplerini konuşabilmeleri sağlandığında, görünenin dışındaki ihtiyaç ve menfaatlerin ortaya çıkartılmasının da mümkün olması ve bu hususun süreç içerisinde önemli bir yerinin olmasıdır. Uyuşmazlık yaşayan taraflar ancak bu sayede çözüm seçeneği üretebilir ve seçeneklerin değerlendirilmesi için sağlıklı bir müzakere süreci yürütülebilir. Böylelikle, tarafların yasada öngörülen çözümlerle sınırlı olmaksızın, kendilerine uygun çözümler bulmaları mümkün olabilir.⁵⁶ Kendilerine uygun çözümlerle uyuşmazlığı sona erdiren taraflar, uygulanabilir nitelikteki anlaşma belgeleri ile uyuşmazlığı sona erdireceğinden ve mevzuat gereği arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağından, uyuşmazlık tüm yönleri ile

⁵⁴ Demirezen, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu-Kocaeli-, 37-38.

⁵⁵ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 155.

⁵⁶ İsmail Ergin, “Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları-Birikimler, 2013, 152.; Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, 460,464,465.

sona ermiş olur. Mevzuata göre, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler ve bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. Ayrıca, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Arabuluculuk faaliyetini ayrıcalıklı kılan da bu durumdur. Bu noktada, anlaşma ile sona eren her arabuluculuk sürecinin, faaliyetin başarılı olarak yürütüldüğü sonucunu doğurmayacağına değinmek gerekir. Şayet, duyguların yeterince ifade edilmesi sağlanmadığından taraflar için önem arz eden konular konuşulmamışsa, ihtiyaç ve menfaatler ortaya çıkarılmadığından belirlenen anlaşma şartları tarafların ihtiyaçlarını karşılar nitelikte değilse, anlaşma şartları uygulanabilir nitelikte değilse; süreç başarılı olarak nitelendirilemeyecektir. Hatta bu şekildeki bir anlaşma, başka uyuşmazlıklara da sebebiyet verebilir. Bununla beraber, arabuluculukta “ilişkilerin devamlılığının sağlanması” gibi olumlu bir etkinin söz konusu olması hali, her arabuluculuk anlaşmasının sonuçlarından birinin, “uyuşmazlık yaşayan tarafların bu süreçten kol kola ayrılması” olduğu anlamı taşımamaktadır. Öte yandan, arabuluculuğun temel ilkeleri ve etik kodlar gözetilerek yürütülen bir faaliyet sonunda, yargılama süreçlerinin sonunda olduğu gibi ilişkilerin daha da kötüye gitmeyeceği, daha fazla bozulmasının önüne geçilmiş olacağı aşıkardır.

Sonuç olarak, uzlaşma kültürünün benimsenmesi ile, yasanın öngördüğü klasik çözümler yerine uyuşmazlık taraflarının ihtiyaç ve menfaatlerini karşılar nitelikte yaratıcı çözümlerle anlaşma sağlanabilecek ve uygulanması zor mahkeme ilamları yerine uygulanabilir hükümler içeren arabuluculuk anlaşma belgeleri sayesinde yargı yükü azalacaktır. Böylelikle uyuşmazlık yaşayan tarafların maddi ve manevi açıdan uğrayacakları zararın önüne geçilecek, husumetlerinin artması ve daha da derinleşmesi engellenecektir. Bu nedenle arabuluculuk faaliyeti, toplumsal barış için oldukça önemlidir.

III. UZLAŞTIRMA VE DOSTANE ÇÖZÜM

Uzlaştırma, uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununu (CMK) ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğindeki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından ulaştırılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini ifade eder. Mevzuata uygun olarak uzlaştırma girişiminde bulunulabilmesi için, söz konusu suçun mevzuatta sayılan suçlardan olması ve sürecin Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı siciline kayıtlı uzlaştırmacı tarafından yürütülmesi gerekir. Uzlaştırma faaliyeti neticesinde tarafların suçtan doğan zararlarla ilgili olarak kendi çözümleri ile uyuşmazlığı sona erdirmeleri söz konusu olduğunda, Devlet ceza soruşturması veya kovuşturmasından vazgeçer.

Uyuşmazlık yaşayan taraflarla herhangi bir menfaat ilişkisi ya da çatışması olmayan üçüncü kişi olan uzlaştırmacı tarafından yürütülen müzakere sürecinin, eski zamanlardan beri kültürümüzde yeri olan bir süreç olduğuna değinilmişti.⁵⁷ Kaldı ki, uzlaştırma ve arabuluculuk faaliyetlerinin temelini oluşturan müzakere, günlük hayatımızın bir parçasıdır.⁵⁸ Ancak, uzlaşma kültürünün her ne kadar toplumumuzda yer edinen bir yanı olsa da uzlaşmaya ilişkin mevzuat hükümleri ile, yeni dönemlerde sistemin etkin hale getirilmeye çalışıldığı söylenebilir. Uzlaştırma, öncelikle 2005 yılında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ile sistemimize girmiş, daha sonra 2006 yılında yapılan değişiklikle TCK'daki hükümler kaldırılarak CMK'da yer almaya başlamıştır. Devam eden süreçte, 2016 tarihinde 6763 sayılı Kanunla ve 2019 tarihinde 7188 Sayılı Kanun'la CMK'da yer alan düzenlemeler ile ilgili olarak önemli yenilikler yapılarak kurumun işleyişinin artırılması hedeflenmiştir ve oldukça önemli sonuçlar alınmaktadır.⁵⁹

Esasen, suçun işlenmesi ile birlikte mağdurun zarara uğramasının yanı sıra, toplumun düzenin de bozulması sebebiyle, kamu zararının gerçekleştiği kabul edilir.⁶⁰ Bu nedenle, her ne kadar ceza soruşturmaları ve ceza yargılamalarında suçun mağduru sürece dahil edilse de asıl mağdur Devlet kabul edilerek; failin cezalandırılması ve ıslah edilmesi yoluna gidilir. Islah yöntemleri arasında, suçun ağırlığına göre, failin toplumdan dışlanması gibi yöntemler de gündeme gelir. Böylelikle, failin yeniden suç işlemesinin önüne geçilmesi ile birlikte, cezaların caydırıcılığı ile başkalarının da suç işlemesinin önüne geçilmeye çalışılır.⁶¹ Öte yandan, geleneksel yöntemlere uygun olarak suçla mücadele ve toplumsal düzenin sağlanmasında; failin sadece cezalandırılmasına yönelik değil, aynı zamanda taraflar arasındaki ilişkiyi ve kamu vicdanını onarmayı, eğitici, affedici, taraflara sorumluluk yükleyici bir yöntem olarak Onarıcı Adalet anlayışı karşımıza çıkmaktadır. Onarıcı Adalet anlayışında, toplumsal barışın sağlanması ile Devletin ceza uygulamasına gerek kalmayacak, böylelikle maddi ve manevi yüklerle maruz kalınmayacaktır. Ceza yargılamasında, ülkemizdeki en önemli onarıcı adalet uygulaması uzlaştırmadır.⁶² Modern ceza hukuku anlayışı olarak uzlaştırmada, mağdur

⁵⁷ Türkmenoğlu, Göklü, "Osmanlı Klasik Döneminde Arabuluculuk", Uzlaşma ve Muslihûn'un Konumu, 161.

⁵⁸ Ünsal Sığı, "Diplomatik Müzakereler: Modern Orta Doğu'nun yaratılması sürecinde İngiliz müzakereciliği", SAREM Stratejik Arastirmalar Dergisi, 2010.

⁵⁹ "Adli İstatistikler 2021", Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Uzlaştırma Dosya Sayısı, TÜRKİYE, 2017-2021, 126, Erişim Tarihi: 28.08.2022,, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>.

⁶⁰ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, 96.

⁶¹ Sümer, Önkal, "Onarıcı Adalet Kuramı Açısından Uzlaşma Mekanizmasının Suç Önleme İşlevi", 384,385.

⁶² "Onarıcı Adalet", T.C. Adalet Bakanlığı, Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, Erişim Tarihi: 28.08.2022,

temel alınır. Özellikle, mağdurun uğradığı zararların ve mağduriyetinin giderilmesi hedeflenir. Uzlaştırma müzakerelerine; şüpheli, sanık, katılan, mağdur, suçtan zarar gören, kanuni temsilci, müdafii ve vekil katılabilir. Uzlaştırma, tarafların sürece katılımını ve taraflar arasında müzakereyi teşvik edici bir rol oynayarak süreç yönetimini sağlar ve belirli yöntemlerle iletişimin kurulmasını sağlayarak, tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardım eder. Tarafların kendi çözümlerini bulmaları kolay olmayacaktır. Zira, uzlaştırma sürecinde önemli olan husus, uzlaştırmacının yardımıyla, mağdurun fail ile, failin de mağdur ile yüzleşmesinin sağlanmasıdır. Yüzleşmenin sağlanması, uyuşmazlık yaşayan tarafların her zaman yüz yüze geldiği süreçler olarak düşünülmemelidir. Kural olarak müzakerelerin yüz yüze yürütülmesi gerekir; ancak bazı süreçlerde ortak müzakere mümkün olmaz ve uzlaştırmacının taraflarla ayrı ayrı görüşmesi gerekebilir.⁶³ Dolayısıyla, yüzleşmeden kasıt:

1. Mağdurun, işlendiği iddia edilen suçun kendisini nasıl etkilediği konusunda duygu ve düşüncelerini ifade etme şansı bulması ve içinde bulunduğu psikolojik durumla başa çıkmasıdır.
2. Fail açısından da işlediği iddia edilen suçun sebep olduğu sonuçlar nedeniyle mağdurun içinde bulunduğu durumu anlaması ve empati yapmasıdır.

Uyuşmazlık yaşayan tarafların duygularıyla yüzleşmeleri ve bunlarla başa çıkabilmeleri sağlandığında, iletişim kanalları açılacak ve böylelikle uyuşmazlığın sona erdirilmesi için, tarafların kendi çözümlerini üretmeleri ve çözüm seçeneklerini değerlendirmeleri mümkün olacaktır.

Klasik ceza anlayışından farklı olarak, onarıcı adalet yöntemi olan uzlaştırmada; suça konu eylem ve/veya işlem nedeniyle mağdur konumundaki kişinin duygularının dikkate alınması, suç işleyen kişinin de gerçekleştirdiği davranışlarının sonuçları ile yüzleşmesinin sağlanması önemli bir husustur. Bu yöntemde:

1. Mağdur önemsenmekte, duygu ve düşüncelerini ifade etmesine fırsat tanınarak kendisini tatmin edecek çözümlerin bulunması konusunda kendisine fırsat tanınmaktadır.
2. Failin gerçekleştirdiği davranışın mağdurda yarattığı sonuçları anlaması sağlanmakta ve gerçekleştirdiği hatalı davranışla sebep olduğu sonuçları düzeltmesi için konusunda kendisine fırsat tanınmaktadır.

Aydın Aşık, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019, 3-6.

⁶³ Meral Ekici Şahin, Kürşat Yemenici, "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, 2018, 493.

3. Mağdurla birlikte mağdur yakınları, fail ile birlikte fail yakınları ve de toplum, adaletin sağlanması sürecinde söz konusu olan maddi ve manevi yüklerden kurtulmuş olacaktır.⁶⁴
4. Adli makamlarının gözetimi ve denetiminde gerçekleştirilen bu sürecin, yargılamaya kıyasla çok kısa bir süreç olması, Devlete olan güveni sağlar.⁶⁵
5. Daha da önemlisi, tarafların çatışmalarının derinleşmesine kısa sürede son verilmiş olması ile toplumsal barışın sağlanmasında büyük katkısı olacağı aşikardır.

Bütün bunların yanında, dostane çözüm yöntemleri ile uyuşmazlığın ele alınması kararı verilmesi ve taraflara en uygun çözüm seçeneği ile sorunun ortadan kaldırılabilmesini sağlayacak bilgi paylaşımının gerçekleştirilebilmesi için, süreç kadar süreci yürüten üçüncü kişiye de güven duyulmasının öneminden ve tarafların süreçte yer alan üçüncü kişiye (ombudsman - arabulucu - uzlaştırmacı) güven duymalarının tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri sayesinde mümkün olduğundan bahsedilmiştir. Bununla beraber, ombudsmanlık ve arabuluculuk gibi yargı dışı yöntemlerde süreç, idari ve adli makamların dışında sürdürülür; ancak uzlaştırma ile amaçlanan her ne kadar yargı dışı yollarla uyuşmazlığın çözümü ise de faaliyet, adli makamların denetiminde gerçekleştirir. Bağımsızlık açısından değerlendirildiğinde, her ne kadar uzlaştırmacının adli makam tarafından görevlendirilmesi ve uzlaştırma sonucunun adli makamların onayına sunulması söz konusu olsa da mevzuatta uzlaştırmacının, ombudsman ve arabulucu gibi, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi olduğunun vurgulanması önemlidir.

Bununla beraber hem mağdur hem de fail uzlaşma konusunda özgür iradeye sahiptir. Uzlaştırma faaliyeti sonunda uzlaşmak istemeyebilirler. Zira, arabuluculuk gibi uzlaştırma süreci de gönüllü bir süreçtir.⁶⁶ Uzlaştırma süreci tarafların uzlaşması ile sona ermez ve olumsuz sonuçlanırsa, adli makamlar tarafından sürdürülen süreçte, faille Devlet arasındaki ceza ilişkisi devam eder. Öte yandan, uzlaşmanın sağlanması hâlinde, yargılamanın maddi ve manevi yüklerinden kurtulan taraflar için uyuşmazlık tamamen sona erecektir. Zira, uzlaşma sağlandığında, soruşturma veya kovuşturma konusu

⁶⁴ Sümer, Önkal, "Onarıcı Adalet Kuramı Açısından Uzlaşma Mekanizmasının Suç Önleme İşlevi", 390-391.

⁶⁵ Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 05.08.2017 Resmî Gazete Sayısı: 30145, "Uzlaştırma Süresi" "MADDE 17 - (1) Uzlaştırmacı, uzlaştırma evrakını teslim aldıktan sonra otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. (Değişik cümle: RG-31/12/2019-30995 4.Mükerrer) Bu süre içerisinde sonuçlandıramazsa durumu açıklayan bir dilekçeyle büroya başvurması hâlinde bürodan sorumlu Cumhuriyet savcısının onayını almak koşuluyla uzlaştırma bürosu bu süreyi her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha uzatabilir.", Erişim tarihi: 28.08.2022, Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://www.mevzuat.gov.tr>.

⁶⁶ Özbek, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", 297.

suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Ayrıca uzlaşma, özür dilemek gibi maddi bir edim içermeyebileceği gibi edimli de olabilir. Edimli uzlaşmalarda, şüpheli veya sanığın edimi yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya uzlaşma belgesi 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu 38. maddesi gereği ilam niteliğinde belge sayılır.⁶⁷ Dolayısıyla, edimi yerine getirmeyen kişiye karşı ilamlı icra takibi yapılabileceğinden, mağdur uzlaşmakla hak kaybına uğramamaktadır.

Sonuç olarak, arabuluculuk faaliyetleri gibi ceza yargılamasına konu faaliyetlerde de uzlaşma kültürünün benimsenmesi ile yargı yükü azalacak, uyuşmazlık yaşayan tarafların maddi ve manevi yüklere maruz kalmalarının önüne geçilecek, husumetlerinin artması ve daha da derinleşmesi engellenebilecektir. Bu nedenle, ombudsmanlık ve arabuluculuk gibi, uzlaştırma müessesesi de toplumsal barış için oldukça önemli dostane çözüm yöntemlerinden biridir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yargının artan iş yükünün hafifletilmesi ve gün geçtikçe uzayan yargılama süreçlerine çözüm olabilmesi için zaman zaman usul hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerin yapılmasının yanında, mahkeme sayıları arttırılmakta ve genel mahkemelerin yanında, uzmanlık gerektiren dava türleri dikkate alınarak, belirli alanlardaki uyuşmazlıklara bakmak üzere, ihtisas mahkemelerinin kurulması sağlanmaktadır. Ancak, uzun yıllardır tecrübe edildiği üzere, kanunların kusursuz olması, dosya sayılarının ciddi oranlarda artmaya devam etmesinin önüne geçmesi, makul sürede yargılama yapılabilmesi ve yargılama süreçlerinde yaşanan diğer bazı olumsuzlukların bertaraf edilmesi için yeterli olmamıştır.⁶⁸ Buna karşın, idare ile yaşanan uyuşmazlıklarda ombudsmanlık, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk ve ceza hukukunda uzlaştırma, bu sorunlara maruz kalmadan, uyuşmazlıkların kısa sürede ve dostane yolla çözümünü sağlayabilecek yöntemlerdir.

Bununla beraber, uzun yıllar süren yargılama süreçleri sonunda verilen yargı kararı ile bir "kazanan" ve bir "kaybeden" söz konusu olur. Ancak, tam kabul, tam ret ya da kısmi kabul, kısmi retle sonuçlanan uyuşmazlıkların çoğunluğunda, verilen karar davanın taraflarında maddî veya manevî olarak yeterli tatmini sağlayamamaktadır. Hüküm verildikten sonra ilişkiler de dü-

⁶⁷ Soner H. Çetin, "Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma", TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, 27.; Özbek, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", 315.; Gül, "Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'nun 17/D Maddesi Çerçevesinde Türk Hukuku'ndaki "Arabuluculuk ile Uzlaştırma" Yöntemlerinin Değerlendirilmesi", 53.

⁶⁸ Özbay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", 459,475.; Mustafa Özbek, "Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", Başkent Üniversitesi, Erişim Tarihi: 28.08.2022, <http://acikerisim.baskent.edu.tr/handle/11727/1936>, 155,156.

zelmez. Aksine, uzun yargılama süreci, uyuşmazlık nedeniyle taraflar arasındaki yıpranmış ilişkiyi, onarılması mümkün olmayan şekilde zedelemekte ve taraflar arasında yeni uyuşmazlıkların doğmasına sebebiyet verebilmektedir. Yargıya kıyasla kısa sürede sonuçlandırılacak dostane çözümler ise, toplumsal düzen ve barışın yeniden tesis edilmesi için tercih edilmesi gereken yöntemlerdir. Bu bağlamda,

1. Ombudsmanlık kurumu sayesinde, idare ile yurttaş arasında yaşanan uyuşmazlıklarda, idarenin halkla ilişkilerinin geliştirilmesi söz konusu olacaktır. Bu kurumsal uygulama, demokratikleşme yolunda atılmış önemli bir adımdır.

2. Arabuluculukta, sağlıklı bir şekilde kurulan iletişim ve müzakere süreci sonunda, tarafların ihtiyaç ve menfaatlerini karşılayan ve uygulanabilir nitelikteki anlaşma neticesinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava da açılmayacağından, uyuşmazlık tüm yönleri ile sona ermiş olacaktır.

3. Uzlaşma sağlandığında da Devletin ceza soruşturması veya kovuşturmasından vazgeçmesinin yanı sıra, soruşturma veya kovuşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacağından, açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılacağından, uyuşmazlık yine tüm yönleriyle sona ermiş olacaktır.

Arabuluculuk ile uzlaştırmada, taraflar uyuşmazlık konusunda anlaşmasa bile, onların müzakere etmelerini kolaylaştıran, alanında uzman olan üçüncü kişi konumundaki arabulucu ve/veya uzlaştırmacı; taraf ilişkisinin korunmasını ve daha fazla bozulmamasını sağlamaya yönelik olarak gereken dikkat ve özeni göstereceğinden, dostane çözüm yöntemlerinin uygulanması tarafların ilişkilerinin daha fazla bozulmasına sebebiyet vermeyecektir.

Bu çalışma ile ana hatlarıyla değinilen dostane çözümler, yargıya kıyasla daha hızlı, daha ucuz ve daha az stresli süreçlerdir. Uyuşmazlık taraflarından birinin idare olmasının, uyuşmazlık konusunun ceza ya da hukuk davası olmasının farkı yoktur. Yargısal yöntemler yerine dostane çözümlerin denemesi, ilişkileri devam ettirmek ve geliştirmek açısından önem taşır ve herhangi bir hak kaybına sebep olmaz. Aksine, etik kodlara uygun olarak yürütülen faaliyetler neticesinde, uyuşmazlıkların yargı makamlarına intikal ettirilmeden dostane çözüme kavuşturulmasıyla, toplumsal barışın sağlanmasına katkı sunulacaktır.

KAYNAKÇA

- 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Gerekçesi ve Komisyon Raporları.
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, "Adli İstatistikler 2021", Erişim Tarihi: 28.08.2022, <https://adlisicil.adalet.gov.tr>.
- Aşık, Mustafa Aydın, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Aykanat, Mehmet, "Ombudsmanlık Kurumunun Osmanlı Kökleri", Turkish Studies Volume 14 Issue 1, 2019, 91-110.
- AYM Kararı, Başvuru No: 2012/94, 10.7.2013.
- AYM Kararı, Başvuru No: 2017/178, 11.07.2018.
- Başkent Üniversitesi, Özbek, Mustafa, "Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", Erişim Tarihi: 28.08.2022, <http://acikerisim.baskent.edu.tr/handle/11727/1936>
- Bayraktar, Eylül, "Türk Kamu Yönetiminin Denetiminde Ombudsmanlık Uygulaması: Kamu Denetçiliği Kurumu", Karadeniz Teknik Üniversitesi - Stratejik Araştırma Merkezi Protokol Dergisi, 2022, 6-16.
- Büyükavcı, Mustafa, "Ombudsmanlık Kurumu", Ankara Barosu Dergisi • Yıl:66 • Sayı: 4 • Güz 2008, 10-13.
- Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Erişim tarihi: 28.08.2022, <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/>
- Çetin, Soner H., "Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma", TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, 1-33.
- Demirezen, Mine, Arabuluculuk Temel Kitabı, Aristo Yayınları, II. Basım, 2019.
- Demirezen, Mine, "Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu" Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Eylül 2017.
- Demirkol, Selami, "Kamu Denetçisi (Ombudsman) Kurumunun Etkinliğinin Sağlanması ve Yargıyla İlişkisi Hakkında Kıyaslamalı Bir Çalışma Taslağı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2012, 73-99.
- Doğan, Kadir Caner, "Japonya Ombudsmanı: Yapısal-Kurumsal ve İşlevsel Yönleri", Global Journal Of Economics And Business Studies (Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi) Cilt: 4 Sayı: 8 Kış 2015, 26-34.
- Doğan, Kadir Caner, "Ahilik Teşkilatı, Ombudsman ve Etik İlişkisi", Global Journal of Economics and Business Studies Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi, 2015, 28-36.
- Duran, Hazal, "Türkiye'de İdari Denetim ve Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)", Seta Analiz, Mart 2021, 67-93.

- Dursunoğlu, İsmail; Boyalı, Handan; Gündoğdu, Serkan, “Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) İmajına Yönelik Bir Araştırma”, Kamu Denetçiliği Kurumu Dergisi, Ombudsman Akademik, 14. Sayı, 30 Haziran 2021, 67-94.
- Ekici Şahin, Meral; Yemenici, Kürşat, "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, 2018, 445-507.
- Ergin, İsmail, “Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları-Birikimler, 2013, 149-159.
- Esgün, İbrahim Uğur, “Ombudsman Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996, 251-278.
- Gişi, Selçuk, “Ombudsmanlık Kurumu, İsveç ve Fransa Ülke Uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanı Üzerine Bir İnceleme”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017, 1-42.
- Gül, Yakup, “Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'nun 17/D Maddesi Çerçevesinde Türk Hukuku'ndaki ‘Arabuluculuk ile Uzlaştırma’ Yöntemlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, 2014, 34-61.
- Günaydın, Hamza; Coşkun, Burak, “İsveç Kralı XII. Charles’ın (Demirbaş Şarl) Osmanlı Devleti’ne İlticası (1709-1714) ve İltica Sürecinde Ülkesinde Ombudsman Görevlendirmesine İlişkin Bir Değerlendirme”, Ombudsman Akademik, Temmuz - Aralık 2018, 15-73.
- Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Erişim tarihi: 28.08.2022, <https://adb.adalet.gov.tr/Home/>
- Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP), Arabuluculuk Becerileri Elkitabı, 2016.
- Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Aralık, 2021.
- Kamu Denetçiliği Kurumu, Erişim Tarihi: 28.08.2022, <https://www.ombudsman.gov.tr/>
- Karcı, Şükrü Mert, “Ombudsman Tavsiye Kararları ve Türk Kamu Yönetiminde Uygulanabilme Sorunu”, Ombudsman Akademik 2015, 34-58.
- Küçükbay, Esmâ, “Türkiye’de Arabuluculuk, Uzlaştırma ve Tahkimin Güncel Durumu”, İlke Politika Notu Dergisi, Haziran 2021, 1-11.
- Levent Köker blogspot, “Modern Hukuk Devleti Anlayışının Eleştirisi Bağlamında Neumann ve Habermas”, 12 Aralık 2013 Perşembe, Erişim Tarihi: 28.08.2022, <https://leventkoker.blogspot.com/2013/12/modern-hukuk-devleti-anlayisinin.html>.
- Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://www.mevzuat.gov.tr>.
- Müftüoğlu Hoş, Zeynep, "Kamu Denetçiliği Kurumu ve Vergi Uyuşmazlıklarında Uygulaması", TBB Dergisi 2014, 293-314.

- Özbek, Mustafa Serdar, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2013.
- Özbek, Mustafa, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, 289-321.
- Ökten, Serkan; Turhan, Durmuş Gökhan, "6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ve Komisyon Raporlarında Yer Alan Eleştiriler Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, Cilt/Vol:11, Sayı/Num:2, Temmuz/July 2015, 129-151.
- Özbay, İbrahim, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Azerbaycan Qafqaz Üniversitesi'nin düzenlemiş olduğu Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu - Bildiri, 28-29 Eylül 2005, 459-475.
- Özer, Sıddık Onur, "Yargılama Hukukunda Bir Adil Yargılanma Hakkı Unsuru Olarak Makul Sürede Yargılanma", Türkiye Barolar Birliği Hukukçular Arası Makale Yarışması, 2014, 91-111.
- Özmumcu, Seda, "Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış", 12 Levha Yayınları 2012.
- Sesli, Mutlu, "Türkiye'de Ombudsman Kurumunun Bilinirlik ve Etkinlik Açısından Katılımcı Demokrasiye Katkısının Değerlendirilmesi", Kamu Denetçiliği Kurumu Dergisi, Ombudsman Akademik, 15. Sayı, 9 Şubat 2022, 83-102.
- Sezen, Seriyeye, "Ombudsman: Türkiye İçin Nasıl Bir Çözüm?" Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı Üzerine Bir değerlendirme, Amme İdaresi Dergisi, 34/4, Aralık 2001, 71-96.
- Sığı, Ünsal, "Diplomatik Müzakereler: Modern Orta Doğu'nun yaratılması sürecinde İngiliz müzakereciliği", SAREM Stratejik Arastirmalar Dergisi, 2010, 75-108.
- Sümer, Osman; Önkale, Güncel, "Onarıcı Adalet Kuramı Açısından Uzlaşma Mekanizmasının Suç Önleme İşlevi", Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar VI. Sempozyum, İstanbul Barosu Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Bildiriler, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 26. Kitap, 26-29 Kasım 2012, 383-403.
- Şengül, Ramazan, "Ombudsman Kurumu Kötü Yönetime Çare Olabilir Mi?", Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu - Bildiri - 2005, 127-141.
- T.C. Adalet Bakanlığı, Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, "Onarıcı Adalet", Erişim Tarihi: 28.08.2022, <https://magdurbilgi.adalet.gov.tr/288/Onarici-Adalet>.
- Türkmenoğlu, Mehmet Ali; Göklü, Duygu, "Osmanlı Klasik Döneminde Arabuluculuk, Uzlaşma ve Muslihûn'un Konumu", Avrasya University Faculty Of Economics And Administrative Sciences International Online Conference On Social Sciences Researches 10-11 December 2020, 150-166.
- Usta, Hasibe, "Türkiye'de Ombudsman (Kamu Denetçiliği) Kurumu", Denetim Dergisi, Cilt, Sayı 14, Yıl 2014, 59-64.

ZARARLARINIZDAN İŞLETMEMİZ SORUMLU DEĞİLDİR İFADESİ SORUMSUZLUK ANLAŞMASI OLARAK NİTELENDİRİLEBİLİR Mİ?

*İlknur DENİZ**

GİRİŞ

Günlük hayatta pek çok işletmede müşterilerin oluşabilecek olası zararlarından doğacak sorumluluğu kaldırmak amacıyla «zararlarınızdan işletmemiz sorumlu değildir» şeklinde beyanlar görülebilecek yerlerde bulunmaktadır. İşletmeler her ne kadar bu şekilde ilan edilen sorumsuzluk beyanları ile oluşabilecek zararlardan sorumluluklarını kaldırmak isteseler de bu beyanların sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu belirlenmelidir.

Çalışmamız kapsamında bahsedilen tek taraflı olarak sorumluluğu kaldırmaya yönelik olarak ilan edilen beyanların geçerliliği üzerinde durulacak, hangi durumlarda geçerli olarak kabul edilebileceği, hangi durumlarda ise geçersiz kabul edilerek oluşan zararların karşılanması gerektiği hususları değerlendirilecektir.

I. TANIMI VE AMACI

Sorumsuzluk anlaşması Türk Borçlar Kanunu (TBK) md.115 ve md.116 hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK md.115 hükmüne göre;

“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

Madde hükmünde görüldüğü üzere kanun kapsamında sorumsuzluk anlaşmasının tanımı yapılmamıştır. Doktrinde yapılan tanımlar çerçevesinde

* Av., Antalya Barosu, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, ilknurdenizz07@gmail.com.

sorumsuzluk anlaşmaları, sözleşmenin ihlalinden doğan zarar henüz gerçekleşmeden, alacaklı ve borçlu arasında açık veya zımni olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine doğması muhtemel olan tazminat isteminin oluşmasına tamamen veya kısmen engelleyen hukuki işlemdir¹. Başka bir deyişle sorumsuzluk anlaşmaları zarar henüz ortaya çıkmadan evvel yapılması gereken ve sözleşmenin ihlali veya haksız fiil neticesinde ortaya çıkması muhtemel olan zarara ilişkin tazminat talebini tamamen veya kısmen engelleyen anlaşmadır².

Sorumsuzluk anlaşması bağımsız veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılabilir. Taraflar, aralarında yapmış oldukları sorumsuzluk anlaşmaları ile borçlunun sorumluluğunu tamamen kaldırabilecekleri gibi borçlunun sorumluluğunda sınırlandırmaya da gidebilirler³. Sorumluluğun kısmen kaldırılması durumunda kalan kısım üzerinde borçlunun sorumluluğu devam eder⁴.

Alacaklı ve borçlu arasında kurulan geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının amacı; borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde alacaklının esas borç ilişkisine dayanarak ileri sürebileceği tazminat talebinin önlenmesi olarak ifade edilebilir⁵. Borçlu ve alacaklı arasında yapılan sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluğun sınırı, koşulları, miktarı ve neticeleleri henüz zarar ortaya çıkmadan önce kararlaştırılmaktadır⁶.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

Sorumsuzluk anlaşması; tarafların karşılıklı olarak birbirine uygun irade beyanlarının uyuşması sonucunda kurulan bir sözleşmedir⁷. Sorumsuzluk anlaşmasının kurulduğunun kabul edilebilmesi için alacaklı ve borçlunun karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmalıdır. Ancak alacaklının

¹ Galip Sermet Akman, Sorumsuzluk Anlaşması(İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976), 6-7; Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler(İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993) 879; Fikret Eren, Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, (Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2019) 1217; Numan Tekelioğlu, "Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi", SDÜHFD, C:6, S:1-2, (2016), 1-34, s.4.

² M. Tolga Özer, "Satım Sözleşmelerinde Ayırtan ve Zapttan Sorumsuzluk Anlaşmaları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:74, S:1, (2016), 331-347, 332.

³ Erkan Sarıçam, Türk Borçlar Hukukunda Sorumsuzluk Anlaşmaları, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998, 15; Ömer Oğuzhan Meral, " Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği", DEÜHFD, Prf. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C:19, Özel Sayı, (2017), 1139-1206, s.1145.

⁴ Meral, " Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği" 1145.

⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 879; Tekelioğlu, "Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi, 5.

⁶ Mustafa Mücahit Mehel, Yardımcı kişilerin Eylemlerine İlişkin Sorumsuzluk Anlaşmaları, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamış), Ankara, 2021, 53.

⁷ Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, 12; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 880; Nilgün Başalp, Sorumsuzluk Anlaşmaları, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011) 18, Eren, Genel Hükümler, 1218.

sözleşmeye aykırılık veya zarar halinde borçlunun sorumluluğundan vazgeçeceğini beyan etmesi ve borçlunun buna karşılık susması durumunda zımni kabulün mevcut olduğu ve sorumsuzluk anlaşmasının kurulacağı ifade edilmektedir⁸. Sorumsuzluk anlaşmasının sözleşme niteliğinde olmasının iki sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki; sorumsuzluk anlaşmasına TBK md.26 hükmünde düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulanabilmesidir. Buna göre; taraflar, sözleşmenin içeriği ve ileride doğabilecek zararlardan borçlunun tamamen veya kısmen sorumlu olacağını serbestçe belirleyebilirler⁹. İkinci olarak; sorumsuzluk anlaşmaları bakımından sözleşme özgürlüğünün sınırı olan sözleşmenin emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine aykırı olamayacağı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sözleşme yapılamayacağı kuralı uygulanacaktır¹⁰.

Sorumluluk anlaşması, alacaklı bakımından tasarruf işlemi, borçlu bakımından ise kazandırıcı işlem niteliğindedir¹¹. Alacaklı ilerde doğması muhtemel olan tazminat alacağı üzerinde tasarruf etmekten, borçlunun malvarlığında gerçekleşmesi beklenen azalma sorumsuzluk anlaşması ile ortadan kaldırılmaktadır. Sorumsuzluk anlaşmasının alacaklı bakımından bir tasarruf işlemi olmasının sonucu olarak alacaklı, tasarruf yetkisine sahip olmalıdır¹². Aksi halde geçerli bir sözleşmeden bahsedilemez.

III. ŞEKİL

Türk Borçlar Kanunu md.12 hükmüne göre; *“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.”* TBK’da sorumsuzluk anlaşmaları ile ilgili hükümler incelendiğinde sorumsuzluk anlaşması herhangi bir şekil şartına bağlı kılınmamıştır¹³. Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmaları ile ilgili olarak kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden sorumsuzluk anlaşması yazılı veya sözlü olarak kurulabilecektir, bu hususta herhangi bir şekle bağlı değildir¹⁴. Asıl sözleşme şekil şartına bağlı olsa dahi sorumsuzluk anlaşmasının şekil şartına tabi olmayacağı ifade edilmektedir¹⁵. Sorumsuzluk anlaşmasının yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartı olmayıp ancak ispat hususunda fayda sağlamaktadır¹⁶.

⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Tekinay Borçlar Hukuku, 880.

⁹ Meral, “ Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği” 1145.

¹⁰ Meral, “ Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği” 1146.

¹¹ Eren, Genel Hükümler, 1218; Meral, “ Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, 1148; Başalp, Sorumsuzluk, 38.

¹² Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, 13.

¹³ Başalp, Sorumsuzluk, 39; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Tekinay Borçlar Hukuku, 881.

¹⁴ Elif Ayan, “Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XX, S:3 (2016) 3-36, s.7.

¹⁵ Eren, Genel Hükümler, 1219.

¹⁶ Meral, “ Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, 1151.

IV. GEÇERLİLİK ŞARTLARI

A. KAST VE AĞIR İHMAL HALİNDE

Türk Borçlar Kanunu md.115 hükmü kapsamında sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bazı sınırlamalar öngörülmüştür. Buna göre; borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin olarak zararın meydana gelmesinden önce yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür¹⁷. Borçlu, borçlandığı edimi kasten veya ağır ihmali ile imkânsız hale getirmişse, daha önceden yapılmış olan sorumsuzluk anlaşması batıldır, borçlu söz konusu bu anlaşmaya dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus; sözleşmenin borçlunun sorumluluktan kurtulmasına ilişkin kısmı sözleşmenin diğer kısımları etkilememektedir¹⁸. TBK md.27/2 hükmü kapsamında; borçlu, sözleşmenin tümünün geçersizliğini öne süremez, sadece sorumluluğu daraltan kaydın hükümsüzlüğü ileri sürülebilir¹⁹. Başka bir deyişle borçlu; batıl olan sorumsuzluk anlaşması olmasaydı esas sözleşmenin de yapılmayacağını ileri süremez²⁰. Aksinin kabulü halinde, borçlu sözleşmenin geçersiz olması ile sorumluluktan kurtulmuş olacaktır ve TBK md.115 hükmündeki ağır kusur halinde sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olacağı hükmünden faydalanarak sorumsuzluğa ulaşacaktır²¹.

Kast veya ağır ihmali halinde borçlunun sorumlu olmayacağına ilişkin olarak Yargıtay tarafından verilmiş olan kararlar incelendiğinde; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nce verilen bir kararda²² "*güvertede taşıma nedeniyle bir hasarın oluşması halinde her ne kadar konşimentoda sorumsuzluk kaydı var ise de hasarın hatalı yükleme ve taşıma beşiğinin taşımaya uygun olmamasından kaynaklanmış olmasına göre davalı ... vekilinin tüm, davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.*" ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla kast veya ağır ihmali halinde borçlunun sorunlu olmayacağına ilişkin olarak yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olduğu hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır.

B. HAFİF İHMAL HALİNDE

Borçlunun hafif ihmali ile vermiş olduğu zararlardan sorumlu olmayacağına ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşmaları ilke olarak geçerlidir. Ancak iki durumun mevcut olması halinde hakim tarafından takdir hakkı kullanılarak sorumsuzluk anlaşmasının batıl olduğuna karar verilebilir. Söz konusu bu durumlar:

¹⁷ M. Kemal Oğuzman/M.Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, 439; Eren, Genel Hükümler, 1219.

¹⁸ Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014), 361.

¹⁹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, 439.

²⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 886.

²¹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, 439.

²² Y11. HD. 25.02.2020, E.2018/4517, K.2020/2010 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

a) Alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesinden doğan bir borç bulunması

b) Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın bulunması

1. Alacaklı İle Borçlu Arasında Hizmet Sözleşmesinden Kaynaklanan Bir Borç Olması

Türk Borçlar Kanunu md.115/2 hükmüne göre; borçlu ile alacaklı arasında hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç olması durumunda bu borçtan kaynaklanan sorumlulukla ilgili olarak zararın doğmasından önce yapılmış olan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür²³. Böyle bir durumda sorumluluğun ağır veya hafif ihmalden kaynaklandığı hususu önem taşımaz.

2. Uzmanlığı Gerektiren Bir Hizmet, Meslek Veya Sanatın Bulunması

Türk Borçlar Kanunu md.115/3 hükmüne göre; *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Söz konusu bu madde hükmünün uygulanabilmesi için iki temel şart öngörülmüştür ve somut olayda bu şartların beraber mevcut olması halinde yapılan sorumsuzluk anlaşmaları geçerli olmamaktadır. Şartlardan herhangi birinin bulunmaması halinde taraflar arasında akdedilen sorumsuzluk anlaşması geçerli kabul edilmektedir. Bu şartlardan ilki; uzmanlığı gerektiren avukatlık, noterlik, doktorluk gibi bir meslek veya sanat bulunmalıdır. İkinci şart ise; uzmanlığı gerektiren faaliyetler kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülüyor olmalıdır. Bu şartların mevcut olması halinde taraflar arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüzdür²⁴.

V. SORUMSUZLUK BEYANLARI

A. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Sorumsuzluk anlaşmasının sözleşme niteliğinde olmasının sonucu olarak, bu sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları mevcut olmalıdır²⁵. Ancak uygulamada sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlular bazen tek taraflı irade açıklaması ile sorumluluklarını sınırlandırmak istemektedir. Bu şekildeki tek taraflı irade açıklamaları; otoparklarda *«arabanızdaki değerli eşyalar için sorumluluk kabul edilmez»*, kafelerde *«özel eşyalarınız şahsi sorumluluğunuzdadır, değerli eşyalarınızın*

²³ Tekelioğlu, “Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, 13.

²⁴ Tekelioğlu, “Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, 14.

²⁵ Meral, “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği” 1146.

çalışmasından işletmemiz sorumlu değildir», satış yapılan mağazalarda «kaybolan eşyalarınızdan dolayı sorumluluk kabul edilmemektedir» şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu bu sorumsuzluk beyanlarının geçerliliği tartışmalıdır.

İşletmelerde alacaklıya ilan yoluyla bildirilen sorumsuzluk beyanlarının geçerliliğine ilişkin ilk olarak zımni kabul kavramını incelemekte fayda vardır. TBK md.6²⁶ hükmüne göre; önerenin kanun, işin niteliği veya durumun gereğince açık bir kabulü beklemesi şart değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği halde sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. Sorumsuzluk anlaşması yapma önerisinin borçludan geldiği durumlarda alacaklının susmasının TBK md.6 hükmü kapsamında zımni bir kabul olarak değerlendirilmesinin sorumsuzluk anlaşmasının niteliğine uygun düşmediği ifade edilmektedir²⁷. Zira böyle bir durumda alacaklının durumun şartları, anlaşmanın sonuçları gibi hususları araştırma hakkı elinden alınmaktadır. Borçlu tarafından yapılan böyle bir öneriyi alacaklının zımni olarak kabul ettiğinin kabulü ancak özel hal ve şartların mevcut olması durumunda mümkün olmalıdır. Ancak alacaklı sorumsuzluk kaydını açıkça görme ve inceleme imkânının bulunduğu hallerde bu öneriye karşı itiraz etme hakkına sahipken susmuşsa ve itirazdan kaçınımışsa böyle bir durumda zımni kabulün bulunduğu ifade edilmektedir²⁸.

Doktrindeki bir görüşe göre; tek taraflı olarak sunulan bu tür sorumsuzluk beyanları temelinde bir irade uyuşması barındırmadığından sorumsuzluk anlaşması olarak kabul edilemez. Bu görüşe göre; tek taraflı sorumsuzluk beyanları bir sözleşme niteliğinde değildir ve bu sebeple söz konusu beyanlar sorumluluğu baştan sınırlamak bakımından yeterli değildir²⁹.

Özel olarak işyeri duvarları, ilan sütunları ve benzeri yerlere asılarak ilan edilen sorumsuzluk beyanlarının geçerliliğini doktrindeki görüşler kapsamında incelediğimizde; bir görüşe göre; alacaklının ilan edilen bu kayıtları kabul etmiş olduğu yönündeki zımni iradesinin varlığının kabul edilebilmesi için daha titiz davranılmalıdır. Söz konusu bu ilanların alacaklı tarafından fark edilebilecek bir yere asılması, görülmesi ve içeriğini anlaması için gerekli imkânının bulunması durumunda zımni iradesinin bulunduğu kabul edilebilir³⁰. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus; alacaklının bu kayıtları

²⁶ Türk Borçlar Kanunu Madde 6: Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.

²⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Tekinay Borçlar Hukuku, 880; Meral, “ Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği” 1146.

²⁸ Ayan, “Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi”6.

²⁹ Başalp, Sorumsuzluk, 52-54.

³⁰ Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, 38; Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010) 455.

arama ve araştırma yükümlülüğü yoktur, bunlar alacaklının orta ve normal bir özen göstermesi halinde onun gözüne çarpmak nitelikte olmalıdır³¹.

Bir diğer görüşe göre; bu tür kayıtların bağlayıcı nitelikte olması hiçbir şekilde kabul edilemez. Bu görüşe göre ilan edilen bildirilen sorumsuzluk kayıtlarının bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Sözleşme dışı hukuka aykırılık alanında sorumlunun, belirli durumlarda sorumlu olmayacağını ilan yoluyla üçüncü kişilere bildirmesi durumunda sorumsuzluk anlaşmasının varlığından bahsedilemez. Böyle bir halde; sorumlunun, kişilerin canına ve malına zarar verici davranışlardan gerekli ve yeterli önlemleri alıp almadığına bakılmalı, aksi halde haksız fiil hükümleri kapsamında sorumlu olduğu sonucuna ulaşılmalıdır³².

Doktrinde yer alan başka bir görüşe göre; ilan edilen bildirilen sorumsuzluk anlaşmaları alacaklıyı, ekonomik bakımdan daha güçlü olan borçluya karşı savunmasız hale getirebileceğinden bu şekilde ilan edilen anlaşmalar geçerli değildir³³. Bu görüşe göre; bu tür anlaşmalarda tarafların birbirine uygun irade beyanları bulunmamaktadır, ilan yoluyla bildirilen sorumsuzluk anlaşmalarını geçersiz kabul etmek hukuka ve hakkaniyete daha uygun bir yaklaşımdır.

Doktrindeki bir diğer yaklaşıma göre; ilan yoluyla bildirilen sorumsuzluk anlaşmaları bir tarafın hazırladığı ve diğer tarafın herhangi bir müzakere olmaksızın kabul ettiği kayıtlar olduğundan TBK md.20 vd. hükümlerinde düzenlenen genel işlem koşulları ile ilgili kurallar burada da uygulanabilmektedir³⁴. Bu görüş çerçevesinde ilan yoluyla bildirilen sorumsuzluk beyanlarının geçerliliğine ilişkin olarak TBK md.20 vd. hükümleri uygulanarak sonuç varılacaktır.

Sorumsuzluk beyanları, tarafların haksız fiil sorumluluğu hususunda da önemlidir. Karşı tarafın bilgisine uygun şekilde sunulan sorumsuzluk beyanları TBK md.51 ve md.52 hükümleri çerçevesinde indirim sebebi olarak dikkate alınabilir³⁵. Tek taraflı irade açıklaması ile uygun şekilde uyarılmış olan muhatap bu uyarıyı dikkate almayarak zarar görmüşse tarafların zarara birlikte yol açtıkları ifade edilmektedir. Zarar gören kişinin zararın büyümemesi veya azalması için gerekli olan tedbirleri almaması sebebiyle daha fazla zarar görmesi durumunda kendisinin zararın artmasına sebep olduğu ve müterafik kusurun oluşacağı ifade edilmektedir³⁶

³¹ Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, 38.

³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 881.

³³ Nil Karabağ Bulut, "Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C:1, 2009, 825-889, s.840; Meral, "Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği" 1147.

³⁴ Tekelioğlu, "Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi", 8.

³⁵ Başalp, Sorumsuzluk, 55.

³⁶ Başalp, Sorumsuzluk, 62.

B. YARGITAY KARARLARI

İlanen bildirilen sorumsuzluk beyanlarının mevcut olduğu somut olaylarla ilgili olarak Yargıtay tarafından verilen pek çok karar bulunmaktadır. İlk olarak belli yerlere ilan yoluyla sorumlu olmadıklarını bildiren işyerlerinin müşterilerinin can ve mal güvenliğini asgari özen yükümlülüğü çerçevesinde korumakla yükümlü olduğuna ilişkin verilmiş olan bir kararda;

“Sıradan bir işyeri olmayan davalı şirkete ait mağazaya gelen müşterinin mal güvenliğini özellikle kendi muhafazasına terk edilmiş bir eşyasını asgari özen yükümlülüğüyle korumak ve kollamak zorunda bulunduğu davalı şirkete ait işyerine gelen müşterinin yapılan reklam ve hizmete güvenerek geldiği, müşterilerin davalının hakimiyeti alanında olduğu, müşterilerin zararlandırıcı eylemlerden korunması gerektiğinin kabulü zorunludur.”³⁷

İfadelerine yer verilmiştir. Söz konusu bu karardan da anlaşılacağı üzere bahsedilen şekildeki işyerlerinin müşterilerinin can ve mal güvenliklerini asgari özen yükümlülüğü ile koruma hususunda yükümlü oldukları hususunda bir şüphe bulunmamaktadır.

Yargıtay tarafından ilanen bildirilen sorumsuzluk anlaşmalarının mevcut olduğu başka bir somut olayda verilen karara göre;

“Davacı, 05.07.2005 tarihinde davalı A... A.Ş. mağazasına alışveriş için gittiğini, davalı şirkete ait kapalı otoparka aracını bıraktığını, aracının kapı kili-dinin kırılmak suretiyle araçta bulunan dizüstü bilgisayar ve malzemelerinin çalınmış olduğunu gördüğünü, durumun emniyete bildirilmesi ile tutanak tutulduğunu, davalıların sorumlu olduklarını ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile şimdilik 5.300.00 YTL'nin tahsilini istemiştir.

Davalı A..., otoparkta bulunan panolar ile ödeme fişlerinde çalınan eşyalardan sorumlu olmadıklarının açıkça yazılı olduğunu savunarak davanın reddini dilemiş, diğer davalı davaya cevap vermemiştir.

... A... gibi büyük alışveriş merkezlerinin alışverişe araçlarıyla gelen araç sahiplerinin park etmeleri için park yerlerinin bulunduğu, araç sahiplerinin beğendikleri ve güvendikleri bu tesislere araçları ile girerek araçlarını park yerine bırakıp ihtiyaçlarını giderdikleri bu tesisler umuma açık ise de, kamu malı niteliğinde olmadığı gibi tesis sahip ve orada bulunan işyerlerinin hakimiyet ve tasarrufunda olduğu herkes tarafından bilinmektedir. Böyle bir tesise ve mağazaya, tesis ve mağaza sahibinin yarattığı güven duygusu ile giren ve aracını park yerine bırakarak ihtiyaçlarını gidermek üzere aracının başından ayrılan araç sahibinin güven duygusunu mağaza yönetiminin boşa çıkarmaması gerekir. Mağaza yönetiminin mağazaya gelen kişilerin mal ve canlarının güven içinde olmalarını, tehlikelerden korumalarını sağlamak için gerekli önlemleri

³⁷ Y13. HD. 05.06.2013, E.2013/5258, K.2013/15220 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

almaması, sağladığı güven duygusunu boşa çıkarması hukuka ve TMK'nın 2. maddesinde yerini bulan dürüstlük kurallarına aykırıdır. Bu nedenle mağaza yönetimi, aracı ile gelen kişilerin uğradığı zararlardan sorumludur. Bu sorumluluktan ancak, gerekli tüm tedbirleri aldıkları halde zararın meydana gelmesini önleyemediğini ispat ettikleri takdirde kurtulabilir³⁸.

Yargıtay tarafından verilen kararlar incelendiğinde uyuşmazlıkların çözümünde yüksek mahkeme somut olaya konu işletmelerin müşterilerinin can ve mal güvenliğini asgari özen yükümlülüğü çerçevesinde korumakla yükümlü olduğu ve müşterilerinin bu işletmelere duydukları güveni boşa çıkarmaları gerektiği üzerinde durmuştur.

C. KANAATİMİZ

Doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları birlikte değerlendirildiğinde; kanaatimizce; ilan edilen sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz kabul edilmesi yönündeki görüşler isabetlidir. Sorumsuzluk beyanları her ne kadar alacaklının görebileceği yere asılmış ve alacaklı tarafından fark edilmiş olsa dahi bu kayıtların sorumluluğu kaldırıcı etkisinin olduğunu söylemek hakkaniyete aykırı olmaktadır. Kişilerin araçlarını bıraktığı otoparklar, alışveriş yaptığı mağazalar gibi yerler gerekli dikkat ve özeni göstererek müşterilerinin can ve mal güvenliğini sağlamalıdır. Bu hususta bir eksiklik göstermeleri halinde yalnızca ilan edilen bir kayıt sebebiyle sorumlu olmayacaklarını söylemek dürüstlük kuralına ve hakkaniyete aykırı olmaktadır. Bu tür kayıtların bulunmasının ancak müşterileri daha dikkatli davranmaları yönünde yönlendirici olduğu söylenebilir. Dolayısıyla işletmeler, müşterilerinin açıkça görebileceği ve inceleyebileceği yerlerde bu şekilde sorumsuzluk beyanlarını bulduruyor olsalar dahi bu beyanlar TBK anlamında bir sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirilemeyecek ve işletmeler müşterilerinin uğramış olduğu zararlardan sorumlu olacaklardır.

SONUÇ

Sorumsuzluk anlaşması, TBK kapsamında düzenlenen ve henüz zarar gerçekleşmeden evvel sözleşmenin ihlali veya haksız fiil neticesinde meydana gelebilecek bir zarardan dolayı söz konusu olacak tazminat talebini sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmadır. Uygulamada alacaklı ve borçlu arasında sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında kapsamı serbestçe belirlenerek sorumsuzluk anlaşmaları kurulmaktadır. Ancak bazı işletmeler ayrı ayrı tüm müşterileri ile sorumsuzluk anlaşması yapmak yerine oluşabilecek zararlardan dolayı sorumluluklarını sınırlandırmak amacıyla müşterilerinin görebileceği yerlerde sorumsuzluk beyanlarını ilan etmek suretiyle müşterilerine oluşabilecek zararlardan sorumlu olmadıklarını bildirmektedir. So-

³⁸ Y13. HD. 09.07.2008, E.2008/4120, K.2008/9661 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

rumсуzлuk anlaşması her ne kadar şekle bağlı bir anlaşma olmasa ve yazılı veya sözlü şekilde yapılabilir olsa da ilanen bildirilen bu tür beyanların geçerliliği tartışmalıdır. TBK md.6 hükmü kapsamında zımni kabul ile sözleşme kurulabilir olsa da işletmelerin ilan ettiği bu tür beyanlara karşı susan müşteriler ile bir sorumsuzluk anlaşması kurulduğunun kabulü hususunda daha dikkatli davranılmalıdır. Kanaatimizce bu tür kayıtlara karşı susmuş olan müşteriler ile işletmeler arasında bir sorumsuzluk anlaşmasının kurulduğunun kabulü mümkün olmamalıdır. Çalışmamızda da üzerinde durduğumuz üzere böyle bir durumda sorumsuzluk anlaşmasının kurulduğunun kabulü hakkaniyete aykırı olmaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce bu tür kayıtlar sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirilemez. Ancak her durumda meydana gelen zararların tamamından işletmeleri sorumlu tutmak hakkaniyet ilkesine uygun değildir. Her somut olay kendi içinde değerlendirilerek karar verilmelidir. Müşteriler, bahsi geçen işletmelere güvenerek tercih ettiklerinden, bu tür işletmeler müşterilerinin can ve mal güvenliğini korumak için gerekli olan tüm önlemleri almakla yükümlüdür. İşletmeler gerekli olan tüm önlemleri almasına rağmen müşterilerin ağır ihmali neticesinde meydana gelen bir zararda, zararın tamamından işletmelerin sorumlu olacağını söylemek kanaatimizce hak ve nesafet kuralları ile bağdaşmaz. Böyle bir durumda tarafların zarara birlikte yol açtıkları göz önüne alınarak müterafik kusur kavramı kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır. Her somut olayda müşterilerin kusurlu olup olmadığı hususu veya kusurlu ise söz konusu bu kusurun derecesi farklılık gösterir. Somut olaylar kendi içerisinde ve TMK md.2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmeli, tarafların somut olaydaki kusurlarının tespiti yapılmalı ve hakkaniyete uygun bir karar verilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akman, Sermet. *Sorumsuzluk Anlaşması*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Ayan, Elif. "Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukukî Değerlendirilmesi" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:XX, S:3 (2016) 3-36.
- Başalp, Nilgün. *Sorumsuzluk Anlaşmaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011. Eren, Fikret. *Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Karabağ Bulut, Nil. "Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları". Prf. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C:1, (2009) 825-889.
- Meral, Ömer Oğuzhan. "Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği". DEÜHFD, Prf. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C:19, Özel Sayı, (2017), 1139-1206.
- Mehel, Mustafa Mücahit. Yardımcı kişilerin Eylemlerine İlişkin Sorumsuzluk Anlaşmaları, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal. Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Özer, M. Tolga. "Satım Sözleşmelerinde Ayırtan ve Zapttan Sorumsuzluk Anlaşmaları". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:74, S:1, (2016), 331-347.
- Sarıçam, Erkan. *Türk Borçlar Hukukunda Sorumsuzluk Anlaşmaları*. Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekelioğlu, Numan. "Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi". SDÜHFD, C:6, S:1-2, (2016), 1-34.

DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATINDA ZMSS SORUMLULUĞUNUN GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

*Emine DEVELİ AYVERDİ**

*Ahmet AYVERDİ***

GİRİŞ

Destekten yoksun kalma tazminatı, sosyal niteliği ağır basan bir niteliği haizdir. Hayatını kaybeden kişinin desteğiyle yaşamını idame ettiren kişilerin, vefat sonucunda önceden sahip oldukları desteği yitirmeleri sonucu güç duruma düşmelerini önlemek amacıyla öngörülmüştür¹.

Destekten yoksun kalma tazminatı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun² ('TBK') 53'üncü maddesinde "Ölüm halinde uğranılan zararlar" arasında, "*Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar*" olarak belirlenmiştir. Bunun yanı sıra, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.03.1978 tarihli ve 1/3 sayılı kararında da destekten yoksun kalma tazminatının hukuki niteliği "*... eylemin karşılığı olan bir ceza olmayıp, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamının desteğin ölümünden önceki düzeyde tutulması amacıyla yönelik sosyal karakterde kendine özgü bir tazminattır*" ifadeleriyle açıklanmıştır.³

Bu tazminat miktarının belirlenmesine birden fazla ölçüt esas alınmakta ve tazminatın sosyal niteliğiyle bağdaşır bir miktar tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay'ın hesaplama usulüne ilişkin birtakım kararları, belirlenen tutarın hakkaniyete uygun olması esasıyla örtüşmemektedir.

Destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi belli şartların bir arada meydana gelmesi gerekmektedir. Bu şartlar; desteğin ölümü, desteğin bakım gücüne haiz olması, destek ile talepte bulunan arasında bakım ilişkisinin olması, bir zararın meydana gelmiş olması ve meydana gelen zarar ile ölüm arasında uygun illiyet bağının olması olarak sayılabilir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, edeveli@sakarya.edu.tr.

** Hâkim, Gaziantep 2. Asliye Ticaret Mahkemesi Üyesi, ahmtayverdi@gmail.com.

¹ Özgür Hakan Çavuş, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kapsamında Çocuğun Durumu", Sosyal Güvenlik Dergisi, C.10 S.1 (2020): 41-58.

² RG T. 04.02.2011, S. 27836.

³ YİBBGK, 06.03.1978, E. 1978/1, K.1978/3.

Çalışmamızın devamında, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlar değerlendirilirken Yargıtay'ın bu kıstaslara ilişkin uygulamasına değinilecek ve eleştiriye açık olduğu düşünülen hususlarda kanaatimize yer verilecektir.

I. ZARAR

Destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilebilmesi için meydana gelmesi şart koşulan “zarar”ın varlığı ve miktarı TBK hükümlerine ve sorumluluk hukuk ilkelerine göre hesaplanmaktadır. Zararın belirlenmesinde uygulanacak diğer mevzuat kapsamında ise karşımıza 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu⁴ (“KTK”) çıkmaktadır. Nitekim Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (“ZMSS”) kapsamındaki zararlar KTK md. 90’da düzenlenmiş olan esaslara göre belirlenmektedir.

İlgili düzenleme aynen “*Destekten yoksun kalma tazminatı, ulusal doğum ve ölüm istatistikleri kullanılarak hazırlanan hayat tablosu ve zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2’yi geçmemek üzere belirlenen iskonto oranı esas alınarak hayat anüiteleri ile genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun olarak, ...hesaplanır.*” şeklindedir. KTK’da düzenleme bulunmayan hallerde ise ilgili hükümde yer verilen atıf neticesinde TBK hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

II. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ BELİRLENMESİNE ESAS ALINACAK KRİTERLER

ZMS Sigortasındaki destekten yoksun kalma tazminatını belirlerken esas alınması gereken kriterler; kazanın meydana geldiği tarih, desteğin geliri, desteklenenlerin alacağı pay, desteğin ve desteklerin yaşam tablosundaki muhtemel ömürleri, sağ kalan eşin (varsa) evlenme ihtimali, meydana gelen kazadaki desteğin kusuru önem arz etmektedir. Bu kriterler ayrı başlıklar altında değerlendirilecektir.

A. KAZANIN MEYDANA GELDİĞİ TARİH

Destekten yoksun kalma tazminatına sebep olan olayın meydana geldiği tarih tazminatın belirlenmesinde hesaplama yöntemi ve tercih edilecek yaşam tablosunun seçimi bakımından farklılıklar yaratmaktadır.

ZMSS Genel Şartları’nın⁵ yürürlüğe girdiği 01.06.2015 tarihinden önce meydana gelen kazalarda PMF 1931 yaşam tablosu uygulanmıştır. Bu tarihten sonra gerçekleşen kazalarda zararın hesaplanmasında 1,8 teknik faiz uygulanmış ve TRH 2010 yaşam tablosu kullanılmışsa da Anayasa Mahkemesi’nin 2019/40 Esas ve 2020/40 Karar sayılı kararı⁶ ile KTK md. 90’da yer alan ve genel şartlara yollama yapan düzenleme iptal edilmiştir.

⁴ RG T. 18.10.1983, S. 18195.

⁵ RG T. 14.05.2015, S. 29355.

⁶ AYM, 17.07.2020, E.2019/40, K.2020/40.

19.06.2021 tarihinde 7327 sayılı Kanun⁷ ile KTK md. 90 ve 92’de değişiklik yapılmış; Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu’na destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir. Ayrıca KTK md. 90/I-b’de “*Destekten yoksun kalma tazminatı, ulusal doğum ve ölüm istatistikleri kullanılarak hazırlanan hayat tablosu ve zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2’yi geçmemek üzere belirlenen iskonto oranı esas alınarak hayat anüiteleri ile genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun olarak*” hesaplanacağı düzenlenmiştir.

ZMSS Genel Şartları ise 04.12.2021 tarihli ve 31679 sayılı Resmi Gazete’de yapılan değişiklik⁸ ile değiştirilmiştir. Bu düzenleme ile iskonto oranı 1,65 teknik faiz belirlenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalarda belirtilen tarih aralıklarında meydana gelen kazalar için kazanın meydana geldiği tarihte⁹ yürürlükte bulunan gelen şartlara göre uygulanacak hesaplama yöntemi belirlenmesi yoluna gidilecektir.

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı ile KTK’daki son değişikliğin meydana geldiği tarih aralığında ise Yargıtay’ın yerleşmiş içtihat yöntemi olan teknik faizsiz, progresif rant usulü uygulanan TRH 2010 yaşam tablosunun kullanıldığı hesaplama yöntemi¹⁰ kullanılacaktır.

B. DESTEĞİN GELİRİ

Desteğin geliri, tazminat miktarının belirlenmesinde en önemli etkenlerden biridir. Tazminat hesabı yapılırken öncelikle desteğin aktif dönemi ve pasif dönemi ayırımına gidilmektedir. Aktif dönem kişinin çalışarak gelir elde ettiği dönem iken pasif dönem ise kişinin emekli olacağı varsayımına dayalı döneme tekabül etmektedir¹¹. Desteğin ücret karşılığı bir işte çalıştığı ve hiçbir işte çalışmadığı durumlarda gelirin tespit edilmesi, serbest meslek erbabı olarak çalıştığı durumlarda gelirin tespit edilmesine göre daha kolaydır.

Ücret karşılığı çalışan kişide gelirin tespit edilmesi kazanın meydana geldiği tarihteki gelirin asgari ücrete oranı ile hesaplamanın yapıldığı tarihteki asgari ücrete oranlaması şeklinde belirlenerek hesaplanmaktadır¹². Hesaplama yapılırken kişinin gelirin asgari ücretten az olamayacağı hususunun da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

⁷ RG T. 19.06.2021, S. 31516.

⁸ RG T. 04.12.2021, S. 31679.

⁹ Y17.HD, 11/03/2021, E.2020/7120, K.2021/2627.

¹⁰ Y4.HD, 20.06.2022, E.2021/27402, K.2022/9115; Şaban Kayıhan; Atakan A Selanik, “Karar İncelemesi – Sigorta Tazminat Hesaplaması – TRH Hesap Tablosu Kullanılması – Teknik Faiz İşletilmesi Hususu”, Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022. <https://blog.lexpera.com.tr/karar-incelemesi-sigorta-tazminat-hesaplamasi-trh-hesaptablosu-kullanilmasi-teknik-faiz->

¹¹ Y4.HD, 22.06.2022, E.2021/22338, K.2022/9290.

¹² Y4.HD, 17.01.2022, E.2021/7365, K.2022/433.

Destek; bir gelir elde etmiyorsa, emekli ise veya mesleği ve geliri ispat edilemiyorsa, asgari ücret kişinin geliri olarak kabul edilir ve buna göre hesaplama yapılır. Fakat salt asgari ücret baz alınarak hesaplama yapılırken yalnızca ücret karşılığı çalışan kişiler için öngörölmüş olan asgari geçim indrimi bu kişiler için uygulanmamalıdır¹³.

Destek serbest meslek erbabı ise gelirinin tespit edilmesi için salt olarak vergilendirilmiş kazancı esas alınmamaktadır. Çünkü ülkemizde genellikle vergiye esas kazanç doğru olarak bildirilmemektedir. Bu durumda gerçek kazancın belirlenmesi; emsal ücret araştırması, TÜİK verileri, ilgili işkolundaki meslek odalarından ücret araştırmalarına ilaveten, desteğin yerine bir başkasını çalıştırmış olsaydı ne kadar ücret ödeyeceğinin araştırılması suretiyle yapılmaktadır¹⁴. Bu noktada önemli olan, desteğin eğitimi, bilgi birikim ve tecrübesi ile ne kadar gelir elde edebileceğini gerçeğe en yakın şekilde tespit etmektir.

Pasif dönem, yukarıda açıklandığı üzere, kişinin gelir elde etmediği emekli olduğu varsayımındaki dönemdir. Yargıtay uygulamasında kişinin emeklilik yaşı olarak 60 yaş esas alınmaktadır. Kişinin polis, asker, itfaiyeci gibi erken emekli olduğu bir meslek sahibi olduğu durumlarda ise kişinin emekli olacağı yaş esas alınarak pasif dönemin belirlenmesi gerekmektedir. Pasif dönemdeki gelirin hesabında kişinin çalışmasının karşılığı olmadan gelir elde ettiği varsayıldığından, asgari geçim indirimi dâhil edilmemiş net asgari ücret üzerinden gelir elde edeceği varsayımsal olarak kabul edilmektedir¹⁵.

C. DESTEKLENERLERİN ALACAĞI PAY

Destekten yoksun kalma tazminatı hesabında, desteğin gerçek kazancını belirledikten sonra ömür boyunca toplam elde edeceği kazanç belirlenir. Ardından belirlenen bu kazançtan desteklenenlerin ne kadar pay alacağını tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu noktada Yargıtay pay dağıtımının nasıl yapılacağı hususunu yerleşmiş içtihatlarında; *“çocuksuz durumda destek, desteğin gelirini eşi ile ortak paylaşacağı varsayımına dayalı olarak, gelirden desteğin %50 ve eşin %50 pay alacağı kabul edilmektedir. Çocukların eş ile birlikte destek payı alacağı durumda ise destek gelirden eş ile birlikte 2’şer pay alırken çocuklara birer pay verileceği, yine eş, çocuklar ile ana babanın pay alacağı durumlarda desteğe 2 pay, eşe 2 pay, çocukların her birine 1’er pay, ana ve babaya 1’er pay ayrılarak böylece gelirin tamamının dağıtılacağı esasına dayalıdır. Çocukların sayısı arttıkça hem*

¹³ Y4.HD, 20.04.2022, E.2021/13901, K.2022/7556.

¹⁴ Y17.HD, 16.04.2019, E.2016/9040, K.2019/4822; Erhan Yaşbey, Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Hesaplama Esasları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 22; Sema Uçakhan Güleç; Necdet Basa, editör, Ankara: Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri, (2019), 191-200.

¹⁵ Y4.HD, 22.06.2022, E.2021/22338, K.2022/9290.

desteğe ayrılan pay, hem de eş ve çocuklar ile ana ve babaya ayrılacak paylar düşecektir. Çocukların destekten çıkması ile birlikte destekten çıkan çocuğun payları destek, eş ve diğer çocuklara dağıtılacak, anne ve babaya verilmeyecektir. Böylece geriye kalan eş ve çocukların payları ile desteğin payı artacaktır. Bu pay esasları Türk aile sistemine çok uygun düşmektedir. Çünkü Türk aile sisteminde desteğin geliri aile bireyleri tarafından birlikte paylaşılmakta, aile bireyleri arttıkça gelirden alınacak pay düşmekte, aile bireyi azaldıkça da gelirden alınacak pay yükselecektir. Ana ve babadan birinin destekten çıkması ile payı diğerine aktarılacak, ana ve baba ile çocukların tamamının destekten çıkması durumunda ise yine çocuksuz eş gibi desteğe 2 pay, eşe 2 pay esasına göre %50 pay desteğe, %50 pay eşe verilerek varsayımsal olarak gelir paylaşılırarak tazminat bu ilkelere göre hesaplanmalıdır.” şeklinde belirlemiştir¹⁶.

Bu durumu bir tablo şeklinde göstermek gerekirse karşımıza şu şekilde bir tablo çıkacaktır;

	Bekâr		Evli		1.Çocuk		2.Çocuk		Anne veya Baba Ölüm	
Destek	2	2/4	2	2/6	2	2/7	2	2/8	2	2/8
Eş			2	2/6	2	2/7	2	2/8	2	2/8
Çocuk1					1	1/7	1	1/8	1	1/8
Çocuk2							1	1/8	1	1/8
Anne	1	¼	1	1/6	1	1/7	1	1/8	2	2/8
Baba	1	¼	1	1/6	1	1/7	1	1/8	-	-
TOP-LAM	4		6		7		8		8	

Tablodaki örneklendirmede, destek bekâr ölmüş ve babası annesinden önce ölmüştür. Desteğin yaşının ölüm tarihinde 18'den küçük olması halinde yetiştirme gideri, evlenme yaşının ne olacağı, ne zaman çocuk sahibi olacağına dikkate alınması gibi farklı Yargıtay uygulamaları olmakla birlikte; dul ve çocuklu iken ölen desteğin destek paylarının ne olacağına dair farklı kararlar mevcuttur¹⁷.

Yargıtay'ın pay dağıtım sistemine ilişkin olarak belirlediği bazı kıstaslar ise hakkaniyete uygun düşmemektedir. Örneğin; desteğin boşanmış, 2 çocuklu olduğunu ve anne babasının da yaşadığını varsayımında, Yargıtay uygulamasına göre pay dağıtımı yapıldığında desteğin kendisine 2, çocuklarına 1'er pay ve anne ve babasına da 1'er pay düşecektir. Yüzdesel olarak ifade etmek gerekirse desteğin payı %34, çocuklar, anne ve babanın payı ise %16 olacaktır. Anne ve babanın birinin destekten çıkması halinde, onun payı destekten

¹⁶ Y17.HD, 22.03.2022, E.2021/8078, K.2022/5449.

¹⁷ Y17.HD, 21.06.2018, E.201512270, K.20186217; Y17.HD, 30.10.2018, E. 2015/4273, K.2018/9712.

çıkmayan anne veya babaya aktarıldığında, pay dağılımı desteğin kendisi için %34, çocuklar için %16 destekten çıkmayan anne veya babanın payı ise %32 oranında olacaktır. Bu dağılımda boşanmış bir insanın çocuklarından herhangi birine ayıracağı payın, anne veya babasına ayıracağı paydan daha az olacağı sonucunu doğuracaksa da bu dağılımın Türk aile yapısına uygun düşmediği kanaatindeyiz¹⁸.

D. DESTEĞİN MUHTEMEL EVLİLİĞİ

Tazminatın belirlenmesinde Yargıtay'ın bekârken vefat eden desteğin ne zaman evleneceği ve çocuk sahibi olacağı hususunda çelişki kararları mevcut ise de son kararlarında müstakar bir uygulamaya geçilmiştir.

Yargıtay'ın bu konudaki kararlarında şu ifadelere yer vermiştir:

*“29 yaşında bekar olarak vefat eden destek Melih'in 32 yaşında evleneceği hesap edilmişse de, ülkemiz gerçeklerine göre desteğin 30 yaşına kadar evleneceği dikkate alınarak hesaplama yapılması gerekmektedir.”*¹⁹

*“destek 36 yaşında ve bekardır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda destek yaşasaydı, 2 sene sonra evleneceği ve çocukları olacağı kabul edilerek”*²⁰ *“42 yaşında ve bekar olarak vefat etmiş olup, AYİM tablosuna göre, eşini kaybeden (dul) kadınlar yönünden dahi, bu yaştaki bir kadının yeniden evlenme ihtimali olduğu kabul edilmektedir. Desteğin bekar olarak vefat ettiği düşünüldüğünde, desteğin evlenme ihtimalinin kalmadığı kabulü yukarıdaki düzenleme ile çeliştiği gibi hayatın olağan akışına göre de kabulü mümkün değildir. Bu durumda mahkemece, desteğin bir yıl içerisinde evleneceği ve daha sonra çocuk sahibi olacağı kabul edilmek suretiyle”*²¹

*“askerlik görevini tamamladıktan sonra 2 yıl içinde evleneceği ve bir yıl sonra bir çocuğu daha sonra ikinci çocuğunun olacağı varsayılarak Daire uygulamalarına uygun pay dağılımını yapılarak”*²²

*“kaza tarihinde 26 yaşında olup bekar ve çocuksuz ölmüştür. Desteğin muhtemel evlilik yaşının 28 olarak esas alınması, evliliğinden 2 yıl sonra ilk ve bu tarihten itibaren 2 yıl sonra ikinci çocuğunun olacağı gözetilerek”*²³

Anılan kararlardan da görüleceği üzere uygulamada istikrar tam olarak sağlanamamış olsa da son dönemdeki kararlarda yaşı fark etmeksizin desteğin 2 yıl içinde evleneceği, evlendikten 2 yıl sonra 1'inci çocuğunun, bundan 2 yıl sonra da 2'nci çocuğunun olacağı kabul edilmektedir²⁴.

¹⁸ Yaşbey, Hesaplama Esasları, 12.

¹⁹ Y17.HD, 12.09.2018, E.2015/13306, K.2018/7684.

²⁰ Y17.HD, 23.05.2019, E.2016/15839, K.2019/6687.

²¹ Y17.HD, 30.10.2018, E.2015/14273, K.2018/9712.

²² Y4.HD, 10.01.2022, E.2021/16355, K.2022/62.

²³ Y4.HD, 04.10.2021, E.2021/5092, K.2021/5956.

²⁴ Y4.HD, 04.10.2021, E.2021/5444, K.2021/5954.

Bunun yanında, Yargıtay uygulamasında desteğin ölüm tarihinde evli fakat çocuksuz olması durumunda da 2 yıl içerisinde 1'inci çocuğunun, 2 yıl sonra da 2'nci çocuğunun olacağı kabul edilmektedir²⁵.

Desteğin 18 yaşından önce vefatı halinde, 18 yaşını doldurduğunda erkeğe askere gideceği askerden döndükten 2 yıl sonra evleneceği, 2 yıl içerisinde 1'inci çocuğunun, 2 yıl sonra da 2'nci çocuğunun olacağı kabul edilmektedir²⁶.

E. NİŞANLININ DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNAT TALEBİ

Yargıtay, nişanlının destekten yoksun kalma tazminat talebinde desteğin nişanlı ile arasında fiili ve düzenli bakım ilişkisinin bulunmaması halinde destekten yoksun kalma tazminat talep etmeyeceğini içtihat etmiştir.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 2014/9975 Esas, 2016/11755 Karar sayılı ve 20/12/2016 Tarihli ilamında "*...Somut olayda davacılarından ... murisin nişanlısı olup kaza tarihinde 26 yaşındadır. Davacı tanıklarının beyanlarına göre davacı ..., muris ölmeden önce kendi ailesiyle birlikte yaşamakta, ihtiyaçlarını kendi ailesi karşılamakta, kendisi de bir markette tezgahtar olarak çalışıp aylık 800 TL civarında ücret almakta ve murisin, nişanlısı ...'ye düzenli ve eylemli maddi anlamda bir katkısı bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece somut olayda ölen ile davacı nişanlısı arasında maddi yönden düzenli ve eylemli bir yardımın varlığı bulunmadığından davacı ... yönünden destekten yoksun kalma tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir...*"²⁷ denilerek bu husustaki görüşünü belirlemiştir.

Ancak aksi yönde Bölge Adliye Mahkemesi kararları da mevcuttur.

Ankara BAM 26. Hukuk Dairesi'nin 2018/3197 Esas ve 2021/280 Karar sayılı kararında "*Nişanlılık hali de evlenmenin gerçekleşeceği hakkında kuvvetli bir karine teşkil ettiğinden, fiili bir bakım ilişkisi yok ise de; ölen nişanlının, ölüm vuku bulmasa da idi, ileride davacı nişanlıya bakmasının kuvvetle muhtemel olduğunun ispatı halinde, nişanlıların birbirlerinin farazi desteği olduğunun kabulü gerekir.*" denilerek düzenli ve eylemli bakım ilişkisi aranmaması gerektiğini bildirmiştir²⁸.

Kanaatimizce Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararları, destekten yoksun kalma tazminatının varsayım dayalı bir tazminat belirlemesi olması kimliği ile örtüşmektedir.

²⁵ Y4.HD, 04.10.2021, E.2021/5092, K.2021/5956.

²⁶ Y17.HD, 28.01.2020, E.2018/1357, K.2020/150

²⁷ Y17.HD, 29.01.2020, E.2017/5182, K.2020/208; Y17.HD, 05.06.2014, E.2013/9689, K.2014/9156.

²⁸ Ankara BAM 26.HD, 18.02.2021, E.2018/3197, K.2021/280; Erzurum BAM 3.HD, 17.05.2017, E.2017/426, K.2017/452.

Bekârken ölen bir kimsenin evleneceği ve ileride çocuklarının olacağı varsayımı üzerinden pay dağıtımı yapılması yerleşmiş içtihat halini almışken nişanlılık gibi evliliğe çok yakın noktada olan bir kimsenin destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bakım ve gözetim ilişkisinin aranmasının doğru bir uygulama olmadığı kanaatindeyiz²⁹.

F. DESTEĞİN VE DESTEKLERİN YAŞAM TABLOSUNDAKİ MUHTEMEL ÖMÜRLERİ

Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında, kişinin yaşı ile muhtemel ömrünün ne olacağı hususunda yapılan istatistiksel çalışmalar sonucu oluşturulan yaşam tabloları bulunmaktadır. Bu yaşam tabloları, desteğin kaç yaşına kadar yaşayacağı ve desteklenenlerin de muhtemel ömürlerinin ne olacağı hususunda belirleme yapabilmek için önem arz etmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatında yapılan hesaplama varsayımsal bir hesaplama olduğu için, kişinin varsayımsal olarak ne zaman öleceğini de belirlemek gerekmektedir.

“Kazanın meydana geldiği tarih” başlığı altında bahsedildiği üzere muhtemel yaşam ömürlerini belirlemek için farklı yaşam tabloları kullanılmaktadır. Hukukumuzda CSO 1980, PMF 1931 ve TRH 2010 yaşam tabloları uygulanmıştır. Güncel Yargıtay kararları ve 01.06.2015 tarihinden sonra geçerli olan ZMSS Genel Şartları’nda, 1927 ile 2000 yılları arasındaki nüfus sayım istatistikleri esas alınarak hazırlanmış olan TRH 2010 yaşam tablosu esas alınmıştır.

TRH 2010 yaşam tablosunda, desteğin vefat tarihindeki yaşı ve muhtemel yaşam süresi esas alınarak, muhtemel ömrü sonunda desteğin kazancı sona erdirilecektir. Aynı şekilde desteklenenlerin de vefat tarihindeki yaşının karşılığındaki muhtemel yaşam süreleri esas alınarak muhtemel yaşam süresi sona erdiğinde desteğin pay dağıtımından çıkartılacaktır³⁰.

G. SAĞ KALAN EŞİN (VARSA) EVLENME İHTİMALİ

Desteğin vefat ettiği tarihte evli olması halinde sağ kalan eşin yeniden evlenme ihtimali gündeme gelecektir. Desteklenen eş tazminatın belirlendiği tarihte evlenmişse, evlendiği tarih esas alınarak destekten çıktığı varsayılacaktır. Desteklenen sağ kalan eş tazminatın belirlendiği tarihte henüz evlenmemişse, ileride evlenme ihtimalinin belirlenmesi hususunda Yargıtay uygulamaları doğrultusunda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (‘AYİM’)nin muhtemel evlenme tablosu esas alınacaktır.

Tabloda kişinin hesaplamann yapıldığı tarihteki yaşının karşılığındaki evlenme ihtimali bulunacak ve bunun karşılığında evlenmenin yüzde karşılığı, toplam tazminattan yüzde olarak indirilecektir. AYİM tablosu şu şekildedir³¹;

²⁹ Yaşbey, Hesaplama Esasları, 7.

³⁰ Yaşbey, Hesaplama Esasları, 30.

³¹ “Evlenme Şansı Tabloları”, Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022, <https://www.tazminathukuku.com/tablolari/5-evlenme-sansi-tablolari.htm>

ERKEK		KADIN	
Yaş Aralığı	Evlenme İhtimali	Yaş Aralığı	Evlenme İhtimali
17-20 yaş arası	%90	17-20 yaş arası	%52
21-25 yaş arası	%70	21-25 yaş arası	%40
26-30 yaş arası	%48	26-30 yaş arası	%27
31-35 yaş arası	%30	31-35 yaş arası	%17
36-40 yaş arası	%15	36-40 yaş arası	%9
41-50 yaş arası	%4	41-50 yaş arası	%2
51-55 yaş arası	%2	51-55 yaş arası	%1

Tablodan anlaşıldığı üzere, sağ kalan eşin 18 yaşından küçük her bir çocuğu için yüzde oranından %5 oranında indirim uygulanacaktır.

Tablonun uygulanmasında tartışma doğuran husus, sağ kalan eşin ihtimalinin belirlenmesinde kazanın meydana geldiği tarihin mi yoksa hesaplanmanın yapıldığı tarihin esas alınması gerektiğidir³².

Yargıtay 2019 yılına kadar vermiş olduğu kararlarında sağ kalan eşin kaza tarihindeki yaşının evlenme ihtimalinin belirlenmesindeki esas alınacağını kabul etmiştir³³. Ancak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu uygulamaya, 2017/17-2038 Esas, 2019/979 Karar sayılı ve 01/10/2019 Tarihli ilamında "*...Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre, dul eşin yeniden evlenme olasılığı saptanırken, olay tarihindeki yaşına göre değil, rapor tarihindeki ve hüküm tarihine en yakın tarihteki yaşına göre evlenme şansını belirlemek gerekmektedir. Çünkü:*

a) Tazminat hesabında, rapor (hüküm) tarihindeki en son veriler dikkate alınır.

b) Gerçek belli iken varsayımlara göre değerlendirme yapılamaz (Çelik, s. 288).

Destekten yoksun kalma tazminatında bilinmeyen dönem için farazi bazı kriterlere göre hesaplama yapılmakta ise de, dul eşin hesap tarihi itibari ile evlenip evlenmediği belirlenebilir bir veridir..." içtihadı³⁴ ile son vermiştir. Buna göre eşin evlenme ihtimali belirlenirken eşin raporun düzenlendiği tarihteki yaşının karşılığında evlenme ihtimali oranı esas alınacaktır. Kanaatimizce HGK'nın vermiş olduğu karar evlenme ihtimalinin hesaplanmasında esas alınan yaşın tespiti noktasında isabetlidir. Ancak evlenme ihtimalinin uygulanmasına ilişkin olarak Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında bilinen dönemden evlenme ihtimalinin düşülmesi eleştiriye açıktır.

³² "Destekten Yoksun Kalan Eşin Yeniden Evlenme Olasılığı", Erişim Tarihi Ağustos 31, 2022, <https://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/destekten-yoksun-kalan-esin-yeniden-evlenme-olasiligi.htm>

³³ Y17.HD, 15.01.2019, E.2016/3196, K.2019/118.

³⁴ YHGK, 01/10/2019, E.2017/17-2038, K.2019/979.

Nitekim, tazminat hesabında aktif ve pasif dönem ayrımının bir de işlemiş dönem ve işleyecek dönem ayrımı bulunmaktadır. İşlemiş dönem haksız fiil meydana geldiği tarih ile rapor tarihi arasındaki bilinen dönemdir. İşleyecek dönem ise bundan sonraki muhtemel yaşam tablosunun sonuna kadar ki dönemdir. Bir örnek vermek gerekirse; 2012 yılında vefat eden erkek desteğin, bu tarihte 32 yaşında eşi olduğu, eşin açmış olduğu davada raporun ise 2015 yılında alındığını varsayalım. Yargıtay uygulamasına göre bu kişinin hem işlemiş hem de işleyecek dönem olmak üzere her iki dönem tazminatı toplanarak, toplam tazminat miktarı üzerinden evlenme ihtimali tenkisi yapılmaktadır. Bu tenkis için esas alınan ise rapor tarihindeki yaşına göre evlenme ihtimalidir. Ancak bu noktada, bilinen dönemden evlenme ihtimali düşülmektedir. Toplam tazminatın içerisinde 2012-2015 arasındaki dönemde kişinin alacağı tazminat miktarı bulunmaktadır. Hâlbuki kişinin bu dönem aralığından evlenip evlenmediği belirlenebilir bir veridir. Kişinin evlenmediğine dair belirlenebilir veri üzerinden evlenme ihtimalinin düşülmesinin, gerçek (bilinen) varken faraziye (varsayım) gidilmez ilkesine ters düştüğü kanaatindeyiz³⁵.

H. DESTEĞİN KAZANIN MEYDANA GELMESİNDEKİ KUSURU

Destekten yoksun kalma tazminatının belirlenmesinde, desteğin kazanın meydana gelmesindeki kusurunun etkisine ilişkin Yargıtay'ın önceki görüşlerinin aksine ihdas edilen düzenlemeler sonrası Yargıtay da içtihadında köklü değişikliğe gitmiştir. Yargıtay, değişiklikten önceki uygulamasında, kazanın meydana gelmesinde desteğin kusuru olsa dahi, destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilebileceği görüşündeydi. Bu görüşünü Yargıtay HGK 16/01/2013 tarihli ve 2012/17-1491 Esas- 2013/74 Karar sayılı ilamında *"(...) davacıların talebinin ve iddia ettiği zararın ölenin mirasçısı sıfatına değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatına dayandığı; davacıların ölenin mirasçısı sıfatına dayanmayan ve doğrudan kendileri üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki desteğin kusurunun davacılara yansıtılmayacağı ilkeleri gözetildiğinde davacıların desteğinin kusurunun varlığının ya da miktarının davacıların talep ettiği destekten yoksun kalma tazminatına etki etmeyeceği, diğer bir anlatımla desteğin olayda tam kusurlu olup başka kişilerin kusurlarının bulunmaması durumunda da tazminat miktarının değişmeyeceği (...)"* demek suretiyle, kazanın meydana gelmesinde desteğin kusurunun desteklenenlerin üçüncü kişi konumunda oldukları kanaati ile tazminat talep edebileceklerini belirtmiştir³⁶. Yargıtay'ın bu yöndeki görüşü ise doktrinde eleştirilmiş³⁷ kimi yazarlar ise aynı yönde görüş bildirmiştir³⁸.

³⁵ Yaşbey, Hesaplama Esasları, 46.

³⁶ YHGK, 16/01/2013, E.2012/17-1491,K.2013/74.

³⁷ Atilla Altop, "Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 Tarihli E.2011/17-142 K.2011/411 Sa-

Ancak zikrettiğimiz değişiklik sonrasında, KTK md. 92/1-j bendinde "Destekten yoksun kalan hak sahibinin, destek şahsının kusuruna denk gelen tazminat talepleri" teminat dışı haller arasında desteğin kusuru da sayılmıştır. Benzer şekilde, ZMSS Genel Şartları'nın A.6/1-d bendinde de "Destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan destek tazminatı talepleri ile destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri," düzenlemesi ile desteğin kusuru teminat dışı haller arasında sayılmıştır.

Bu düzenlemeler sonucunda Yargıtay HGK 20/04/2021 tarihli ve 2020/191 Esas, 2021/514 Karar sayılı ilamında;

"Tek taraflı trafik kazasında işletenin yüzde yüz kendi kusuru ile kendisinin ölümüne neden olması durumunda kendisinin, kendisine üçüncü kişi olması düşünülemez. Bunun yanında işleten adına motorlu aracı sevk ve idare eden ve işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu sürücü de işletene göre üçüncü kişi değildir. Böylece işletene göre üçüncü kişi olmayan işletenin kendisi veya eylemlerinden sorumlu olduğu sürücünün ölümü veya bedensel zarara uğraması veya malının zarara uğramasından doğan zararlardan nasıl işleten sigortalı sorumlu değilse sigortacı sorumlu bulunmamaktadır. Bu durum sorumluluk sigortasının da bir gereğidir." ifadeleriyle desteğin kusuru sonucu meydana gelen kazada vefat etmiş olması halinde desteklenenlerin tazminat talep edemeyeceklerini kabul etmiş ve bu uygulamasını hukukun genel ilkeleri ile bağdaştırmıştır³⁹.

Güncel mevzuat ve içtihatlar da göstermektedir ki desteğin kazanın meydana gelmesindeki kusuruna tekabül eden kısmından ZMSS sigortacısını sorumlu tutmak mümkün değildir⁴⁰.

yılı Ve 22.02.2012 Tarihli E.2011/17-787 K.2012/92 Sayılı Kararları İle Yargıtay 17.Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 Tarihli E.2011/11551 K.2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022. C.8 S. Özel (2013): 151-184; Şaban Kayihan, "Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMSS = Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçıların Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortacısına Başvuruları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler", MÜHF-HAD, C.22, S.1 (2016):251-263.

³⁸ Yıldırım Keser, "Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Desteğin Tam Kusurlu Olması Halinde Destek Görenlerin Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Talep Edebilmesi Sorunu", YUHFD, C.XVII, S.1 (2021), 170-192.

³⁹ YHGK, 20/04/2021, E.2020/191, K.2021/514.

⁴⁰ Habip Yıldız, "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Poliçesi Kapsamının Sürücünün Tam Kusuru Halinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatını Kapsayıp Kapsamadığı Hakkında Yaklaşımlar", İMHFD, C. VI, S. 11, (2021): 29-43; Mehmet Furkan Sönmez, "Karayolları Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Teminatın Kapsamı Dışında Kalan Haller", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019), 58.

İ. GERÇEK ZARARIN BELİRLENMESİ

Destekten yoksun kalma tazminatında belirlenen tazminat miktarında indirim yapılmasını gerektiren durumlar bulunmaktadır. Bunlar kısaca; desteğin kusuru, yapılan ödemeler, hatır taşıması indirimi, müterafik kusur indirimi olarak sıralanabilmektedir.

Gerçek zararın belirlenmesinde, zikrettiğimiz indirimlerin hangi sırada yapılacağı da Yargıtay kararlarıyla şekillenmiştir.

Yargıtay 17'nci Hukuk Dairesi 2019/934 Esas 2020/6205 karar sayılı ilamında;

“Borçlar kanunu hükümlerine göre tazminatın saptanması için öncelikle zararın belirlenmesi gerekir. Bu nedenle ilk olarak zararla ilgili indirim sebepleri uygulanarak gerçek zarar belirlenecek (önce kusur indirimi, sonra yapılan ödemeler), sonra da tazminattan indirim nedenleri olan 6098 sayılı TBK'nın 51. maddesinde (mülga 818 sayılı BK'nun 43. maddesi) düzenlenen hatır taşıması indirimi ve 6098 sayılı TBK'nın 52. maddesinde (mülga 818 sayılı BK'nun 44. maddesi) düzenlenen müterafik kusur indirimi uygulanacaktır.” denilmektedir⁴¹.

Yargıtay'ın sıralamanın nasıl yapılması gerektiğine dair uygulaması, belirlenen tazminattan yapılacak indirimlerde sıralamayı; önce kusur tenzili, ardından ödeme, ardından hatır taşıması ve müterafik kusur indirimi olarak belirlemiştir. Yargıtay'ın indirimlerin sıralamasına ilişkin bu uygulaması 06.12.2021 tarihine kadar herhangi bir itirazla karşılaşmamışken, bu tarihteki ilamda 2 üye muhalif kalarak sıralamanın hatalı olduğunu muhalefet şerhlerinde bildirmişlerdir⁴².

Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi'nin 18/01/2022 tarihli ilamında ise istikrar kazanmış uygulamanın aksine bir karar çıkmıştır.

İlgili kararda *“Somut olayda; davacıya, davadan önce davalı tarafından kısmi ödeme yapılmıştır. İtiraz Hakem heyetince hesaplanan tazminattan, davadan önceki ödeme güncellenerek düşülmüş, bundan sonra da müterafik kusur indirimi yapılarak tazminata hükmedilmiştir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında hesaplanan tazminattan önce müterafik kusur indirimi yapıp, daha sonra güncellenen ödemenin düşülmesi gerektiğinden kararın bu kısım yönünden oyçokluğu ile bozulması gerekmiştir.”* denilerek sıralamanın önce kusur, ardından hatır taşıması ve müterafik kusur olacağı, en son olarak ödemenin indirileceği içtihat edilmiştir⁴³.

Yargıtay'ın hatır taşıması ve müterafik kusur indirimi için istikrar kazanan içtihatlarına göre her bir indirimi sebebi için tazminattan %20 oranında indirim yapılacaktır⁴⁴.

⁴¹ Y17.HD, 26.10.2020, E.2019/934, K.2020/6205.

⁴² Y4.HD, 06.12.2021, E.2021/3388, K.2021/9750.

⁴³ Y4.HD, 18.01.2022, E.2021/3581, K.2022/565; Güleç ve Basa, Yüksek Mahkeme Görüşleri, 199.

⁴⁴ Y17.HD, 16.07.2018, E.2015/13937, K.2018/7191; Y17.HD, 16.01.2019, E.2016/3454, K.2019/224; Yıldırım Keser, “Hatır Taşımacılığında Doğan Zararlardan Hakkaniyet İndirimi”, DEUHFD, C.21, S.Özel (2019):2395-2413.

İndirimlerin sıralamasına dair içtihatlar arasındaki farklılığı daha net şekilde ortaya koymak amacıyla bir örnek verilmelidir.

Kusur indirimli zararın 100 TL olduğu bir olayda, sigorta şirketinin faizi ile birlikte 50 TL'ye denk gelecek bir ödemeyi davadan önce yaptığını varsayalım. Bu durumda bakiye 50 TL'den önce %20 oranında hatır taşınması indirimi ardından %20 oranında müterafik kusur indirimi düşüldüğünde, davadan önce yaptığı ödemeye ek olarak ödenmesi gereken miktar 32 TL'ye denk gelecektir.

Sigorta şirketi tarafından dava açılmadan önce hiç ödeme yapmamış olsaydı, 100 TL tazminattan önce %20 oranında hatır taşınması indirimi ardından %20 oranında müterafik kusur indirimi düşüldüğünde, ödemesi gereken toplam miktar ise 64 TL olacaktır.

Ödeme yapıldığı durumda sigortanın ödeyeceği toplam miktar 82 iken ödeme yapılmadığı durumda 64'e tekabül edecektir. Aradaki farklılığın sebebi ise Yargıtay'ın 2022 tarihli kararına kadar geçerli olan uygulamasında, davadan önce yapılan ödemeye hatır ve müterafik kusur indirimi yapılmaması sonucunu doğurmaktadır.

Davalı tarafından davadan önce yapılan ödemeler, tazminattan indirim sebebi değil borcu söndüren bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce, Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi'nin 18/01/2022 tarih ve 2021/3581 Esas, 2022/565 Karar sayılı kararı, tazminatın belirlenmesi bakımından yapılan indirim sıralamasının isabetli olduğu yönündedir.

J. HATIR TAŞIMASI VE MÜTEFARİK KUSUR İNDİRİMİN BİRLİKTE GERÇEKLEŞMESİ

Hatır taşınması ve müterafik kusur indiriminin bir arada gerçekleştirilmesini gerektiren kazalar karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay'ın müstakar uygulamasına göre belirlenen tazminattan, hatır taşınması var ise %20 oranında; müterafik kusur var ise %20 oranında indirim uygulanması yönündedir. Her iki indirim sebebinin bir arada meydana geldiği halde %20'lik indirimlerin ise %40 şeklinde mi yoksa önce %20 ardından %20 şeklinde mi olacağı yönünde çelişkili kararlar mevcuttur.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 2020/2184 Esas 2021/2310 Karar Sayılı İlamı ile; *"Borçlar Kanunu 43 ve 44. maddeleri gözetilerek hatır taşınması ve müterafik kusur olarak toplam %40 indirim yapılarak"* denilerek %40 şeklinde uygulanması gerektiğini bildirmiştir⁴⁵. Ancak aynı dairenin 2018/3173 Esas, 2020/2190 Karar sayılı ve 26/02/2020 tarihli ilamında *"...Yukarıda ifade olunan hususlar karşısında, davacının uğradığı zararın hesaplanmasından sonra; hesaplanan bu bedel üzerinden, davalı borçluya ait indirim sebebi*

⁴⁵ Y17.HD, 04.03.2021, E.2020/2184, K.2021/2310.

olan hatır taşınması ve müterafik kusur nedeniyle yapılacak indirimlerin uygulanması ve bu surette sonuç tazminatın belirlenmesi gerektiği açıktır. Oysa mahkeme tarafından hatır taşınması ve müterafik kusur indiriminin davalı ödemesinin tenzilinden sonra yapılması gerekirken önce yapıldığı, yine hatır taşınması ve müterafik kusur indirimlerinin ilgili bozma ilamında belirtildiği şekilde ayrı ayrı yapılması gerekirken, toplam olarak %40 oranı üzerinden yapılarak davacılar aleyhine durum yaratıldığı anlaşılmaktadır. Eksik inceleme ile karar verilemez.” denilerek %40 oranında indirim yapılması durumunu bozma konusu yapmıştır⁴⁶.

Kararlar arasında hasıl olan farklılığı örneklendirmek gerekirse; 100 TL’lik zararda sırası ile indirim sebepleri uygulandığında tazminat miktarı 64 TL olurken birlikte uygulandığında 60 TL’ye denk gelmektedir.

Bir önceki başlıkta gerçek zararın belirlenmesine ilişkin olarak yer verilen kararlardan da anlaşılacağı üzere sırası ile indirim uygulanması daha doğru bir uygulama olduğu kanaatindeyiz.

K. YAPILAN ÖDEMENİN MAHSUBU

Dava açılmadan önce yapılan ödemenin, belirlenen tazminat miktarından mahsup edileceğinden bahsetmiştik. Yargıtay uygulamasına göre, dava açılmadan önce yapılan ödemenin, ödeme tarihindeki verilere göre tazminatı karşılamadığı takdirde, ödeme miktarına hesaplamanın yapıldığı tarihe kadar yasal faiz işletilecek ve bu miktar tazminattan mahsup edilecektir⁴⁷. Karara en yakın tarihli asgari ücretin de desteğin gelirinde esas alınacak asgari ücret olduğu düşünüldüğünde, son dönemdeki asgari ücret artışları da göz önüne alındığında, bu uygulamanın davadan önce ödeme yapanın aleyhine bir sonuç doğurduğu kanaatindeyiz. Zira, yapılan ödemeye hesap tarihine kadar yasal faiz işletildiğinden, yasal faizin uzun yıllardır %9 hesaba katıldığına, asgari ücretin bu orandan fazla artış gösterdiği ihtimalde ödeme yapanın fazladan ödeme yapması söz konusu olacaktır⁴⁸.

Kanaatimizce tarafların zarara uğramaması adına ödemenin yapıldığı tarihteki verilere göre belirlenen tazminat miktarının, yapılan ödemeye oranlaması ile dava açıldıktan sonra, belirlenen tazminatta da aynı oran uygulanarak bakiye tazminatın belirlenmesi isabetli olur. Bir örnek vererek; ödemenin yapıldığı tarihteki verilere göre zararın 100 TL olduğunu, davadan önce gerçekleşen ödemenin 50 TL olduğunu, dava açıldıktan sonra ise yeni asgari ücretle zararın 200 TL olduğunu ve aradan 2 yıl geçtiğini varsayalım. Yargıtay uygulamasına göre 50 TL’ye faiz işletilerek ödemenin güncel hali 59

⁴⁶ Y17.HD, 26.02.2020, E.2018/3173, K.2020/2190.

⁴⁷ Y4.HD, 10.03.2022, E.2021/10763, K.2022/4501

⁴⁸ Sema Uçakhan Güleç; Necdet Basa, editör, (Ankara: Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre, 2018), 905-920; Yaşbey, Hesaplama Esasları, 72;

TL olarak belirlenecek ve bu miktar 200 TL'den düşülmesi suretiyle bakiye zarar belirlenecektir. Uygulanması gerektiğini düşündüğümüz hesaplamada ise yapılan ödemenin, yapılması gereken ödemenin yarısına tekabül ettiği ve güncel ödenmesi gereken miktarın da yarısının ödenmesi gerektiği şeklindedir. Bu hesaplama ise $200 \times (50/100) = 100$ TL şeklinde olacaktır.

L. ASGARİ ÜCRET VE FAİZİN BİRLİKTE UYGULANMASI

Yargıtay uygulamasında, karar tarihine en yakın asgari ücret esas alınarak tazminat hesabı yapılmaktadır⁴⁹. Bununla birlikte belirlenen tazminat miktarına da temerrüt tarihinden itibaren faiz işletilmektedir.

Destekten yoksun kalma tazminatı talepleri taksirle ölüme sebebiyet verme suçunu oluşturduğundan KTK'nun 109/2 maddesi gereği uzamış zamanasını sebebiyle tarafların dava açmak için 15 yıl süresi vardır. Destek görenin, olayın meydana gelmesinden hemen sonra dava açması ile 14 yıl sonra dava açması arasında hem asgari ücret hem de faiz nedeniyle tarafların hak edeceği tazminat bakımından büyük farklılıklara yolacaktır. Bununla birlikte paranın kaybettiği değere karşı da tazminat miktarını korumak temel bir gerekliliktir⁵⁰.

Tazminatın hüküm tarihine en yakın asgari ücret esas alınarak belirlenmesinin bir sonucu olarak, belirlenen tazminatta her yıl asgari ücret oranında artış olması sonucunu doğurmaktadır. Belirlenen tazminat miktarına ayrıca faiz işletilmesi bu miktarı oldukça arttırmaktadır. Faizin amacının paranın değer kaybını önlemek olduğu düşünüldüğünde, hem asgari ücretin güncellenerek esas alınması hem de faiz uygulanması tazminat yükümlüsü bakımından ağır sonuçlar doğurmakta, tazminat alacaklısının ise sebepsiz zenginleşmesine sebep vermektedir⁵¹. Bu noktada, karar tarihine en yakın asgari ücretin esas alınması ve faizin karar tarihinden itibaren işletilmesi veya asgari ücretin kaza tarihindeki asgari ücret alınarak belirlenmesi ve faizin kaza tarihinden itibaren işletilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Sosyal niteliği haiz olan destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında Yargıtay'ın bazen çelişkili bazen ise isabetli olmayan kararları mevcuttur.

İlk olarak desteğin belirlenen kazancından desteklenenlerin ne kadar pay alacağını tespit edilmesi noktasında, Yargıtay uygulaması bazı hallerde

⁴⁹ Y4.HD, 45.05/2022, E.2021/17139, K.2022/7793.

⁵⁰ Ahmet İyimaya, "Tazminatın İrat Şeklinde Belirlenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1990/1, s.24 (Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1990-19901-1037>), 23-45.

⁵¹ Yaşbey, Hesaplama Esasları, 71.

hakkaniyete aykırı sonuç doğurmaktadır. Özellikle, boşanmış ve çocuğu olan desteğin, anne babasının daha sonradan destekten çıkması halinde, Yargıatay'ın hesaplaması desteğin çocuklarından herhangi birine ayıracağı payın, anne veya babasına ayıracağı paydan daha az olması sonucunu doğurmaktadır. Bu sonucun Türk aile yapısına aykırı düştüğü kanaati hasıl olmuştur.

İkinci olarak, bekar ölen desteğin evlenme ve çocuk sahibi olma ihtimalinin belirlenmesinde Yargıtay kararlarında istikrarın sağlanmış olması sevindiricidir.

Üçüncü olarak, sağ kalan eşin evlenme ihtimali hesaplanırken, eşin hem işlemiş hem de işleyecek dönem olmak üzere her iki dönem tazminatı toplanarak, toplam tazminat miktarı üzerinden evlenme ihtimali tenkisi yapılmaktadır. Bu noktada, bilinen veri varken varsayımsal ihtimallere göre hesaplama yapılması isabetli görülmemektedir.

Desteğin kazanın meydana gelmesinde kusurlu olması halinde, bilhassa tek taraflı trafik kazalarında destekten yoksun kalma tazminatının istenemeyeceği hususu, mevzuatta açıkça düzenlendikten sonra, Yargıtay bu konudaki hukukun temel ilkeleriyle bağdaşmayan yaklaşımını terk etmiş ve ZMSS'nin sorumluluk sigortası niteliğine uygun düşecek yönde karar tesis etmiştir.

Gerçek zararın belirlenmesi hususunda, zarardan yapılan indirim sıralamasında davadan önce yapılan ödemenin bir indirim sebebi olarak görülmemesi, borcu sona erdiren niteliğinin göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu konuda Yargıtay'ın 2022 tarihli en güncel kararı isabetlidir. Zarar miktarından hatır taşınması ve müterafik kusurun birlikte indirilmesi esnasında indirim oranının belirlenmesinde istikrarlı bir uygulamaya geçilmesi, öngörülebilirliğin temini açısından önem arz etmektedir.

Destekten yoksun kalma tazminatı talep edilmesi için söz konusu olabildiği uzamış zamanaşımı süresi göz önüne alındığında, aynı anda asgari ücretin oranlanması ve yasal faizin işletilmesi, davacı tarafın sebepsiz zenginleşmesine mahal verebilecek bir uygulama olup isabetli görülmemiştir.

Çalışmamızda detaylıca ele alınan çelişkili ve isabetli olmayan kararlar, tazminatın niteliğine zarar verdiği gibi öngörülebilirliğin ve hakkaniyetin teminini de güçleştirmektedir.

KAYNAKÇA

- İyimaya, Ahmet. "Tazminatın İrat Şeklinde Belirlenmesi.", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 1 (1990): 23-45.
- Altop, Atilla. "Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 Tarihli E.2011/17-142 K.2011/411 Sayılı Ve 22.02.2012 Tarihli E.2011/17-787 K.2012/92 Sayılı Kararları İle Yargıtay 17.Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 Tarihli E.2011/11551 K.2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi.", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* C.8, S. Özel (2013): 151-184.
- Çelik, Çelik Ahmet. "Destekten Yoksun Kalan Eşin Yeniden Evlenme Olasılığı." Erişim Tarihi Ağustos 31, 2022, <https://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/destekten-yoksun-kalan-esin-yeniden-evlenme-olasiligi.htm>
- Çelik, Çelik Ahmet. "Evlenme Şansı Tabloları", Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022, <https://www.tazminathukuku.com/tablolalar/5-evlenme-sansi-tablolari.htm>
- Güleç Uçakhan, Sema; Basa, Necdet (editör). Ankara: Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre, (2018), 905-920.
- Güleç Uçakhan, Sema; Basa, Necdet (editör). Ankara: Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri, (2019), 191-200.
- Kayıhan, Şaban. "Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMMS = Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçılarının Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortacısına Başvurmaları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler.", *MÜHF-HAD* C.22, S.1 (2016):251-263.
- Kayıhan, Şaban; Selanik, A. Atakan. "Karar İncelemesi – Sigorta Tazminat Hesaplaması – TRH Hesap Tablosu Kullanılması – Teknik Faiz İşletilmesi Hususu", Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022. <https://blog.lexpera.com.tr/karar-incelemesi-sigorta-tazminat-hesaplamasi-trh-hesaptablosu-kullanilmasi-teknik-faiz>
- Keser, Yıldırım. "Hatır Taşımacılığında Doğan Zararlardan Hakkaniyet İndirimi.", *DEUHF* C.21, S. Özel (2019):2395-2413.
- Keser, Yıldırım. "Destegin Tam Kusurlu Olması Halinde Destek Görenlerin Destekten Yoksun Kalma Tazminatı.", *YUHFD* C.XVII, S.1 (2021), 170-192.
- Yaşbey, Erhan. *Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Hesaplama Esasları*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Yalova Üniversitesi Lisansüstü eğitim Enstitüsü, 2021.
- Yıldız, Habip. "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Poliçesi Kapsamının Sürücünün Tam Kusuru Halinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatını Kapsayıp Kapsamadığı Hakkında Yaklaşımlar.", *İMHF* C. VI, S. 11, (2021): 29-43.
- Yargıtay Kararları. Erişim Tarihi: Ağustos 31,2022, www.uyap.gov.tr

TÜKETİCİ HUKUKU BAKIMINDAN YENİLENMİŞ ÜRÜNLER

*Hakkı Mert DOĞU**

GİRİŞ

Yenilenmiş ürünler, birtakım teknik ve fiziksel iyileştirmeler yapıldıktan sonra tekrar satışı sunulması mümkün olan kullanılmış ürünlerdir. Bu ürünler, ikinci el ürünlerden farklı olup yeni bir ürün çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır. Dünya uygulamasında pek çok elektronik ürünün bu kapsamda değerlendirildiği bilinirken, yenilerek satışa sunulabilen ürünler, Türk Hukuku bakımından şu an için sadece cep telefonu ve tabletlerdir.

Yenilenmiş ürünlere ilişkin ilk düzenleme Yenilenmiş Ürünlerin Satışı Hakkında Yönetmelik olup; 7392 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 57/A maddesi eklenmek suretiyle yenilenmiş ürünler kanuni bir düzenlemeye de kavuşmuştur.

Çalışmada yenilenmiş ürünler tüm yönleriyle ele alınmıştır. Bu kapsamda öncelikle yenilenmiş ürünlere ilişkin bazı genel bilgiler verilmiş; yenilenmiş ürünlerden ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Yenilenmiş ürünlere ilişkin genel bilgilerden sonra yenilenmiş ürünlerin satışı ve yenilenmiş ürünlerin satışında taraflar kapsamlı bir şekilde incelenmiştir. Özellikle yenilenmiş ürünlerin satışında yetkili alıcı, yenileme merkezi ve yetkili satıcı üzerinde durularak; bunların yenilenmiş ürün satışındaki sorumlulukları da ortaya koyulmuştur. Bütün bunların dışında yenilenmiş ürünlerde garanti, satış sonrası hizmetler, tanıtma ve kullanma kılavuzu ile yenilenmiş ürünlere ilişkin reklamlarda dikkat edilmesi gereken hususlar belirtilerek açıklamalarda bulunulmuştur.

I. YENİLENMİŞ ÜRÜNLER

A. Hukuki Dayanak ve Tanım

Teknolojik ve ekonomik gelişmeler, günümüzde dijital ve yeşil dönüşümü tetikleyen bir unsur olarak ortaya çıkmıştır. Dijital ve yeşil dönüşüm, "ikiz dönüşüm" olarak da ifade edilebilmektedir. 2019 yılında Avrupa Birliği tara-

* Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, mert.dogu@karatay.edu.tr.

findan yayımlanan Avrupa Yeşil Mutabakatı¹ ve 2020 yılı itibariyle tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgını ile hızla artan dijitalleşmeye karşı ikiz dönüşüm gündeme gelmiştir. Bu süreçte özellikle elektronik ürünlerde meydana gelen değişim ve dönüşüm karşısında sürdürülebilir ve etkin bir kaynak yönetimi için tasarruf odaklı bir tüketim anlayışının yerleşmesi de kaçınılmaz olmuştur². Buradan hareketle Türk Hukuku bakımından da ömrü tamamlanmamış bazı malların teknik ve fiziksel özelliklerinin iyileştirilmesi yapılarak ekonomiye tekrar kazandırılması hedeflenmiş; bu kapsamda -geç kalınmış olmakla birlikte- öncelikle Yenilenmiş Ürünlerin Satışı Hakkında Yönetmelik çıkarılmış³ ve ardından da son olarak 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a⁴, 7392 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle 57/A maddesi eklenmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 57/A maddesi, 7392 Sayılı Kanun'un 18. maddesinin (b) bendine göre yayım tarihi olan 01.04.2022 tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girer. Bir başka ifadeyle maddenin yürürlük tarihi, 01.10.2022 olmaktadır⁵. İlgili kanuni düzenlemenin yanı sıra yenilenmiş ürünler açısından, Yenilenmiş Ürünlerin Satışı Hakkında Yönetmelik⁶ de bu kapsamda değerlendirilmektedir⁷. Yönetmeliğin hukuki dayanağı ise -Yönetmeliğin 3. maddesindeki düzenlemeden hareketle- TKHK'nin 12, 57 ve 84. maddeleri oluşturmaktadır. TKHK'nin 84. maddesine göre Bakanlık, bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak mevzuat çerçevesinde gerekli tedbirleri almaya ve düzenlemeleri yapmaya yetkilidir. Bununla birlikte TKHK'nin 12 ve 57. maddelerinin Yönetmelik için doğrudan bir dayanak oluşturduğu söylenebilir. Yönetmelik açısından TKHK'nin 12. maddesinin ikinci fıkrasında düzen-

¹ "Avrupa Yeşil Mutabakatı, temelinde uluslararası iş birlikleri olan; siyasi, hukuki ve ekonomik süreçlere dayanmaktadır." Bkz., Filiz Çayırbaş; Şehnaz Sakıcı, "Avrupa Yeşil Mutabakatı (Green Deal) ve Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri Perspektifinde Sürdürülebilir Dijital Pazarlama Stratejileri", Gaziantep University Journal of Social Sciences 20, 4(2021): 1923.

² Ayrıca bkz., Lara Agostini; Barbara Bigliardi; Serena Filippelli; Francesco Galati, "Seller Reputation, Distribution and Intention to Purchase Refurbished Products", Journal of Cleaner Production 316, (2021): 1.

³ Kanun'da yer almayan bir kavramın öncelikle Yönetmelik tarafından düzenleniyor olması normlar hiyerarşisi açısından sakıncalı bir durum olarak kabul edilir.

⁴ Bundan sonra TKHK şeklinde ifade edilecektir.

⁵ Birçok ülkede yenilenmiş ürünlere ilişkin düzenlemeler yıllar öncesinden tamamlanmıştır. Bkz., Agostini; Bigliardi; Filippelli; Galati, "Seller Reputation, Distribution and Intention to Purchase Refurbished Products", 1.

⁶ Bundan sonra Yönetmelik şeklinde ifade edilecektir.

⁷ Gerek TKHK gerekse Yönetmelik öncesi yenilenmiş ürün kavramı iki farklı yerde geçmekteydi. Bunlardan ilki Tüketici Ürünlerinin Güvenlik Risklerinin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ'in "Tanımlar" başlığının taşıyan 4. maddesinin (f) bendindeki tüketici ürünü tanımı içerisindedir. İkincisi ise Geri Kazanım Katılım Payına İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar'dan Elektrikli ve Elektronik Eşyalar için Geri Kazanım Katılım Payı Uygulamaları başlıklı bölümün 10. maddesindedir.

lenen ikinci el satışlar ve gizli ayıplara ilişkin hükümler ile 57. maddesinde düzenlenen ihtiyari garantiye ilişkin hükümler, bu çerçevede kendisini göstermektedir⁸. 7392 Sayılı Kanun'daki düzenlemeyle birlikte artık yenilenmiş ürünlere ilişkin kanuni dayanak doğrudan TKHK'nin 57/A maddesi olmuştur.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 57/A maddesinin birinci fıkrasında yenilenmiş ürünlerin tanımı yapılmaktadır. Buna göre yenilenmiş ürünler, *"Donanım, yazılım veya fiziki özelliklerinde iyileştirme yapılarak tekrar satışa sunulan kullanılmış mallardır."* Başka bir tanımı, Yönetmeliğin 4. maddesinin (i) bendinde de görmek mümkündür. Yönetmeliğin ilgili maddesine göre yenilenmiş ürün, *"Yenileme merkezi tarafından yapılan yenileme ve sertifikalandırma işleminden sonra satışa sunulan kullanılmış mal"* şeklinde ifade edilmektedir.

Yenilenmiş ürünlere ilişkin hem TKHK hem de Yönetmelikteki tanımlara bakıldığında bunların kullanılmış ancak yapılacak teknik ve fiziksel iyileştirmeler ile sertifikalandırma işlemlerinden sonra tekrar satışa sunulmaları mümkün ürünler oldukları ifade edilebilir⁹. Yönetmeliğin *"Amaç"* başlığını taşıyan 1. maddesi ile *"Kapsam"* başlığını taşıyan 2. maddesinde de kullanılmış ürünlerin yenilenmesi, sertifikalandırılması ve tekrar satışa sunulmasına ilişkin usul ve esaslar ile bunlara ilişkin faaliyetlerin neler olduğu noktasında düzenlemelerin yer aldığı belirtilmektedir.

B. Yenilenerek Satışı Sunulabilecek Ürünler

Yenilenerek satışı sunulabilecek ürünler, Yönetmeliğin ekinde belirtilmiştir. Yenilenerek satışa sunulabilecek kullanılmış mallar, şu an itibarıyla sadece cep telefonları ve tabletlerdir.

Yenilenerek satışa sunulabilecek mallar açısından bir sınırlama getirildiğini söylemek mümkündür. Bu kapsamda cep telefonları ile tabletlerin yenileme işlemine tabi tutulması mümkün olup, bunlar dışında kalan mallar için yenileme işlemi yapılamamaktadır. Bunun yanı sıra cep telefonu ya da tabletin yenileme işlemine tabi tutulabilmesi için en az bir yıl öncesine ilişkin data, ses ya da kısa mesaj kullanım trafiğinin bulunması zorunludur. Bu durum Yönetmeliğin 5. maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça ifade edilmektedir.

⁸ Ayrıca bkz., Mustafa Şahin, "Satış Sözleşmesi ve Tüketici Hukuku Bağlamında Yenilenmiş Ürünlerin Satışı". Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 2(2021): 307.

⁹ Dünya'daki uygulamaya bakıldığında iki tür yenilenmiş üründen bahsedildiği görülmektedir. Bunlar sertifikalı yenilenmiş ürünler ve sertifikasız yenilenmiş ürünlerdir. Sertifikalı yenilenmiş ürünler, ciddi kalite kontrolünden sonra yenilenmiş ürünlerin sıfır ürünlerle aynı kalite seviyesinde olduğunu iddia eden marka sahibinden bir garantiye sahiptir. Buna karşılık, sertifikasız yenilenmiş ürünler, marka sahibinin kalite garantisi olmaksızın sunulan ürünlerdir. Örneğin Çin'de Xinhua'nın mağazası yazıcı ve fotokopi makinelerini, sertifikasız yenilenmiş ürünler olarak satmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Baozhuang Niu; Fengfeng Xie, "Incentive Alignment of Brand-Owner and Remanufacturer Towards Quality Certification to Refurbished Products", Journal of Cleaner Production 242, (2020): 1-2.

C. Yenileme Faaliyetlerine İlişkin Bilgiler

Bir ürünün, yenilenmiş ürün olarak kabul edilebilmesi için Yönetmeliğin ekinde belirtilen ürünlerden birinin olmasının yanı sıra bir yenileme işlemine de tabi tutulması gerekmektedir. TKHK'nin 57/A maddesinin üçüncü fıkrasına göre Yönetmelikle belirlenen mallar, ancak Bakanlıkça yetkilendirilmiş yenileme merkezlerinde yenilenmesi şartıyla, yenilenmiş ürün sıfatına sahip olabilecek ve satışa sunulabilecektir. Benzer düzenlemeye Yönetmeliğin 5. maddesinin birinci fıkrasında da yer verilmiştir. Buna göre kullanılan mallar, yenileme merkezleri tarafından, Bakanlıkça belirlenen düzenleme veya Türk Standartları Enstitüsünün belirlediği standartlara uygun şekilde yenilenebilir. Yenilenen kullanılmış mallar, sertifikalandırıldıktan ve ambalajlandıktan sonra yenilenmiş ürün olarak tekrar satışa sunulabilir.

Bir ürünün, yenilenmiş ürün olabilmesi için belirlenen standartlara uygun olacak şekilde bir yenileme merkezinde bazı işlemler görmesi gerekmektedir. Aslında yenileme kullanılmış bir ürünün (ör. akıllı telefon) arızalı, hasarlı ana bileşenlerini (akıllı telefonun ekranı veya pili gibi) temizleyerek, değiştirerek ve/veya onararak iyi ve kullanılabilir duruma getirme işlemidir¹⁰. Bu açıdan yenileme, yeniden imalattan ayrılmaktadır. Yenileme merkezinde ilgili ürünün yazılım, donanım ve gövde kısmında birtakım işlemler gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte bazı testler ve incelemeler yapılmakta; performans değerlendirmelerinde bulunmaktadır. Ayrıca parça onarımı veya değişimi yapılmakta; sistemsel ya da fiziksel olarak sorun çıkarabilecek her durum incelemeye tabi tutulmaktadır. Bütün bu tespit ve incelemelerden sonra yenilenen ürünler, sertifikalandırma işlemi ile ambalajlandıktan sonra tekrar satışa sunulabilmektedir.

Yenilemeye tabi tutulacak ürünler, Yönetmeliğin 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre yetkili alıcı tarafından tüketiciden alınıp yenileme merkezine iletebileceği gibi yenileme merkezi tarafından da doğrudan alınabilir. Görüldüğü gibi mal, yetkili alıcı ya da doğrudan tüketici vasıtasıyla yenileme merkezine ulaşmaktadır. Kanaatimizce kanun koyucu bu düzenlemeyle birlikte kullanılan malların, kolayca yenileme merkezlerine ulaşmasını istemiş ve kim tarafından iletildiği önemli olmaksızın malların kabul edileceği belirtilmiştir.

D. Yenilenmiş Ürünlerin Bazı Ürünlerden Farkı

1. Sıfır Ürünlerden Farkı

Yenilenmiş ürünler, kullanılmış ürünlerdir. Bu durum doğal olarak tüketicilerin yenilenmiş ürünlere karşı güvenlerini azaltmış¹¹ ve onların sıfır ürünlere yönelmesi sonucunu doğurmuştur.

¹⁰ Bkz., Mohammad Sadegh Nasiri; Sajjad Shokouhyar, "Actual Consumers' Response to Purchase Refurbished Smartphones: Exploring Perceived Value From Product Reviews in Online Retailing", *Journal of Retailing and Consumer Services* 62 (2021): 2.

¹¹ Ayrıca bkz., Şahin, "Satış Sözleşmesi ve Tüketici Hukuku Bağlamında Yenilenmiş Ürünlerin Satışı", 297.

Yenilenmiş ürünlerin, sıfır ürünlerden farkı sadece ambalajlarının açılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bir başka ifadeyle yenilenmiş ürünlerin ambalajları daha önceden ilk kez açılmıştır. Sıfır ürünlerde ise ambalajlarının önceden açılmış olması gibi bir durum söz konusu değildir. Bunun yanı sıra yenilenmiş ürünlerin ambalaj, etiket, reklam ve ilanlarında “yenilenmiş ürün” ibaresinin de bulunması zorunludur.

2. İkinci El Ürünlerden Farkı

Yenilenmiş ürünlerin, ikinci el ürünlerle karıştırılması kuvvetle muhtemeldir. Hatta tüketiciler, iki ürün arasındaki farkları tam olarak bilmedikleri için, yenilenmiş ürünleri alma noktasında tereddütlü davranmaktadırlar¹². Bu sebepten dolayı yenilenmiş ürünlerin, ikinci el ürünlerden farkını ortaya koymakta yarar vardır.

Yenilenmiş ürünler, ikinci el ürün değildir. Çünkü ikinci el ürünlerde var olan hatalar basit birtakım işlemlerle düzeltilir, bilgiler sıfırlanır ve garanti söz konusu olmaksızın satışa sunulur. Oysa yenilenmiş ürünlerde kapsamlı düzeltmeler (fiziksel ve yazılımsal) yapılarak ürün sıfır ayarına getirilmekte ve satıcı firmalar tarafından bir yıl garanti ile satılırlar. Ayrıca elektronik kimlik bilgisi bulunan kullanılmış malların yenilenebilmesi için en az bir yıl öncesine ilişkin data, ses ya da kısa mesaj kullanım trafiğinin bulunması zorunludur. İkinci el ürünlerde ise böyle bir şart öngörülmemiştir.

E. Yenilenmiş Ürünlerin ve Ürün Yenileme İşleminin Olumlu ve Olumsuz Yansımaları

Bir ürünün yenileme işlemine tabi tutulması ve bununla bağlantılı olarak yenilenmiş ürün vasfını taşımasının gerek ekonomik gerekse çevresel faktörler açısından olumlu ve olumsuz yansımalarından bahsetmek mümkündür. Hemen belirtmek gerekir ki cep telefonu ve tabletlerin yenilenmesiyle birlikte atık sayılabilecek ürünlerin (dijital çöp) ekonomik bakımdan tekrar kazandırılması ve aynı zamanda çevre kirliliğinin biraz da engellenmesi sağlanabilmektedir¹³. Bunun yanı sıra yenilemeye ilişkin bir sektörün oluşması, iş gücü için de son derece önemlidir. Bu sayede yeni iş kollarının açılması ve kişilerin bu alanda çalışmaları imkânı doğmaktadır.

Uygulamada yenilenmiş ürünlerin üretimi sadece kaynakları daha iyi kullanmak ve çevre kirliliğini azaltmakla kalmaz, aynı zamanda daha düşük maliyetle ürün elde edilebilir ve böylece daha fazla tüketiciye daha düşük fiyatla ürün satılabilir¹⁴. Ancak yenilenmiş ürünler, sıfır ürünlere olan talep-

¹² Ayrıca bkz., Şahin, “Satış Sözleşmesi ve Tüketici Hukuku Bağlamında Yenilenmiş Ürünlerin Satışı”, 297.

¹³ Bkz., Niu; Xie, Incentive Alignment of Brand-Owner and Remanufacturer Towards Quality Certification to Refurbished Products”, 1; Şahin, “Satış Sözleşmesi ve Tüketici Hukuku Bağlamında Yenilenmiş Ürünlerin Satışı”, 295.

¹⁴ Zhixin Chen; Shijian Hong; Xiang Ji; Ruixia Shi; Jie Wu, “Refurbished Products and Supply Chain Incentives”, Annals of Operations Research 310, (2022): 28.

leri bir dereceye kadar ortadan kaldıracaktır, yani sıfır ürün talepleri ile yenilenmiş ürünlere yönelik talepler örtüşebilir. Nitekim günümüzde, yenilenmiş ürünler tüketiciler tarafından yaygın olarak kabul görmektedir, çünkü sıfır ürüne benzer özellikleri taşıyan ürün, daha düşük bir fiyatla elde edilebilmektedir¹⁵. Sonuç olarak, üreticilerin yenilenmiş ürünleri piyasaya sürerken yenilenmiş ve sıfır ürünler arasındaki rekabeti göz önünde bulundurmaları gerekmektedir¹⁶.

Yenileme işlemi ve yenilenmiş ürünlerin olumlu yansımaları yanında özellikle tüketiciler açısından olumsuz yansımalarında da bahsetmek mümkündür. Bu açıdan tüketicilerin, yenilenmiş ürünleri ikinci el ürün olarak görmeleri ya da bilmeleri, yenilenmiş ürünlerin satın alınması noktasında önemli bir engel olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte yenileme işlemlerinin düzgün bir şekilde gerçekleştirilmemesi de tüketici tercihlerini olumsuz şekilde etkileyebileceği gibi farklı hukuki sonuçların doğmasına da sebep olabilecektir¹⁷.

II. YENİLENMİŞ ÜRÜNLERİN SATIŞI VE SORUMLULUK

A. Yenilenmiş Ürünleri Satışı

Yenilenmiş ürünler ve bu ürünlerin satışına ilişkin düzenlemeler bir kenara bırakıldığında aslında burada olağan bir satış sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkün olmaktadır¹⁸. Satış sözleşmesi TBK'nin 207. maddesinin birinci fıkrasına göre satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir. Bununla birlikte ilgili ürünlerin satışına ilişkin birtakım özellikli hususların varlığı, TKHK ve Yönetmelik'te onun ayrıntılı düzenlemelerinin yapılması sonucunu doğurmuştur.

Yenilenmiş ürünlerin satışında, alıcı ile satıcı arasında yapılan sözleşme gereğince yetkili satıcı, yenilenmiş ürünün mülkiyetini devretme borcu altındayken tüketici de yenilenmiş ürünün bedelini ödemekle yükümlüdür. Bu açıdan yenilenmiş ürünlerin satışına ilişkin sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir sözleşme olarak kabul edilir.

B. Yenilenmiş Ürünlerin Satışında Taraflar ve Sorumlulukları

1. Yetkili Alıcı ve Yetkili Alıcının Sorumluluğu

a. Yetkili Alıcı

Yetkili alıcı, Yönetmeliğin 4. maddesinin (j) bendinde "*Kullanılmış malı yenilenmesi amacıyla yenileme merkezi adına alan ve yenileme merkezi tara-*

¹⁵ Chen, Hong, Ji, Shi, Wu, "Refurbished Products and Supply Chain Incentives", 28.

¹⁶ Chen, Hong, Ji, Shi, Wu, "Refurbished products and supply chain incentives", 28.

¹⁷ Bkz., Agostini; Bigliardi; Filippelli; Galati, "Seller Reputation, Distribution and Intention to Purchase Refurbished Products", 1.

¹⁸ Bkz., Şahin "Satış Sözleşmesi ve Tüketici Hukuku Bağlamında Yenilenmiş Ürünlerin Satışı", 300.

findan yetkilendirilmiş gerçek veya tüzel kişi" şeklinde tanımlanmaktadır. Tanımdan hareketle yetkili alıcı, kullanılmış olan ürünün yenilenebilmesi amacıyla onların teminini sağlayan kişi olarak ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle yetkili alıcı, sürecin başlangıcındaki ilk taraftır¹⁹.

Yetkili alıcı, kullanılmış ve yenileme işlemine tabi tutulmak istenen malı yenileme merkezi adına almaktadır. Dolayısıyla yetkili alıcı ile yenileme merkezi arasında tanımda da yer alan "Kullanılmış malı yenilenmesi amacıyla *yenileme merkezi adına alan...*" ifadesinde hareketle bir temsil ilişkisinin ve hatta doğrudan temsilin varlığından söz edilebilir²⁰. Yetkili alıcı, yenileme merkezini temsilen ilgili malları alır ve bu malların yenileme işlemlerine tabi tutulabilmesi için yenileme merkezine gönderir.

Yetkili alıcı, tüketiciden bu malları belirli bir bedel karşılığında almaktadır. Yönetmeliğin 11. maddesinin dördüncü fıkrasına göre yetkili alıcı, kullanılmış malın değerlendirme işlemini malın kendisine teslim edildiği veya ulaştığı tarihi takip eden üç işgünü içinde sonuçlandırır ve bu süre içinde tüketicinin bu değerlemeyi kabul ettiğine ilişkin onayını yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısıyla alır. Mala ilişkin yapılan bu değerlendirme ve tüketicinin onayı neticesinde yetkili alıcı, tüketicieye ödemeyi yapar ya da ödemenin yapılmasını sağlar. Ödeme süresi, tüketicieye önceden bildirilmesi ve onayının alınması koşuluyla üç işgününe kadar uzatılabilir. Bu ödeme miktarı, tüketicinin yeni bir mal satın aldığı durumda, yeni malın fiyatından indirilebilir.

b. Yetkili Alıcının Sorumluluğu

b.1. Kontrol Safhası

Yetkili alıcının sorumluluğu Yönetmeliğin 11. maddesinde düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 11. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında mala ilişkin "*kontrol*" safhasından söz edilmektedir. Buna göre yetkili alıcı, elektronik kimlik bilgisi bulunan kullanılmış mallar için Dijital Türkiye Portalı (e-Devlet) üzerinden malın "*Beyaz Liste*"de olup olmadığını kontrol eder. Yetkili alıcı, mala ait IMEI numarasının (Türkçe: Uluslararası Mobil Cihaz Kodu, Elektronik Kimlik Bilgisi/ İngilizce: International Mobile Equipment Identity) beyaz listede olup olmadığını araştırır. Her bir mala üretim aşamasında IMEI numarası yüklenmektedir. Bu hizmet ile malın yasal yollar ile ithal edilip edilmediği ve kayıp/çalıntı olup olmadığı mala ait IMEI numarasını sorgulatarak öğrenilebilmektedir²¹. Beyaz listeye alınmış bir IMEI numarası, üretici firma tarafından bir telefona resmen kayıtlı demektir. Kara listeye alınmış bir IMEI numarası ise küresel kayıtlı olarak kaybolduğu veya çalındığı bildirilmiş telefon anlamına gelmektedir.

¹⁹ Bkz., Şahin "Satış Sözleşmesi ve Tüketici Hukuku Bağlamında Yenilenmiş Ürünlerin Satışı", 311.

²⁰ Doğrudan temsile ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., M. Murat İncoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009) 46.

²¹ IMEI numarası, örneğin telefon ekranına *#06# yazılması suretiyle öğrenilebilmektedir.

Yetkili alıcı, Beyaz Liste araştırması dışında varsa garanti belgesi, fatura veya fatura yerine geçen perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihaz fişi, gider pusulası ve benzeri belgelerin kontrolünü yapar ve bu kontrole ilişkin işlem kayıtlarını saklar. Bununla birlikte yetkili alıcı ayrıca Yönetmeliğin 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre elektronik kimlik bilgisi bulunan kullanılmış malların en az bir yıl öncesine ilişkin data, ses ya da kısa mesaj kullanım trafiği bulunup bulunmadığını Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kayıtlarından kontrol etmelidir.

b.2. Onay ve Beyanların Alınması Safhası

Yetkili alıcı mala ilişkin kontrolleri gerçekleştirdikten sonra tüketiciden bazı hususlar hakkında onay ve beyanlar almalıdır. Yönetmeliğin 11. maddesinin üçüncü fıkrasında bu duruma ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre kullanılmış malın kişisel veri bulundurma özelliğinin bulunması halinde; yetkili alıcı tüketiciden, malın içinde bulunan verilerin yenileme merkezi tarafından herhangi bir veri işleme yapılmadan yok edileceğine ve bir daha bu verilere ulaşılamayacağına dair onayını ve malın yetkili alıcıya teslim tarihinden önceki her türlü hukuki, idari ve cezai sorumluluğun tüketicinin kendisine ait olduğuna dair beyanını alır. Kişisel verilerin korunması amacını güden bu düzenleme, kişisel veri bulundurma özelliğine sahip mallar için söz konusudur. Bu kapsamda kişinin sesi, görüntüsü, banka hesap bilgileri, mobil bankacılık bilgileri vb.'lerinin varlığı halinde, bunların yenileme merkezi tarafından yok edileceği, bir daha bu bilgilere ulaşılamayacağı hususlarında onay; malın yetkili alıcıya teslim tarihinden önceki her türlü sorumluluğun da tüketicieye ait olacağına ilişkin beyan alınmaktadır. Beyanın bir örneği tüketicieye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile verilir. Beyanın bir örneğinin tüketicieye verildiğinin ispat yükü ise yetkili alıcıya ait olmaktadır.

2. Yenileme Merkezi ve Yenileme Merkezinin Sorumluluğu

a. Yenileme Merkezi

Yenileme merkezi, Yönetmeliğin 4. maddesinin (h) bendinde "*Kullanılmış malın yenilenmesi, sertifikalandırılması ve bu Yönetmelikte belirtilen diğer işlemleri yürütmek üzere kurulan, Bakanlık veya Türk Standardları Enstitüsü'nün belirlediği standartları taşıyan ve Bakanlıktan aldığı yenileme yetki belgesine dayanarak faaliyet gösteren tüzel kişi*" şeklinde tanımlanmaktadır. Yenileme merkezi olarak faaliyet gösterilebilmesi için TKHK'nin 57/A maddesinin dördüncü fıkrasında da belirtildiği üzere Bakanlıkça onaylı yenileme yetki belgesinin alınması zorunludur. Yenileme merkezleri ile yenileme yetki belgelerine ilişkin bilgiler, Ticaret Bakanlığı'nın resmi internet sitesinde açıklanmaktadır.

Yönetmeliğin 8 vd. maddelerinde yenileme yetki belgesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır²². Yenileme yetki belgesinin geçerlilik süresi beş yıl olup belgenin geçerlilik süresi dolmadan yenilenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce kanun koyucu, belirli standartlara sahip ve profesyonel kişilerin bu yenileme işlemi yapmasını istediği için yenileme yetki belgesine ilişkin şartları ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir.

Yenileme merkezi sadece tüzel kişilerden oluşup, mallara ilişkin yenileme işlemlerinin yapılacağı merkezdir. Yönetmeliğin 12. maddesinin yedinci ve sekizinci fıkralarındaki düzenlemelerden hareketle yenileme merkezinin doğrudan tüketiciyle karşı karşıya gelip yetkili alıcı ya da yetkili satıcı sıfatına sahip olması da mümkündür. Böyle bir durumun varlığı halinde yetkili alıcı veya yetkili satıcıya ilişkin düzenlemelere, yenileme merkezinin uyması gerekmektedir.

Yenileme merkezleri, Yönetmeliğin 12. maddesinin on ikinci fıkrasına göre, Yönetmeliğin 8. maddesindeki sermaye şartı dışındaki diğer şartları sağlaması kaydıyla kendisine bağlı şubeler oluşturabilir ve de bu şubeler için de ayrı yenileme yetki belgesi alınması zorunludur. Ayrıca Yönetmeliğin 12. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca yenileme merkezi, ilgili standartta belirlenen yenileme işlemi kendisi yapabileceği gibi ihtiyaç duyulması halinde yenileme yetki belgesi almış diğer yenileme merkezlerinden de hizmet alabilir.

²² Yönetmelik Madde 8:

“(1) Yenileme yetki belgesinin alınabilmesi için;

a) Bakanlıkça veya Türk Standardları Enstitüsü tarafından belirlenen düzenleme veya standartlarda yer alan özelliklere uygun olarak alınmış hizmet yeri yeterlilik belgesine sahip olunması,

b) Ticaret odasına kayıtlı olunması,

c) Kurumlar vergisi mükellefi olunması,

ç) Ticaret şirketlerinin temsile yetkili kişilerinin;

1) On sekiz yaşını doldurmuş olması,

2) İflas etmemiş veya iflas etmiş olsa bile itibarının yerine gelmiş olması,

3) Kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıldan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş veya devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı suçlar; casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörizmin finansmanı, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme, işkence, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı, cinsel taciz, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama, bilişim suçları ile özel hayata veya hayatın gizli alanına karşı işlenmiş suçlardan hüküm giymemiş veya ticaret ve sanat icrasından hükmen yasaklanmamış olması,

d) On milyon Türk Lirasından az olmamak üzere ödenmiş sermayeye sahip olunması,

e) Bakanlık tarafından ilan edilecek diğer hususların sağlanması, gereklidir.”

b. Yenileme Merkezinin Sorumluluğu

b.1. Yenileme İşleminin Önce ve Yenileme İşlemi Esnasında

Yenileme merkezinin en önemli işlevi düzenleme ve standartlara uygun olacak şekilde malın yenilenmesi sağlayarak onu satışa uygun hale getirmektir. Bu kapsamda yenileme merkezi yenileme işlemi yaparken, onarım veya parça değişikliği gerekiyorsa bu onarım ve değişikliğin yapılmasını, önceki kullanıcıya ait kişisel veriler dâhil tüm bilgilerin yok edilmesini, fabrika ayarlarına getirilmesini, performansının ve tüm fonksiyonlarının gerektiği gibi çalıştığının test edilmesini sağlamaktır.

Yenileme merkezi, Yönetmeliğin 12. maddesinin üçüncü fıkrasına göre yetkili alıcı tarafından mala ilişkin olarak yapılması gereken kontrollerin gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol eder ve şartları taşımayan bir mal tespit ederse, bunları yenileme işlemine tabi tutmaz. Ayrıca yenileme merkezi, yenileme işlemi gerçekleştirirken kullanılmış malın elektronik kimlik bilgisini de değiştiremez.

b.2. Yenileme İşleminin Tamamlanmasından Sonra

Yenileme işleminin tamamlanmasından sonra yenileme merkezinin ilgili mal için sertifikalandırma işlemi de gerçekleştirmesi gerekmektedir. Yönetmeliğin 12. maddesinin altıncı fıkrasına göre yenileme merkezi yenilediği kullanılmış malın sertifikalandırma işlemi, Türk Standardları Enstitüsü tarafından numaralandırılmış hologramlı sertifika formunu kullanarak ve ticari unvanı, iletişim bilgileri, yenileme yetki belgesi ve yenileme işlemine ilişkin bilgileri içeren karekod ile güvenliğini sağlayacak şekilde yapar ve bu sertifikanın yenilenmiş ürünle birlikte yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısıyla verilmesini sağlar.

b.3. Zararların Tazmini

Yönetmeliğin 12. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre yenileme merkezi, yapılan yenileme işlemi nedeniyle yenilenmiş ürünün bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde zararın tazmininden sorumludur. Kişiye verilen zararlar, hayat ya da bedensel bütünlüğe yapılan birtakım saldırılar neticesinde ortaya çıkan zararlar; mala verilen zararlar ise kişilerin mallarının hasara uğratılması sonucu ortaya çıkan zararlardır²³.

Yenilenmiş ürünlerde ortaya çıkan bu tür zararlardan yenileme merkezi sorumlu tutulmaktadır. Örneğin yenilenmiş bir cep telefonu satın alan kişi, bu cep telefonunun bataryasında yaşanan ve telefonun oldukça fazla ısınma-

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Murat Topuz, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, B.2, 2020) 151 vd.

sına sebep olan bir arıza nedeniyle telefonun patlaması neticesinde zarara uğrayabilir. Olay neticesinde zararın kişiye ya da mala gelmesi söz konusu olabilmektedir. Benzer şekilde yenilenmiş üründe kişinin görüntü ya da ses kayıtlarının kalmış olması kişiye verilen zararlar kapsamında değerlendirilebilir ve bu durum, manevi zarar ile manevi tazminatı doğurabilir. Yenileme merkezi, ortaya çıkan zarardan sorumlu olacak ve bu zararın tazminini gerçekleştirecektir.

3. Yetkili Satıcı ve Yetkili Satıcının Sorumluluğu

a. Yetkili Satıcı

Yetkili satıcı, Yönetmeliğin 4. maddesinin (k) bendinde *“Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye yenilenmiş ürün sunan ya da yenilenmiş ürün sunanın adına veya hesabına hareket eden ve yenileme merkezi tarafından yetkilendirilmiş gerçek veya tüzel kişi”* olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü gibi yetkili satıcı, tüketiciye yenilenmiş ürünleri doğrudan sunabileceği gibi yenilenmiş ürün sunanın adına veya hesabına hareket eden kişi de olabilmektedir. Burada yetkili satıcı ile yenileme merkezi arasında bir temsil ilişkisinin varlığından söz edilebilmektedir. Düzenlemede sadece yenilenmiş ürün sunanın adına değil; ayrıca onun hesabına da hareket edilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Bu açıdan temsil ilişkisinin her iki türünün de kabul edildiği söylenebilir²⁴.

Yetkili satıcının yenilenmiş ürün satabilmesi için yenileme merkezi tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir. Yetkisi olmadığı hâlde yenilenmiş ürün adı altında cep telefonu veya tablet satanlara ceza uygulanmaktadır. 7392 Sayılı Kanun’un 15. maddesindeki düzenlemeyle TKHK’nin 77. maddesine idari para cezası hakkında bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre 57/A maddesine aykırı hareket edenler hakkında, yenileme yetki belgesi gerektiren mallarla ilgili olarak belgesi olmaksızın yenileme faaliyetinde bulunması hâlinde beş yüz bin Türk Lirası; yenilenmiş ürün satışında tespit edilen aykırılık ve eksikliklerle ilgili olarak her bir işlem için beş yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

b. Yetkili Satıcının Sorumluluğu

b.1. Genel Olarak

Yetkili satıcının sorumluluğuna ilişkin olarak Yönetmeliğin 13. maddesinde bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre yetkili satıcı, yenilenmiş ürün için yapılan işlemler, değiştirilen parçalar ve garantiye ilişkin hususlarda tüketiciyi bilgilendirmelidir. Ayrıca yetkili satıcı, yenilenmiş ürünler hakkında yapılan reklam ve ilanlarda yer alan ifadelerden de sorumlu olmaktadır.

²⁴ Bkz., Şahin “Satış Sözleşmesi ve Tüketici Hukuku Bağlamında Yenilenmiş Ürünlerin Satışı”, 300.

Bunların dışında yenilenmiş ürünler için hazırlanan Türkçe tanıtma ve kullanma kılavuzuyla tüketiciye verilmesini sağlamak zorundadır.

b.2. Yetkili Satıcının Ayıp ve Zapttan Doğan Sorumluluğu

Yetkili satıcı ile tüketici arasında bir satış sözleşmesinin varlığından söz edilir. Bu durumda yetkili satıcının, yenilenmiş üründe ortaya çıkan ayıplardan sorumluluğu da gündeme gelebilecektir. Bu açıdan yetkili satıcı ile tüketici arasında bir tüketici işlemi söz konusu olduğundan TKHK'nin 11 vd. maddelerindeki hükümlerin öncelikle uygulanması gerekir. Özellikle bu tür ürünlerde gizli ayıpların ortaya çıkması muhtemeldir. Benzer şekilde yetkili satıcının, zapttan doğan sorumluluğu da gündeme gelebilecek ve böyle bir durumun varlığı halinde TBK'nin zapta ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Yönetmeliğin 13. maddesinin beşinci fıkrasına göre yetkili satıcı ile ilgili yenileme merkezi, ayrı tüzel kişiliklere sahip olsalar da yenilenmiş ürüne ilişkin tüketicinin yasal haklarından müteselsil sorumlu olmaktadırlar.

III. YENİLENMİŞ ÜRÜNLERİN GARANTİSİ, SATIŞ SONRASI HİZMETLER, TANITMA VE KULLANMA KILAVUZU İLE YENİLENMİŞ ÜRÜNLERE İLİŞKİN REKLAMLAR

A. Yenilenmiş Ürünlerin Garantisi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili yönetmeliklerde malların garantisine ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. TKHK'nin 56. maddesinde garanti belgesi, 57. maddesinde de ihtiyari garanti düzenlenmektedir. TKHK'nin 56. maddesinin birinci fıkrasına göre üretici ve ithalatçılar, tüketiciye yönelik üretilen veya ithal edilen mallar için içeriği yönetmelikle belirlenen bir garanti belgesi düzenlemek zorundadır. Burada zorunlu garantiden bahsediliyor olup bir garanti belgesinin düzenlenmesi gerekliliği belirtilmektedir²⁵. İhtiyari garantiden ise üretici ya da ithalatçı tarafından sağlanan ilave bir taahhüdün varlığı anlaşılmalıdır.

Yenilenmiş ürünlerin garantisine ilişkin olarak hem TKHK'de hem de Yönetmelikte kapsamlı düzenlemeler yer almaktadır. TKHK'nin 57/A maddesinin ikinci fıkrasında yenilenmiş ürünlerde garanti süresinin malın tüketiciye tesliminde itibaren asgari bir yıl olacağı belirtilmektedir²⁶. Bununla birlikte ilgili fıkranın ikinci cümlesinde özelliği nedeniyle bazı malların garanti şartlarının Bakanlıkça başka bir ölçü birimi ile de belirlenebilir olacağı yönünde bir değerlendirme de bulunmaktadır²⁷.

²⁵ Ayrıca bkz., Murat Aydoğdu; Nalan Kahveci, Tüketici Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021) 172; M. Murat İnceoğlu, "Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015) 221-222; Elif Beyza Akkanat Öztürk, Tüketici Satımında Garanti Belgesinin Hukuki Niteliği, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019) 32.

²⁶ Benzer düzenleme Yönetmeliğin 14. maddesinin ikinci fıkrasında da yer almaktadır.

²⁷ Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin ekinde yer alan ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Garanti Belgesi ile Satılması Zorunlu Olan Ürünler Listesi'nde de cep

Yönetmeliğin 14. maddesinin birinci fıkrasına göre yenileme merkezi tüketicinin yasal hakları saklı kalmak kaydıyla yenilenmiş ürünle ilgili değişim, onarım, bakım, bedel iadesi, bedel indirimi ve benzeri hususlarda taahhütlerini içeren yenilenmiş ürün garantisi vermek zorundadır. Yönetmeliğin 5. maddesinin beşinci fıkrasına göre de yenilenmiş ürün garantisinden ve garanti süresince verilecek bakım, onarım ve montaj gibi satış sonrası hizmetlerden yetkili satıcı ve yenileme merkezi müteselsilen sorumludur²⁸. Bu noktada kanun koyucu, yenilenmiş ürünlerin garantisinden yetkili satıcı ile yenileme merkezini müteselsil sorumlu kılarak, tüketicinin lehine olacak bir düzenleme getirmiştir²⁹. Ayrıca yenilenmiş ürünler açısından ihtiyari garantinin de şartların oluşması kaydıyla gündeme gelmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Yenilenmiş ürünlerde garantiye ilişkin olarak garanti taahhüdünde birtakım bilgilerin bulunması zorunlu olacağı gibi bu taahhüdün tüketiciye yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile verilmesi de gerekmektedir. Bu konu hakkında sorumluluk, yetkili satıcıya aittir.

Yenilenmiş ürünlerin garanti süresi içerisinde ücretsiz onarım³⁰ veya ayıpsız yenilenmiş misliyle değişimi haklarından biri seçilmişse, bu talebin yenileme merkezine veya yetkili satıcıya yöneltilmesinden itibaren azami yirmi iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Bu süre, ürünün yetkili satıcıya ya da yenileme merkezine teslim edilmesiyle başlar (Yönetmelik md. 14/5). Tüketicinin bedel iadesi veya bedel indirimi hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya yapılan indirim tutarı derhâl tüketiciye iade edilir (Yönetmelik md. 14/6).

Tüketicinin, yenilenmiş ürünleri yenileme merkezi tarafından hazırlanan tanıtma ve kullanma kılavuza aykırı olacak şekilde kullanması durumunda, garanti taahhüdünden faydalanmaları mümkün değildir (Yönetmelik md. 14/8).

telefonları ya da bilgisayarlar için garanti sürelerinin belirlenmesinde yıl kriteri dışında şu an için herhangi bir başka ölçü birimi ortaya koyulmamıştır.

²⁸ Yönetmelik Madde 12/10: "Yenileme merkezinin herhangi bir şekilde ticari faaliyetinin sona ermesi, yetki belgesinin yenilenmemesi veya iptal edilmesi halinde, yenilenmiş ürün garantisi süresince bakım ve onarım hizmetlerinin sunulmasından yetkili satıcı ve yenileme merkezi müteselsilen sorumludur."

²⁹ Yönetmelik hükmü ile müteselsil sorumluluk yaratılması mümkün değildir. Özellikle TBK'nin 162. maddesindeki düzenleme dikkate alındığında müteselsil borçluluk sadece kanun hükmü veya taraf iradesiyle oluşturulabilmektedir. Bu açıdan Yönetmelik ile bu tür bir sorumluluğun düzenleniyor olması tartışmalı bir husus olarak ortaya koyulabilir.

³⁰ Yönetmelik Madde 14/7: "Yenilenmiş ürünün tamirinin tamamlandığı tarih tüketiciye telefon, faks, e-posta, iadeli taahhütlü mektup ve benzeri bir yolla bildirilir. Uyuşmazlık halinde bildirimle ilişkin ispat yükü yetkili satıcıya ve yenileme merkezine aittir."

B. Yenilenmiş Ürünlerde Satış Sonrası Hizmetler

Satış sonrası hizmetler TKHK'nin 58. maddesi ile Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Satış sonrası hizmetlerde, ilgili malın kullanım ömrü³¹ süresince, satış sonrası bakım ve onarım hizmetlerinin sağlanması gündeme gelmektedir³². Satış sonrası hizmet verme yükümlülüğü üretici ve ithalatçıya getirilmiştir. Üretici veya ithalatçılar, yönetmelikle belirlenen mallar için Bakanlıkça onaylı satış sonrası hizmet yeterlilik belgesi almak zorundadır. Mala ilişkin satış sonrası hizmetler verilmesi, tüketicinin ilgili maldan olabildiğince uzun ve verimli faydalanmasını sağlamak amacıyla bunu teminat altına almaktır³³.

Yenilenmiş ürünler açısından da bu ürünlere ilişkin satış sonrası hizmetlerin sağlanması gerekir. Garanti süresince verilecek bakım, onarım ve montaj gibi satış sonrası hizmetlerden yetkili satıcı ve yenileme merkezi müteselsilen sorumludur. Garanti süresinin sona ermesinden sonra ise yenileme merkezinin satış sonrası hizmetlerden dolayı sorumluluğu devam etmelidir.

C. Yenilenmiş Ürünlerde Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu

Bir malın nasıl kullanılacağı; kurulumunun, bakımının ve montajının ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin olarak tüketicilere tanıtma ve kullanma kılavuzu verilmesi zorunludur. Tanıtma ve kullanma kılavuzuna ilişkin düzenlemeler hem TKHK'nin 55. maddesinde hem de Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu Yönetmeliği'nde yer almaktadır.

Yenilenmiş ürünler açısından da bir tanıtma ve kullanma kılavuzunun verilmesi gerekmektedir. Yönetmeliğin 5. maddesinin yedinci bendinde bu durum *"Yenilenmiş ürünün Türkçe tanıtma ve kullanma kılavuzuyla satışa sunulması zorunludur. Türkçe tanıtma ve kullanma kılavuzunun hazırlanması sorumluluğu yenileme merkezine, tüketicilere verilmesi ve teslim edildiğinin ispat yükü ise yetkili satıcıya aittir. Türkçe tanıtma ve kullanma kılavuzu yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısıyla verilebilir."* denilmek suretiyle açık bir şekilde düzenlenmiştir.

D. Yenilenmiş Ürünlerle İlişkin Reklamlar

Reklam, bir mal veya hizmetin tanıtılması ve satışının gerçekleştirilebilmesi açısından son derece önemli bir faaliyet olarak ortaya çıkmaktadır³⁴.

³¹ Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (g) bendine göre kullanım ömrü, malın, tüketicilere teslim tarihinden başlayan ve bu Yönetmeliğe ekli listede yer alan her mal grubu için tespit edilen süreleri ifade etmektedir.

³² Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021) 1063.

³³ Bkz., Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1063.

³⁴ Bkz., Emrehan İnal; Başak Baysal, Reklam Hukuku ve Uygulaması, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008) 5 vd.; Numan Tekelioğlu, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016) 5.

Ürüne ilişkin yapılan reklamlar neticesinde tüketicilerin bilgi sahibi olmaları sağlanırken; aynı zamanda bilinçaltılarında ürüne ilişkin bir iz bırakılması da söz konusudur³⁵.

Yenilenmiş ürünlere ilişkin reklam yapılması mümkündür. Bu reklamlar yapılırken tüketicinin doğru bir şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yönetmeliğin 5. maddesinin dördüncü fıkrasında *“Yenilenmiş ürünün ambalajında, etiketinde, reklam ve ilanlarında tüketicinin kolaylıkla algılayabileceği bir şekilde, “yenilenmiş ürün” ibaresine ve yenileme merkezinin bilgisine yer verilerek satışa sunulması zorunludur. Yenileme işlemi yapılırken yenilenen tüm parçaların üretici ya da üreticinin yetki verdiği ithalatçı onaylı parçalar olması halinde, “üretici onaylı parçalar kullanılarak yenilenmiş ürün” ibaresine de yer verilir.*” düzenlemesi bulunmaktadır³⁶. Bu ve benzeri ibarelerin yenilenmiş ürünün reklamlarında, ilanlarında, ambalaj veya paketlerinde yer alıyor olması, ilgili ürünler hakkında tüketicilerin daha iyi bilgi sahibi olmaları ile tüketicilerin yenilenmiş ürünlere olan güvenini artırıcı bir rol oynadığı söylenebilir.

Yönetmeliğin 5. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre ise yenileme yetki belgesi bulunmayanlar veya bu belgeye sahip firmalara bağlı yetkili alıcı ve yetkili satıcı vasfını taşımayanlar tarafından yenilenmiş ürün algısı oluşturacak şekilde reklam ve ticari uygulama yapılamaz³⁷. Görüldüğü üzere yenilenmiş ürünlere ilişkin reklam yapılabilmesi için bir yetkinin ya da yetki belgesinin varlığı aranmaktadır. Aksi hâlde yapılan reklam ve ticari uygulamalar aldatıcı ve haksız olmaktadır.

³⁵ Aydoğdu, Kahveci, Tüketici Hukuku, 147.

³⁶ Ayrıca bkz., LG München I, Endurteil vom 30.07.2018, Az. 33 O 12885/17, www.dejure.com, Erişim Tarihi: 5.06.2022.

³⁷ “...Yapılan incelemeler sonucunda; firmaya gönderilmiş olan 18 Ocak 2022 tarihli savunma talep yazısı itibariyle firmanın yenileme yetki belgesi ya da yetkili satıcı hizmet belgesi olmadığı ve yetkisiz olarak yenilenmiş ürün satışı yaptığı, bu durumda da söz konusu reklamların yanıltıcı nitelikte olduğu ve dürüst rekabet ilkelerine aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmiş olup,

Dolayısıyla inceleme konusu tanıtımların;

- Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 28/1, 28/2, 29/1, 29/2 ve 32'nci maddeleri,

- Yenilenmiş Ürünlerin Satışı Hakkında Yönetmelik'in 5/1, 5/2, 5/4 ve 13/2 maddeleri,

- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61 ve 62'nci maddeleri hükümlerine aykırı olduğuna,

Buna göre, reklam veren F1 Bilişim Teknoloji San. Tic. A.Ş hakkında, 6502 sayılı Kanun'un 63, 77/12 ve 77/13'üncü maddeleri uyarınca anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.” Bkz., Reklam Kurulu, D. 2022/98, T. No. 319, T. 8.3.2022, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 11.05.2022.

SONUÇ

Yenilenmiş ürünler, donanım, yazılım veya fiziki özelliklerinde iyileştirme yapılarak tekrar satışa sunulan kullanılmış mallardır. Türk Hukuku açısından yenilenerek satışa sunulabilecek kullanılmış mallar, şu an itibariyle sadece cep telefonları ve tabletlerdir. Diğer ülkelerde olduğu gibi bu kapsamın artırılması daha uygun olacaktır. Yenilenmiş ürün yelpazesinin genişlemesi olumlu sonuçlar doğurur.

Bir ürünün, yenilenmiş ürün olarak kabul edilebilmesi için Yönetmeliğin ekinde belirtilen ürünlerden birinin olmasının yanı sıra bir yenileme işlemine de tabi tutulması gerekmektedir. Bu açıdan yenileme, yeniden imalattan ayrılmaktadır.

Ekonomik ve çevresel faktörler dikkate alındığında yenileme işlemi ile bununla bağlantılı olarak yenilenmiş ürünlerin satışının bazı olumlu ve olumsuz yansımalarından bahsedilebilir. Atık sayılabilecek dijital çöplerin ekonomiye tekrar kazandırılması, çevre kirliliğinin önüne geçilmeye çalışılması, yeni iş kollarının ortaya çıkması ve tüketicilerin daha ucuz fiyatlarla mal elde edebilecek olmaları olumlu yansımalar olarak değerlendirilir. Olumsuz yansıma ise daha çok tüketici kaynaklı olup yenilenmiş ürünlere ilişkin bilgi eksikliğinden bu tür malların alınmasında tereddütlü davranışlar olarak kendini göstermektedir.

Yenilenmiş ürünlerin satışı, düzenlemeler bir kenara bırakıldığında aslında olağan bir satış sözleşmesinden farksızdır. Ancak yenilenmiş ürünlerin özellikli birtakım hususlara sahip olması, ilgili düzenlemelerin yapılması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Yenilenmiş ürünlerin satışında yetkili alıcı, yenileme merkezi ve yetkili satıcı taraf olarak rol almaktadır. Bu açıdan yenileme süreci, yetkili alıcı ile başlamakta; yenileme merkezi tarafından gerekli yenileme işlemlerinin yapılması açısından devam etmekte ve yetkili satıcıyla birlikte de yenilenmiş ürün, tüketici ile buluşturulmaktadır. Yenilenmiş ürünlerin satışında tarafların görev ve sorumlulukları Yönetmelikle belirlenmiştir.

Yenilenmiş ürünler nihayetinde bir ürün olduğundan bunlar için de garanti, satış sonrası hizmetler, tanıtma ve kullanma kılavuzu ile reklamlardan bahsetmek mümkündür. Her ne kadar söz konusu durumlara ilişkin sorumlulukların kanunla düzenlenmesi gerekirken Yönetmelikle düzenlenmiş olması normlar hiyerarşisi açısından problemli bir durum olarak görülse de yenilenmiş ürünler açısından bu özellikli meselelerin gündeme getirilmesi sevindiricidir. Yenilenmiş ürünleri alma noktasında tereddütlü davranan tüketiciler, bu ve benzeri düzenlemelerin varlığıyla kendini güvende hissetmekte ve yenilenmiş ürünleri tercih etme noktasında istekli davranmaya başlamaktadır.

KAYNAKÇA

- Agostini, Lara; Bigliardi, Barbara; Filippelli, Serena; Galati, Francesco. "Seller Reputation, Distribution and Intention to Purchase Refurbished Products". *Journal of Cleaner Production* 316, (2021): 1-11.
- Akkanat Öztürk, Elif Beyza. *Tüketici Satımında Garanti Belgesinin Hukuki Niteliği*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan. *Tüketici Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Çayırtaş, Filiz; Sakıcı, Şehnaz. "Avrupa Yeşil Mutabakatı (Green Deal) ve Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri Perspektifinde Sürdürülebilir Dijital Pazarlama Stratejileri". *Gaziantep University Journal of Social Sciences* 20, S. 4, (2021): 1916-1937.
- Chen, Zhixin; Hong, Shijian; Ji, Xiang; Shi, Ruixia; Wu, Jie. "Refurbished Products and Supply Chain Incentives". *Annals of Operations Research* 310, (2022): 27-47.
- İnal, Emrehan; Baysal, Başak. *Reklam Hukuku ve Uygulaması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008.
- İnceoğlu, M. Murat. *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- İnceoğlu M. Murat. "Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu". Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015): 153-238.
- Nasiri, Mohammad Sadegh; Shokouhyar Sajjad. "Actual Consumers' Response to Purchase Refurbished Smartphones: Exploring Perceived Value From Product Reviews in Online Retailing". *Journal of Retailing and Consumer Services* 62 (2021), www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0969698921002186?via%3Dihub : 1-13.
- Niu, Baozhuang; Xie Fengfeng. "Incentive Alignment of Brand-Owner and Remanufacturer Towards Quality Certification to Refurbished Products". *Journal of Cleaner Production* 242, (2020), www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0959652619331841?via%3Dihub: 1-17.
- Şahin, Mustafa. "Satış Sözleşmesi ve Tüketici Hukuku Bağlamında Yenilenmiş Ürünlerin Satışı". *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, 2(2021): 291-317.
- Tekelioğlu, Numan. *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Topuz, Murat. *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, B.2, 2020.

GEÇİCİ KORUMA İLE İLGİLİ BAZI KONULAR ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*Salımya GANIYEVA**

GİRİŞ

Geçici koruma, büyük ölçekte meydana gelen sığınma olaylarında acil çözümler bulmak üzere geliştirilen bir koruma türüdür¹. Ülkemiz açısından da bu durum güncelliğini korumakta, zira Türkiye dönem dönem kitlesel akınlarla karşı karşıya kalan bir ülke konumundadır². Türkiye'ye yönelik yoğun kitlesel sığınma olayları, aslında yeni olmayıp, 1979 yılında başlayarak, 1980, 1990 ve 2000'li yıllara kadar her geçen yıl giderek artmış ve son olarak 2010 yılının sonunda Arap Baharının başlaması ile Suriye Arap Cumhuriyeti'nde iç savaşın meydana gelmesi sonucunda Türkiye'ye sığınan yabancıların sayıları milyonlara ulaşmıştır³. Hal böyle olunca, kitlesel akın şeklinde Türkiye'ye sığınan yabancılara sağlanan korumanın Türk Hukukunda düzenlenmesi icap etmiştir. Bu itibarla, her ne kadar "geçici koruma" olarak ifade edilmese de, 1994 tarihli Göç ve İltica Yönetmeliği'nin⁴ 9 ila 26. maddeleri arasında "sınırlarımıza topluca gelen veya sınırlarımızı topluca geçen" yabancılara sağlanacak koruma düzenlenmişti. Geçici koruma müessesesi Türk Hukukunda ilk defa kanun düzeyinde 6458 sayılı ve 2013 tarihli Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁵ ile düzenlenmiş ve 91. maddenin 1. fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir: "*Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir*". Anılan maddenin 2. fıkra hükmüne istinaden 2014 yılında Geçici Koruma Yönetmeliği⁶ kabul edilmiştir. Yönetmeliğin 3/1(f). maddesi uya-

* Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, s.ganiyeva@atauni.edu.tr.

1 Bülent Çiçekli, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2016), 305.

2 Nuray Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, (Yabancılar), 4. Baskı, (İstanbul: Beta, 2016), 164.

3 Tevfik Odman, Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 363; Sibel Özel, "Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü", YÜHFD, C.XVII, S. 2 (2020): 712.

4 1994 tarihli Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG: 20.11.1994-22127.

5 RG: 11.04.2013-28615. Bundan sonra kısaca 6458 sayılı YUKK olarak anılacaktır.

6 RG: 22.10.2014-29153. Bundan sonra kısaca Yönetmelik olarak anılacaktır.

rınca, geçici koruma “Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılara sağlanan koruma”yı ifade etmektedir. Görüldüğü üzere, Yönetmelikte “geçici koruma” daha geniş tanımlanmakla birlikte, Kanundan farklı olarak, “kitlesel akın” kavramına da ayrıca yer verilmiştir. Buna göre, “kitlesel akın”: “Aynı ülkeden veya coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen ve söz konusu sayılar nedeniyle bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin usulen uygulanabilir olmadığı durumları” (Yönetmelik, m. 3/j) kapsamaktadır⁷. Geçici koruma, genellikle çatışma veya insan hayatını tehlikeye sokacak yaygın şiddet bölgelerinden kitlesel olarak gelen yabancılara sağlanabilmektedir. Geçici koruma sağlanan yabancılara valilikler tarafından “Geçici Koruma Kimlik Belgesi” düzenlenip (GK Yön, m. 22/1), bunların hak ve yükümlülükleri Yönetmelikte belirtilmiştir. Türkiye’de geçici koruma sağlanan yabancılardan tipik örneğini Suriyeliler teşkil ettiği için, Ekşi’ye⁸ göre, Suriyeli sığınmacılar için “geçici korunan Suriyeliler” ifadesinin kullanılması daha açıklayıcı olabilmektedir. Geçici koruma ile ilgili mevzuatın on yıl kadar süredir kabul edilmesine rağmen, yine de tebliğimizde bazı konulara dikkat çekmeyi uygun görmekteyiz. Örneğin, geçici koruma amacıyla Türkiye sınırlarına belgesiz veya geçersiz belge ile gelen yabancılardan kayıt esnasında menşe ülkeleri ile ilgili doğru bilgileri vermemeleri veya gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmaları durumunda yaptırımın uygulanması yerinde olabilirdi. Bunun gibi, tebliğimizde yer vermek istediğimiz konular arasında çalışma hakkı çerçevesinde geçici koruma kapsamındaki yabancılara da belli şartlar altında Turkuaz Kartın verilebilmesi, geçici koruma statüsünün bireysel olarak sona ermesi ve yine geçici koruma devam ederken geçici koruması bireysel olarak sona erenlerin yeniden geçici koruma hükümlerinden istifade edebilmesi de vardır. Aynı şekilde, geçici korunanların sınır dışı edilebilmesi gibi, geçici korunanlar bakımından vatanlaşlık esasına göre uygulanacak hukukun tayini meselesine de tebliğimizde yer verilmiştir.

⁷ Türk hukukunda geçici koruma ile ilgili düzenleme yapılırken, 2001/55/EC sayılı Geçici Koruma Yönergesi (AB GK Yönergesi) de dikkate alınmıştır. Council Directive 2001/55/EC Of 20 July 2001 On Minimum Standards for Giving Temporary Protection in The Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving Such Persons and Bearing The Consequences Thereof; bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32001L0055> (Erişim tarihi 02.03.2022).

⁸ Nuray Ekşi, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi” (Geçici Koruma Yönetmeliği), İstanbul Barosu Dergisi, C. 8, S. 6 (2014): 79.

I. GEÇİCİ KORUMA AMACIYLA TÜRKİYE SINIRLARINA BELGESİZ VEYA GEÇERSİZ BELGE İLE GELEN YABANCILARIN KAYIT ESNASINDA GERÇEĞE AYKIRI BEYANLARDA BULUNMASINA KARŞIN YAPTIRIM UYGULAMASI

A. BELGESİZ VEYA GEÇERSİZ BELGE İLE GELEN YABANCILARIN KAYIT İŞLEMLERİ İLE İLGİLİ YÖNETMELİKTEKİ DÜZENLEME ve GERÇEĞE AYKIRI BİLGİLERİN SUNULMASI

Ülkeye giriş ve çıkışlarda zorunlu olan belge ibrazı hem 5682 sayılı ve 1950 tarihli Pasaport Kanunu (m. 2/1)⁹ hem de 6458 sayılı YUKK'da (m. 6/1) ile hüküm altına alınmıştır. Fakat geçici koruma ile ilgili sınır geçişlerinde zorunlu belge ibrazına bir esneklik getirilmiştir. Şöyle ki, *"Sınır kapılarına veya sınır geçiş yerlerine belgesiz veya geçersiz belgeyle geçici koruma amacıyla gelen yabancıların girişlerine valiliklerce izin verilebilir"* (Yön. m. 17/2). Hükümden de anlaşıldığı üzere, geçici koruma amacıyla belgesiz veya geçersiz belge ile Türkiye sınırlarına gelen yabancıların da ülkeye girişlerine izin verilebilecektir. Aslında bu son derece önemli bir düzenlemedir, zira silahlı çatışma ve savaşlardan kaçan insanların çoğu zaman kimliklerine ilişkin belge ya da herhangi bir değerli eşyayı yanına almaları için az bir zamanları dahi olmayabilir. Çünkü tek amaçları kendileri ile birlikte yakınlarının canlarını kurtarmaktır. Ülkeye girişlerinin ardından geçici koruma amacıyla gelen yabancıların *kayıt* işlemleri yapılmakta ve buna yönelik düzenleme Yönetmeliğin 21. maddesinde¹⁰ yer almaktadır. Fakat konumuz açısından dikkat çekmek istediğimiz hükme 21. maddenin 1. fıkrasının "c" bendinde yer verilmiştir. Hükme göre, *"kimliğine ilişkin belge sunamayan yabancıların, aksi ispat edilinceye kadar beyanı esas alınır"*. Fakat hükümden de anlaşıldığı üzere, kayıtlar oluşturulurken menşe ülke ile ilgili doğru bilgilerin verilmemesi veya gerçeğe aykırı beyanların sunulması durumunda Yönetmelikte herhangi

⁹ RG: 24.07.1950-7564.

¹⁰ Madde 21: "(1) Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancıların kaydı, yeterli donanımına sahip ve kayıt işlemlerinin kesintiye uğramadan tamamlanmasını sağlayacak ayrı bir yerde, kayıt usulleri ve gereklilikleri konusunda eğitim almış, Genel Müdürlük personeli tarafından yapılır. (2) Kayıt işlemleri aşağıdaki şekilde yürütülür. a) Kayıt işlemlerinde gizlilik esas olup, bu amaçla gerekli tedbirler alınır. b) Genel Müdürlük tarafından şekli ve içeriği belirlenecek kayıt formu doldurulur. c) Kimliğine ilişkin belge sunamayan yabancıların, aksi ispat edilinceye kadar beyanı esas alınır. ç) Fotoğraf, parmak izi ya da kimlik tespitine elverişli diğer biyometrik veriler alınır, merkezi veri tabanına kaydedilir, mevcut biyometrik verilerle eşleştirilir. d) Kayıt altına alınan yabancıların bilgileri derhal Genel Müdürlüğe iletilir. e) Yabancıların bilgileri ilgili mevzuat kapsamında dosyalanır ve elektronik ortamda da saklanır. (3) Geçici korumadan yararlananların Türkiye'de doğan çocuklarının da en kısa sürede kayıt işlemleri yapılır. (4) Yabancıların kayıt bilgileri; doğum, ölüm, evlilik, boşanma, gönüllü geri dönüş gibi hallerde güncellenir. (5) Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancılar, adres kayıt sistemine kaydedilir. Ancak 8 inci maddenin birinci fıkrası kapsamına girenlerin adres kayıt sistemine kayıtlarının yapılmasına Genel Müdürlük tarafından karar verilir". Belirtmek gerekir ki, 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 18. maddesiyle Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün adı, Göç İdaresi Başkanlığı olarak değiştirilmiştir (RG: 29.10.2021-31643).

bir yaptırımdan bahsedilmemiş ve yalnızca aksi ispat edilinceye kadar bu beyanların esas alınacağı belirtilmiştir. Oysa bilinçli olarak verilen gerçeğe aykırı beyanlara karşı bir yaptırımın uygulanması isabetli olabilirdi ki, bu duruma doktrinde de dikkat çekilmiştir. Ekşi'ye¹¹ göre, geçici koruma amacıyla Türkiye'ye gelen Suriyelilerin birçoğuna geçici koruma kimlik belgesi beyanları üzerine düzenlenmiş ve gerçekte aralarında herhangi bir hukuki bağ bulunmadığı halde, bazı kişiler kayıtlarda yakın akraba olarak gösterilmiştir (eş, kardeş, ana-baba, çocuklar vs). Ancak bu kayıtların düzeltilmesi için daha sonra idari makamlara başvurulduğu gibi, mahkemelerde de birçok dava açılmıştır.

B. GERÇEĞE AYKIRI BİLGİLERİN DÜZELTİLMESİ İÇİN İDARI VE ADLİ MAKAMLARA BAŞVURULMASI

Kayıt işlemleri sırasında yalan beyanda bulunan veya gerçeğe aykırı bilgileri sunan yabancılar, daha sonraki süreçte bunların düzeltilmesi için, yukarıda da belirtildiği üzere, idari ve adli makamların yolunu tutmaktadır. Ancak her yanlışın veya hatanın düzeltilmesi zaman kaybına yol açacağı gibi, Ekşi'nin¹² de belirttiği üzere, Türk yetkili idari ve adli makamları meşgul ederek, ciddi emek ve maliyeti de gerektirmektedir. Ayrıca, yazara¹³ göre, gerçek dışı beyanlara istinaden yapılan kayıtlar, güvenlik açısından risk teşkil ettiği gibi, aile hukuku da dâhil olmak üzere, birçok soruna da yol açabilmektedir. Belirtmek isteriz ki, tebliğimizde, gerçeğe aykırı bilgilerin düzeltilmesine ilişkin verilen idari ve adli kararlar irdelenmeyecek, yalnızca bu işlemlerin ne kadar meşakkatli olduğu ve yetkili makamları ne denli meşgul ettiğine dikkat çekilecektir. Buna ayrıca ciddi maliyet de eklenecek olursa, düzeltme işlemlerinin getirdiği zorluklar zaten ortaya çıkacaktır. Hatta konu ile ilgili birçok somut örnek de verilebilir. Örneğin, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1.Hukuk Dairesi'nin (HD) 2021 tarihli kararına¹⁴ konu olan bir olayda, davacı Suriye vatandaşı A'nın, ikiz çocuklarının velisi olarak onları temsilen ve kendi adına asaleten, çocuklarının annesinin Suriye vatandaşı V değil de, Suriye vatandaşı A olduğunu belirterek, kayıtlarda düzeltme yapılması gerekçesiyle dava açtığı görülmüştür. Bunun gibi, Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 1.HD'nin 2021 tarihli kararına¹⁵ konu olan bir başka olayda da yine Suriye vatandaşı kadının Türk vatandaşı erkekle olan ilişkisinden iki çocuğunun olduğu ve fakat Geçici Koruma Kimlik Belgesi'nde medeni hâlinin

¹¹ Nuray Ekşi, Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları, (İstanbul: Beta, 2021), 1.

¹² Ekşi, Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları, 27 vd.

¹³ Ekşi, Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları, 38.

¹⁴ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1.HD, E. 2019/1735, K. 2021/648, T. 15.03.2021; Bu karar için ayrıca bkz. Ekşi, Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları, 21-22.

¹⁵ E. 2019/1076, K. 2021/45, T. 20.01.2021; Bu karar için ayrıca bkz. Ekşi, Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları, 23-25.

“evli” olarak yazılması nedeniyle, Türk vatandaşı ile evlenemediği belirtilmiştir. Bu nedenle, Geçici Koruma Kimlik Belgesi’ndeki “evli” yazılan medeni hâlinin “bekâr” olarak düzeltilmesi istemiyle dava açtığı görülmüştür. Bu olayda da yine kayıt işlemleri esnasında davacının beyanına istinaden medeni hâlinin “evli” olarak yazıldığı tespit edilmiş, zira davacı Suriye vatandaşı kadının Suriye’de fiilen evli olduğu beyan edilmiştir. Yine Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 16.HD’nin 2019 tarihli kararına¹⁶ konu olan bir olayda, davacı Suriye vatandaşının evli olduğu halde, kayıt işlemleri esnasında sözlü beyanına istinaden “bekâr” olarak yazıldığı ve daha sonra bu durumun düzeltilmesi için önce İl Göç İdaresine ve daha sonra mahkemede dava açtığı tespit edilmiştir. Burada konu ile ilgili birçok örnek daha verilebilir, zira kayıt esnasında yalan beyan veya gerçeğe aykırı bilgilerin düzeltilmesi için mahkemelerde açılan davalar yukarıdakilerle sınırlı değildir. Zaten dikkat edilirse, örneklerdeki davalar istinaf mahkemelerinde görülen davalardır, oysa ilk derece mahkemelerdeki durum daha da vahim olabilir. Ayrıca, dosyalar mahkemeye intikal etmeden önce, kayıt esnasında oluşan hataların düzeltilmesi için yetkili makamlara da başvurulmaktadır. Hatta bazı dosyaların Yüksek Mahkemeye intikal ettiği de görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 8.HD’nin 2020 tarihli Kararına¹⁷ konu olan bir olayda, davacı Suriye vatandaşı, Suriye Devleti nüfus kayıtlarında ve Geçici Koruma Kimlik Belgesi’nde annesi kısmında adı yazılan kadına karşı dava açmış ve davalının annesi olduğunun tespitine hükmedilmesini ve kendisinin de annesinin nüfus kaydına işlenmesini talep etmiştir. Yargıtay, bu davada meseleyi anneliğin tespiti olarak ele almış ve ancak DNA testi yapılarak uyuşmazlığın çözüme kavuşabileceğine hükmetmiştir¹⁸.

C. GERÇEĞE AYKIRI BİLGİLERİN SUNULMASINA KARŞIN YAPTIRIMIN UYGULANMASI

Görüldüğü üzere, kayıt işlemleri esnasında yabancıların gerçeğe aykırı bilgi vermesinin bir sonucu olarak düzeltme yoluna gidilmesi, Türk resmi makamlar da dâhil olmak üzere, birçok adli makamın kararlarına konu olabilmektedir. Hal böyle olunca, sorulması gereken soru şudur; bu tür olayların önüne nasıl geçilmeli ya da yalan beyan veya gerçeğe aykırı bilgilerin sunulması nasıl önlenebilmelidir? Kesin çözüm olup olmadığı kestirilememekle birlikte, en azından bu tür olayların azaltılması amacıyla, kanaatimizce, ciddi yaptırımın uygulanması gerekebilir. Bu yaptırım, idari para cezası şeklinde olabileceği gibi, caydırıcılık amacıyla, Geçici Koruma Kimlik Belgesi’nin iptal-

¹⁶ E. 2019/598, K. 2019/763, T. 15.07.2019; Bu karar için ayrıca bkz. Ekşi, Türkiye’ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları, 34-35.

¹⁷ Yargıtay 8.HD, E. 2018/10586, K. 2020/18, T. 13.01.2020; Bu karar için ayrıca bkz. Ekşi, Türkiye’ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları, 37-38.

¹⁸ Konu ile ilgili örnek Yargıtay kararları için bkz. Ekşi, Türkiye’ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları, s. 37-45.

lini dahi öngörebilmelidir. Aksi halde, zaten çok yoğun çalışan resmi makamlar (İl Göç Müdürlükleri) ile adli makamların artan iş yükü artmaya da devam edecektir. Belki de bu sebeptendir ki, bazı mahkeme kararlarında (örneğin, Bursa 9. Asliye Hukuk Mahkemesi)¹⁹ davacının gerçek dışı beyanda bulunarak resmi makamları yanılttığı üzerinde bile durulmamıştır. Sonuç itibarıyla, GK Yönetmeliği'nin "Kayıt" başlıklı 21. maddesinin ilk değişiklikte yeniden gözden geçirilmesi ve gerçeğe aykırı bilgilerin verilmesi durumunda yaptırma ilişkin hükümlerin de mevzuatta yer almasının isabetli olabileceği kanaatindeyiz.

II. ÇALIŞMA HAKKI BAĞLAMINDA GEÇİCİ KORUMA KAPSAMINDAKİ YABANCILARA TURKUVAZ KART VERİLMESİ

A. GENEL OLARAK TURKUVAZ KART

TurkuvaZ Kart, Türk Hukukuna ilk defa 6735 sayılı ve 2016 tarihli Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK)²⁰ ile girmiş ve yeni uygulama ile nitelikli yabancı işgücünün ülkeye çekilmesi amaçlanmıştır. Kanunun Genel Gereğesinde "Madde ile uluslararası işgücü politikasına uygun olarak ülkemiz ekonomisine ve istihdama olumlu etkisi olabilecek, ülkemizin kalkınmasını destekleyen yatırımları yapacak, bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayacak, eğitim durumu, mesleki deneyimi ile Ar-Ge ve yenilikçilik alanlarında yetmişmiş, stratejik önemi haiz herhangi bir alanda öne çıkmış nitelikli yabancı insan gücünün ülkemize kazandırılmasına yönelik, TurkuvaZ Kart adı altında kolaylaştırılmış yeni bir çalışma izin sistemi getirilmektedir"²¹. TurkuvaZ Kart²² ile ilgili düzenlemenin Kanunda yer alması, şüphesiz ki Kanunun getirdiği en önemli yeniliklerden biridir. TurkuvaZ Karta benzer uygulamaların bazı gelişmiş ülkelerin hukuk sisteminde yer aldığına doktrinde²³ de dikkat çekilmektedir. Nitekim bu sayede yetenekli ve nitelikli iş gücünün belli başlı bazı ülkelere göç ettiği görülmekte ve bu durum literatürde *beyin göçü*²⁴ olarak da ifade edilmektedir. Bu bağlamda belirtmek isteriz ki, nitelikli ve iyi eğitim görmüş iş gücü-

¹⁹ Bkz. Ekşi, Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları, 24.

²⁰ RG: 13.08.2016-29800. Bundan sonra kısaca UİK olarak anılacaktır.

²¹ 6735 sayılı UİK'in Genel Gereğesi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf> Erişim 12.03.2022.

²² TurkuvaZ Kart ile ilgili geniş bilgi için bkz. Zeynep Çalışkan, "Yabancı Yatırımların Teşviki: TurkuvaZ Kart Uygulaması ve Bazı Ülkelerdeki Benzer Düzenlemeler", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2 (2016): 58 vd; Bengül Kavlak, "Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: TurkuvaZ Kart", YBHD (2019/2): 343 vd; Hasan Alparslan Ayan, "Türk Hukukunda TurkuvaZ Kart Sahibi Yabancıların Çalışma Şartları", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1 (2018): 60 vd; Dilara Karagül, "TurkuvaZ Kart Uygulaması", Public and Private International Law Bülteni, C. 39, S. 2 (2019): 398 vd.

²³ Vahit Doğan, Türk Yabancılar Hukuku, 6. Baskı, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 208; Çalışkan, "Yabancı Yatırımların Teşviki: TurkuvaZ Kart Uygulaması ve Bazı Ülkelerdeki Benzer Düzenlemeler", 70 vd.

²⁴ Muammer Kaya, "Beyin Göçü/Erozyon", Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, <http://www.isguc.org/?p=article&id=152&cilt=5&sayi=2&yil=2003> Erişim tarihi 12.03.2022.

nün Türkiye'den göç ettiği de bir gerçektir. Hatta Kaya'nın²⁵ da belirttiği üzere, *"en fazla beyin göçü veren 34 ülke içinde 24. sıradayız"*. Turkuaz Kart ile ilgili düzenleme UİK'in 11. maddesinde yer almıştır. Anılan maddenin 1. fıkrası uyarınca, *"Uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara Turkuaz Kart verilir"*. Ayrıca, Turkuaz Kart uygulamasında; akademik alanda uluslararası kabul görmüş çalışmaları bulunanlar ile bilim, sanayi ve teknolojide ülkemiz bakımından stratejik kabul edilen bir alanda öne çıkmış olanlar ya da ihracat, istihdam veya yatırım kapasitesi olarak ulusal ekonomiye önemli katkı sağlayan ya da sağlaması öngörülenler nitelikli yabancı olarak değerlendirilir (UİK, m. 11/5). Nitekim ülke ekonomisine katkı sağlayacağı düşünülen kişilerin bu özelliğini dikkate alan kanun koyucu, *"yabancıya, Türkiye'de süresiz çalışma hakkı, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise ikamet hakkı veren"* Turkuaz Kart verilmesini hükme bağlamıştır (UİK, m. 3/1-ğ). Turkuaz Kart'a ilişkin başvuru, değerlendirme ve geçiş süresi gibi, Turkuaz Kart sahibine ve yakınına sağlanan haklar ve bu hakların kullanımına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi amacıyla, UİK'in 11 ve 25. maddelerine istinaden 2017 yılında da Turkuaz Kart Yönetmeliği²⁶ çıkarılmıştır. Yönetmeliğin 5. maddesinde²⁷ Turkuaz Kartın kimlere verilebileceği detaylı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, Yönetmeliğin 19. maddesinde Turkuaz Kart sahibi yabancıların hak ve yükümlülükleri düzenlenmiş ve Turkuaz Kart sahibinin süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanacağı ifade edilmiştir. Buna göre, Türkiye'de askerlik yapma yükümlülüğünden muaftırlar; seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme haklarından yararlanamazlar; sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup, bu hakların kullanımında ilgili mevzuattaki hükümlere tâbidirler. Bunun dışında bu kişilerin, Türkiye'deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemleri, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuata göre yürütülür

²⁵ Muammer Kaya, "Beyin Göçü/Erozyon", Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, <http://www.isguc.org/?p=article&id=152&cilt=5&sayi=2&yil=2003> Erişim tarihi 12.03.2022.

²⁶ RG: 14.07.2018-30007.

²⁷ Madde 5: "(1) Turkuaz Kart; a) Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki bilgisi ve deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri nitelikleri itibarıyla yüksek nitelikli işgücü olarak değerlendirilen, b) Yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü, bilimsel ve teknolojik gelişmeye yaptığı katkı ve benzeri özellikleri itibarıyla yüksek nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen, c) Bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayan veya bilim, sanayi ve teknoloji alanlarında uluslararası düzeyde ülke menfaatleri açısından stratejik kabul edilen çalışmalar uluslararası düzeyde başarılı olan, d) Türkiye'nin veya Türk kültürünün uluslararası tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan, Türkiye'nin milli menfaatlerine ilişkin hususlarda uluslararası düzeyde faaliyette bulunan yabancılara verilebilir".

(Yön. M. 19). Görüldüğü üzere, Türk Hukukunda kabul edilen Turkuaz Kart, bu Kartın sahibine ayrıcalıklı statü bahşedip, Kanundaki bazı haller haricinde, Türk vatandaşlarına öz birçok haktan istifade etmeyi öngörmektedir. Hatta 5901 sayılı ve 2009 tarihli Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun²⁸ 12/1(b). maddesi gereğince, Turkuaz Kart sahiplerinin, Türk vatandaşlığını istisnai haller çerçevesinde kazanabileceği de öngörülmüştür. Acaba geçici koruma kapsamındaki yabancılara da Turkuaz Kart verilebilir mi?

B. GEÇİCİ KORUMA STATÜSÜNDEKİ YABANCILARA BELLİ ŞARTLAR ALTINDA TURKUAZ KART VERİLMESİ

6735 sayılı UİK'in 11. maddesinde Turkuaz Kart ile ilgili düzenlemeye yer verilirken, anılan maddenin son fıkrasında (f.6) ise geçici koruma sağlanan yabancılara bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde, geçici koruma statüsündeki yabancıların Türkiye'de çalışmalarını düzenlemek amacıyla 2016 yılında çıkarılan Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik'te²⁹ de Turkuaz Kartından bahsedilmemiştir. O halde, geçici koruma kapsamındaki yabancıların Turkuaz Kartından istifade edemeyecekleri açıktır. Fakat kanaatimizin aksi yönde olduğunu belirterek, geçici korunanlara da belli şartlar altında Turkuaz Kart verilmesinin isabetli olabileceğini düşünmekteyiz. Zira Türkiye'ye sığınan ve sayıları milyonları bulan geçici koruma kapsamındaki yabancılar arasında muhakkak ki nitelikli ve yetenekli iş gücü vardır ve bunların ülke ekonomisine katkı sağlamalarını teşvik etmek belki de faydalı bir uygulama olabilirdi. Kaldı ki Almanya gibi bazı devletler de, nitelikli yabancı iş gücünü çekmeyi amaçlamaktadır. Hatta Almanya'da 1 Mart 2020 yılında Nitelikli İş Gücü Göçü Yasası³⁰ yürürlüğe girmiş ve bu Yasa ile Avrupa Birliği dışından gelecek olan nitelikli iş gücünün Almanya'ya göçü kolaylaştırılmıştır. Benzer şekilde, İngiltere'nin³¹ yeni Yüksek Potansiyelli Birey (*High Potential Individual - HPI*) vize programı da 30 Mayıs 2022'den itibaren uygulamaya konulmuştur. Turkuaz Kart ile nitelikli iş gücünün Türkiye'ye gelmesi amaçlanırken, kanaatimizce, geçici koruma kapsamındaki yabancıların da belli şartlar altında bu çerçevede değerlendirilmesi yerinde olabilirdi. Şöyle ki, geçici koruma statüsü ile Türkiye'de kalan yabancılar arasında nitelikli iş gücü özelliklerini taşıyanlara Turkuaz Kart verilmesi sağlanabilir. An-

²⁸ RG: 12.06.2009-27256. Bundan sonra kısaca 5901 sayılı TVK olarak anılacaktır.

²⁹ RG: 15.01.2016-29594.

³⁰ Fachkräfteeinwanderungsgesetz vom 15. August 2019; Almanca metin için bkz. file:///C:/Users/tr/Desktop/Almanya.pdf Erişim tarihi 16.03.2022.

³¹ Brexit sonrası eğitilmiş kalifiye elemanları ülkeye çekmek için kolları sıvayan İngiltere'de yeni bir vize programı 30 Mayıs'tan itibaren yürürlüğe giriyor. Buna göre, İngiltere dışında dünyanın önde gelen üniversitelerinden mezun olanlar herhangi bir şirketin sponsorluğu olmadan belirli bir süre oturum izni alabilecek ve iş arayışı ülkeye geldikten sonra yapılabilecektir; bkz. <https://tr.euronews.com/2022/05/30/ingiltere-nin-yeni-yukse-potansiyelli-birey-vizesinin-sartlar-neler-kimler-basvurabiliyor> Erişim 01.06.2022.

cak böyle bir durumda ilgilinin Türkiye'deki kalış şeklinde değişiklik sözü konusu olabilecektir. Bunun yasal dayanağına gelince, Yönetmeliğin "Geçici Korumanın Bireysel Olarak Sona Ermesi veya İptali" başlıklı 12. maddesinin 1. fıkrasına 2019 yılında eklenen "d" bendi uyarınca, "Kanunda yer alan diğer yasal kalış türlerinden birisi ile kalış hakkı kazanması" durumunda, geçici koruma bireysel olarak sona erebilecektir. Kanaatimizce, bu hükme istinaden nitelikli iş gücü şartlarını taşıdığı tespit edilen geçici koruma kapsamındaki yabancılara da Turkuaz Kartın verilmesi ve fakat farklı bir statü ile Türkiye'de kalmaları ve istihdam edilmeleri sağlanabilirdi³². Kaldı ki, farklı alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve özel niteliklere sahip yabancıların istisnai olarak 5901 sayılı TVK'nın 12/1(a). maddesi çerçevesinde Türk vatandaşlığını kazanması düzenlenirken, geçici korunanlar³³ açısından herhangi bir engelleyici hükme yer verilmemiştir. O halde, geçici koruma statüsü ile Türkiye'de kalan ve 6735 sayılı UİK ve Turkuaz Kart Yönetmeliği'ndeki nitelikli iş gücü şartlarını haiz yabancılara da geçici korumanın bireysel olarak sona ermesinin ardından Turkuaz Kart verilmesi düşünülebilir. Bu nedenle, Turkuaz Kart ile ilgili düzenlemenin bu açıdan yeniden gözden geçirilmesinin faydalı olabileceği görüşündeyiz.

III. YÖNETMELİĞİN 12/1(A). MADDESİ ÇERÇEVESİNDE GEÇİCİ KORUMANIN BİREYSEL OLARAK SONA ERMESİ VE GEÇİCİ KORUMASI BİREYSEL OLARAK SONA ERENLERİN YENİDEN GEÇİCİ KORUMA HÜKÜMLERİNDEN YARARLANABİLMESİ

Geçici korumanın bireysel olarak sona ermesi Yönetmeliğin 12. maddesinde³⁴ düzenlenmiştir. Ancak bu başlık altında dikkat çekmek istediğimiz iki husus vardır. Birincisi, 12. maddenin 1. fıkrasının "a" bendi uyarınca, geçici korunanların "kendi isteğiyle Türkiye'den ayrılması" halinde geçici korumanın

³² Geçici korumanın gerek bireysel gerek idari kararla sona ermesi durumunda Turkuaz Kart verilebilmesi ile ilgili bkz. Cansu Kaya, "Türkiye'de Geçici Koruma Statüsü Yabancıların Çalışma Hakları", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 5 (2017): 72.

³³ Örneğin, Suriye'deki iç savaştan kaçan ve ailesiyle Türkiye'ye sığınan 16 yaşındaki piyanist Tambi Asaad (yeni soyadı-Cimuk) 2014 yılında istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanmış ve uluslararası müzik yarışmasında Türkiye'yi temsil etmişti; bkz. <https://www.sabah.com.tr/gundem/2014/12/09/suriyeli-genc-piyaniist-turk-vatandasi-oldu> Erişim 16.03.2022.

³⁴ MADDE 12- (1) Geçici korunanların; a) Kendi isteğiyle Türkiye'den ayrılması, b) Üçüncü bir ülkenin korumasından faydalanması, c) Üçüncü bir ülkeye insani nedenler veya yeniden yerleştirme kapsamında kabul edilmesi ya da üçüncü bir ülkeye çıkış yapması, ç) Ölmesi, d) (Ek: RG-25/12/2019-30989-CK-1851/7 md) Kanunda yer alan diğer yasal kalış türlerinden birisi ile kalış hakkı kazanması, e) (Ek: RG-25/12/2019-30989-CK-1851/7 md) Türk vatandaşlığını kazanması, hallerinde geçici koruma bireysel olarak sona erer. (2) 8 inci maddenin birinci fıkrası kapsamında yer alanların geçici korumanın kapsamı dışında tutulması gerektiğinin sonradan anlaşılması halinde geçici koruma, Genel Müdürlük veya valilikler tarafından iptal edilir. (3) (Ek:RG-25/12/2019-30989-CK-1851/7 md) Mazeretsiz olarak bildirim yükümlülüğünü üç defa üst üste yerine getirmeyenlerin geçici korumaları Valilik tarafından iptal edilir. Bu maddenin uygulanmasında 13 üncü madde hükümleri uygulanır.

sona ermesi; ikincisi ise, geçici koruması bireysel olarak sona erenlerin, geçici koruma uygulamasının devam ettiği süre içinde Yönetmeliğin 13. maddesi çerçevesinde geçici korumadan yeniden istifade edebilmesidir.

A. YÖNETMELİĞİN 12/1(a). MADDESİ ÇERÇEVESİNDE GEÇİCİ KORUMANIN BİREYSEL OLARAK SONA ERMESİ

Yukarıda da belirtildiği üzere, bu başlık altında geçici korumanın bireysel olarak sona ermesi³⁵ hallerinden “*kendi isteğiyle Türkiye’den ayrılması*” [(Yön. m. 12/1(a)] ele alınacak ve buna ilişkin değerlendirme yapılacaktır. Kanun koyucu, “*kendi isteğiyle Türkiye’den ayrılması*” ifadesine yer verirken, “gideceği ülke” kavramına sınırlama getirmediği için, bu kavram geniş yorumlanabilmektedir. Hal böyle olunca, bu ifadeden üç alternatif ülkenin anlaşıldığını söylemek herhalde yanlış olmayacaktır; menşe ülke, transit gideceği ülke ya da üçüncü ülke. Aynı şekilde, gidilecek yerdeki kalış süresi ile ilgili de madde hükmünde herhangi bir açık hükme yer verilmemiştir. Hal böyle olunca, “*kendi isteğiyle Türkiye’den ayrılması*” ifadesinin, geçici, kısa süreli, uzun süreli ya da daimi gibi, tüm süreleri kapsayabilecek nitelikte olduğunu söylemek mümkün olabilmektedir. Burada üzerinde durmak istediğimiz husus ise geçici koruma uygulaması devam ederken, geçici koruma kapsamındaki yabancıların kısa ya da uzun süre ayrımı yapılmaksızın, **menşe** ülkelerine gidebilmeleri ile ilgilidir. Bu durum, basından da takip edildiği üzere, özellikle geçici koruma kapsamındaki Suriyelilerin dini Bayramlarda menşe ülkeleri Suriye’ye gitmek için Türkiye’den ayrılmalarında görülmekteydi. Ziyaretlerin son bulmasının ardından ise tekrar Türkiye’ye giriş yaptıkları gibi, geçici korumadan istifade etmeye de devam etmekteydiler. Her ne kadar yetkililerin³⁶ bu gidiş-gelişlerin hem ülkelerinden kopmamaları için hem de gidip oraların da artık güvenli olduğunu görmek için “*git-gör-gel-anlat*” düşüncesiyle teşvik edildiği belirtilse de, yine de bu durumun geçici korumanın ruhuna ve doğasına aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Zira Yönetmelikte de (m.1) ifade edildiği üzere, geçici koruma, “*ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılar*”a tanınmaktadır. Oysa kısa süreliğine de olsa dini Bayramlar için menşe ülkesine gidilmesi, bu tanıma karşılık vermemektedir. Ancak 19 Nisan 2022 tarihli İçişleri Bakanlığı Genelgesi³⁷ doğrultusunda, artık geçici koruma kapsamındaki yabancıların

³⁵ Geçici korumanın sona ermesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Sema Çörtoğlu Koca, F. Candan Kavşat, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1 (2015): 350 vd.

³⁶ İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı Uluslararası Koruma Genel Müdürü V. Muhammet Selami Yazıcı’nın konuşması; bkz. video: <https://www.dailymotion.com/video/x8afrrx> Erişim 10.05.2022.

³⁷ Bkz. <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/suriyelilerin-bayram-izni-kisitlandi-sadece-2-gruba-hak-tanindi-1928708> Erişim 15.05.2022.

dini Bayramlar için menşe ülkelerine kısa süreli ziyaretleri sınırlanıp, yalnızca iki durumda ülkelerine gitmelerine izin verilmiştir; cenaze mazereti için üç (3) gün ve ülkelerine kesin dönüş yapmak için. Bu karar, kanaatimizce, isabetli bir karardır. Zira geçici koruma uygulaması devam ederken, geçici korunanların menşe ülkesine gitmesi durumunda, Yönetmeliğin 12/(a). maddesi uyarınca geçici koruma statüsünün sona ermesi gerekmektedir.

B. GEÇİCİ KORUMASI BİREYSEL OLARAK SONA ERENLERİN YENİDEN GEÇİCİ KORUMA HÜKÜMLERİNDEN YARARLANABİLMESİ

Yönetmeliğin 12. maddesi çerçevesinde geçici korumanın bireysel olarak sona ermesinin ardından, geçici koruması sona erenlerin tekrar geçici koruma talebinde bulunması mümkün müdür? Buna ilişkin düzenleme Yönetmeliğin 13. maddesinde yer almıştır. Hükme göre, *“(1) Geçici koruma uygulamasının devam ettiği süre içinde, geçici koruma kapsamında olduğu halde 12. maddeye göre geçici koruması sona eren yabancıların, geçici korumadan faydalanmak üzere tekrar sınırlarımıza gelmesi veya sınırlarımızı geçmesi halinde, geçici koruma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına Genel Müdürlük³⁸ bireysel olarak karar verir. Genel Müdürlük bu yetkisini, kısmen veya tamamen valiliklere devredebilir”*. Hükümden de anlaşıldığı üzere, geçici koruması bireysel olarak sona eren yabancıların yeniden geçici korumadan istifade edebilmesi, Göç İdaresi Başkanlığı'nın yetkisindedir ve Başkanlık buna bireysel olarak karar verecektir. Anılan hüküm ile ilgili bizim burada dikkat çekmek istediğimiz husus şudur; geçici koruma kapsamındaki yabancıların, örneğin, menşe ülkelerine gidip de Türkiye'ye dönmeleri halinde, ikinci kez geçici koruma statüsüne sahip olabilmeleri geçici koruma uygulamasının ruhuna uygun olur mu? Zira geçici korumanın amacı Yönetmeliğin 1. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: *“(1) ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancıardan, 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 91 inci maddesi çerçevesinde, uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayanlara sağlanabilecek geçici koruma işlemlerinin usul ve esasları ile bu kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışlarında yapılacak işlemleri, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirleri ve ulusal ve uluslararası kuruluşlar arasındaki işbirliğiyle ilgili hususları düzenlemektir”*. Hükümden de görüldüğü üzere, geçici koruma kapsamına alınan yabancılar *“ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılar”* olup, başvuruları bireysel olarak değerlendirilemeyenlerdir. Yönetmeliğin bahsi geçen iki madde hükmü çelişkili gözükse de, kanaatimizce, buradaki durum özellik arz eden bir durumdur. Zira *“Geçici koruma uygulamasının devam ettiği süre içinde, geçici ko-*

³⁸ Göç İdaresi Başkanlığı.

ruma kapsamında olduğu halde 12. maddeye göre geçici koruması sona eren yabancılar” mevzu bahistir. Elçin’in³⁹ de dikkat çektiği üzere, bu durumda, “geçici korumanın temel şartı olan ülkesinden ayrılmaya zorlanmış olmak, ayrıldığı ülkeye geri dönememek, acil ve geçici koruma bulma amacı gibi şartlar, artık Türk ulusal hukukunda aranan şartlar değildir”. Yani, Türkiye’ye ilk girişlerinde geçici koruma şartı aranan ve buna göre geçici koruma statüsü tanınan yabancıların, sonraki giriş-çıkışlarında herhangi bir şarta tâbi tutulmaksızın geçici koruma kapsamına yeniden alınabilecekleri söz konusu olabilmektedir. Yönetmeliğin 13. maddesindeki bu düzenleme, ilk bakışta geçici korumanın amacına uygun gözükmesine de bunun yerinde bir düzenleme olduğu görüşünderiz. Zira geçici koruma henüz devam ederken, tekrar Türkiye sınırlarına gelen bu yabancılar, daha önce geçici koruma kapsamında olup da, geçici koruması bireysel olarak sona eren kişilerdir. Öyleyse bu insanların korumasız kalması her açıdan vicdanları sızlatılabildi. Ancak burada dikkat çekmek istediğimiz bir husus vardır ki, o da yetkili makamın karar verirken geniş takdir yetkisini kullanmasıdır. Kanaatimizce, geçici koruma başvurularının yetkili makamca bireysel olarak değerlendirilmesinde, uygulayıcıya yol göstermek amacıyla, olası ret sebeplerinin Yönetmelikte belirtilmesi isabetli olabildi. Örneğin, doktrinde⁴⁰, silahtan arındırılarak geçici koruma sağlanan Suriyelilerin “savaşmak üzere Türkiye’den ayrılmaları hâlinde yeniden geçici koruma altına alınmaması” gerektiği savunulmaktadır. Ya da yerleşmek amacıyla güvenli üçüncü ülkeye gitmek için Türkiye’den ayrılan ve gittikleri ülkede uluslararası korumadan istifade edenlerin, tekrar Türkiye sınırlarına gelmeleri halinde yeniden geçici korumadan yararlanmaları, kanaatimizce, engellenmelidir. Keza geçici koruması bireysel olarak sona ermeden önce geçici koruma statüsündeki yabancıların kamu düzeni ve kamu güvenliği nedeniyle sınır dışı edilecek kişiler kapsamında olup da, mevzuat gereği sınır dışı edilemeyen ve kendi isteğiyle Türkiye’den ayrılıp tekrar döndüğünde de, bir daha geçici koruma altına alınmaması isabetli olabildi. O yüzden, Yönetmeliğin 13.maddesinin de olası ret sebepleri bağlamında yeniden gözden geçirilmesinin yerinde olabileceği kanaatindeyiz.

IV. GEÇİCİ KORUMA KAPSAMINDAKİ YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİ

A. GENEL OLARAK SINIR DIŞI ETME

Tebliğimiz kapsamında değinmek istediğimiz konulardan bir diğeri de, geçici korunanların Türkiye’den sınır dışı edilmesi ile ilgilidir. Zira Geçici

³⁹ Doğa Elçin, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar”, TBB Dergisi, 124 (2016): 71.

⁴⁰ Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 178; Ekşi, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, 81.

Koruma Yönetmeliği'nde konu ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hal böyle iken, geçici koruma kapsamındaki yabancıların sınır dışı edilmesinin tartışmaya açık olduğunu söylemek mümkün olabilmektedir. Sınır dışı etme, en kısa tanımıyla, bir yabancıyı ülke sınırlarından zorla çıkarılmasını ifade etmektedir⁴¹. Türk hukukunda yalnızca yabancıların sınır dışı edileceği kabul edilmiş ve vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (1982 Anayasası⁴², m. 23/son). Bu doğrultuda sınır dışı etme, kişi dokunulmazlığı açısından kabul edilen eşitlik ilkesinin önemli istisnalarından biridir. Sınır dışı etme, “ülkede kalması istenilmeyen bir yabancıya kalma hakkının sona erdirilerek, ülke sınırlarının dışına çıkarılmasını, hukuken ve fiilen ülke topraklarıyla bağının kesilmesini”⁴³ ifade eden bir kavramdır. Zira devletler, menfaatleri ile bağdaşmayacak hareketlerde bulunan yabancıları ülkelerinde bulundurmama ve onları ülkesinden sınır dışı etme hakkına sahiptir⁴⁴. O halde, sınır dışı etme, devletlerin, ülke güvenliğini veya kamu düzenini korumak amacıyla davranışları tehlikeli görülen yabancıları ülkeden çıkarmak⁴⁵ için yararlandıkları bir araç ve vazgeçmek istemedikleri bir yetki olarak kendini göstermektedir⁴⁶. Türk hukukunda sınır dışı etme ile ilgili düzenleme 6458 sayılı YUKK'da yer almış ve Kanununun 54. maddesinin 1. fıkrasında⁴⁷ kimler hakkında sınır dışı etme kararının alınabileceği düzen-

⁴¹ Gülören Tekinalp, Türk Yabancılar Hukuku, 6. Bası, (İstanbul: Beta, 1998), 87; Çiçekli, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, 165.

⁴² RG: 09.11.1982-17863.

⁴³ Aydoğan Asar, Yabancılar Hukuku, 7. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2021), s. 195.

⁴⁴ Aysel Çelikel, Günseli Öztekin Gelgel, Yabancılar Hukuku, 20. Bası, (İstanbul: Beta, 2014), 117; Işıl Özkan, Göç-İltica ve Sığınma Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2018), 160; Odman, Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku, 216; Doğan, Türk Yabancılar Hukuku, 110.

⁴⁵ K. Sedat Sirmen, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 3 (2009): 30.

⁴⁶ Rona Aybay, Yabancılar Hukuku, 3. Baskı, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010), 227-228; Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 107.

⁴⁷ MADDE 54 – (1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır: a) 5237 sayılı Kanununun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar c) Türkiye’ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar ç) Türkiye’de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye’de kalma hakkı bulunmayanlar 19 3/10/2016 tarihli ve 676 sayılı KHK’nin 35 inci maddesiyle, bu fıkarda yer alan “hâlinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındaki haric,” ibaresi eklenmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7070 sayılı Kanununun 30 uncu maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. 20 6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanununun 75 inci maddesiyle, bu fıkranın birinci cümlesinde yer alan “on beş gün” ibaresi “yedi gün” şeklinde değiştirilmiş ve fıkarda yer alan “54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındaki haric,” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. 21 6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanununun 76 ncı maddesiyle, bu bende “ihlal edenler” ibaresinden sonra gelmek üzere “ya da bu hü-

lenmiştir. Anılan maddenin 2. fıkrasında ise “uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler”⁴⁸ hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında Kanunun 54/1. maddesinin b, d ve k bentlerinde⁴⁹ öngörülen bazı sebeplerden dolayı sınır dışı etme kararının alınabileceği hüküm altına alınmıştır. İlginçtir ki, YUKK’nın 54. maddesinde geçici koruma kapsamındaki yabancıların sınır dışı edilmesinden hiç söz edilmemiştir. Hal böyle olunca, akla ilk gelen soru şudur: acaba geçici koruma statüsündeki bir yabancı Türkiye’den sınır dışı edilemez mi? Bu bağlamda belirtmek isteriz ki, Geçici Koruma Yönetmeliği’nin hazırlanmasında dikkate alınan 2001 tarihli Avrupa Konseyi Geçici Koruma Yönergesinde⁵⁰ de geçici korunanların sınır dışı edilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda konu ile ilgili yargı kararları ile doktrindeki görüşlerden bahsetmek yerinde olacaktır.

B. ANAYASA MAHKEMESİ (AYM) KARARI

Geçici korunanların sınır dışı edilmesi ile ilgili Anayasa Mahkemesi tarafından 11 Kasım 2015 yılında (Başvuru No: 2014/13044) verilmiş bir Karar⁵¹ mevcuttur. Başvuru, hakkında “*kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da*

kümleri ihlale teşebbüs edenler” ibaresi eklenmiştir. j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye’den çıkış yapmayanlar k) (Ek: 3/10/2016-KHK-676/36 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/31 md.) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler.yollardan sağlayanlar d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler f) İkamet izinleri iptal edilenler g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler h) Türkiye’ye yasal giriş veya Türkiye’den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs edenler²¹ ı) Hakkında Türkiye’ye girişi yasaklı bulunmasına rağmen Türkiye’ye geldiği tespit edilenler i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye’de kalma hakkı bulunmayanlar j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye’den çıkış yapmayanlar k) (Ek: 3/10/2016-KHK-676/36 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/31 md.) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler.

⁴⁸ Türk hukukunda uluslararası koruma, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statülerini kapsamaktadır [(YUKK, m. 3/1(r)).

⁴⁹ 6458 sayılı YUKK madde 54/1 (b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar; (d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar; (k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler.

⁵⁰ Council Directive 2001/55/EC Of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in The Event Of A Mass İnflux Of Displaced Persons And On Measures Promoting A Balance Of Efforts Between Member States in Receiving Such Persons and Bearing the Consequences Thereof (Council Directive 2001/55/EC); <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2001/55/oj> Erişim 22.05.2022.

⁵¹ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/13044, 11.11.2015; RG: 17.12.2015-29565.

kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu gerekçesiyle sınır dışı etme kararı alınan ve Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde idari gözetim altında tutulan Suriye uyruklu başvuru sahibinin; sınır dışı edilmesi hâlinde öldürülme, işkence ve kötü muameleyle tâbi tutulma riski bulunması nedeniyle yaşam hakkı ile işkence ve eziyet yasağının; geri gönderme merkezindeki koşullar nedeniyle “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” ceza veya muamele yasağının; idari gözetim kararının çok uzun süre devam ettirilmesi nedeniyle de özgürlük ve güvenlik hakkının ihlâl edildiği iddialarına ilişkindir. Olayda, başvuru sahibi 2011 yılında Suriye’de başlayan olaylar neticesinde, etnik, dinî, siyasi sorunlar; istikrarsız durum, özellikle de iç savaş ortamı nedeniyle 15 Aralık 2013 tarihinde ülkesini terk ederek bir grup içerisinde Türkiye’ye gelmiştir. Ancak Başvurucu hakkında, İstanbul Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü’nün (Emniyet Müdürlüğü) 28/4/2014 tarihli ve 47909374.52646 Arşiv/Dosya No-2014/124024 sayılı işlemiyle 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı YUKK’nın 54. maddesinin (d) bendi uyarınca “*kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu*” gerekçesiyle sınır dışı etme ve 6 ay süreyle idari gözetim altında tutulma kararı verilmiştir (Par.14). Yetkili makam tarafından alınan bu Kararın ardından yargı süreci başlamış ve son olarak dosya Anayasa Mahkemesine intikal etmiştir. Ancak başvuru sahibinin tüm iddiaları ve bunlara ilişkin Mahkeme Kararındaki tüm hükümlere burada yer verilmeyip, yalnızca konumuz açısından önem taşıyan geçici koruma kapsamındaki bir yabancıya sınır dışı edilmesi ile ilgili Mahkeme Kararının ilgili kısmına değinilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi Kararının 55. paragrafında yer alan hükme göre: “*Başvuru konusu olayda başvuru hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş ve başvuru sahibinin bu karara karşı idare mahkemesine yaptığı başvuru reddedilmiştir. Bakanlık görüşünde de belirtildiği üzere, başvuru 25/6/2014 tarihinde İstanbul Valiliğine uluslararası koruma (mültecilik) başvurusunda bulunmuş ancak bu başvurusu karara bağlanmamıştır. Diğer yandan 22/10/2014 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği’nin Geçici 1. maddesi uyarınca Suriye Arap Cumhuriyeti’nden 28/4/2011 tarihinden sonra Türkiye’ye gelen kişilerin geçici koruma altına alındığı, bu kişilerin sınır dışı edilemeyeceği ancak bu kişilerin bireysel uluslararası koruma başvurularının da işleme konulmayacağı hükmüne bağlanmıştır. Başvuru sahibinin sınır dışı etme işleminin iptali için açtığı davada, İstanbul 1. İdare Mahkemesinin iptal talebinin reddine karar verdiği ancak bu kararda başvuru sahibinin geçici koruma statüsü veya uluslararası koruma başvurusu sahibi olma şeklindeki hukuki durumu hakkında araştırma ve değerlendirme yapılmadığı görülmektedir*”. Hükümden de anlaşıldığı üzere, Kararda, geçici korunanların sınır dışı edilemeyeceği belirtilmiş ve Yönetmeliğin Geçici 1. maddesine istinat edilmiştir. Ancak ilginçtir ki, Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde⁵² geçici koruma kapsamındaki yabancıların sınır dışı edilmesine

⁵² Geçici Madde 1- (1) 28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana

ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. O halde, Anayasa Mahkemesi Kararındaki “*bu kişilerin sınır dışı edilemeyeceği*” ifadesinin yasal dayanağının olmadığı ve bu Kararın tartışmaya açık olduğunu söylemek mümkün olabilmektedir.

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARI

Geçici koruma kapsamındaki yabancıların Türkiye’den Suriye’ye gönderilmesine ilişkin bir de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye aleyhine 21 Haziran 2022 tarihinde oy birliği ile verilmiş bir Kararı (*Akkad v. Türkiye*; Başvuru No: 1557/19)⁵³ mevcuttur. Karara göre, Türkiye’de geçici koruma kapsamında olan Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşı Muhammad Fawzi Akkad, “gönüllü geri dönüş” adı altında menşe ülkesi Suriye’ye 2018 yılında zorla gönderilmiştir. Görülen dava sonucunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3 (*İşkence yasağı*), 5 (*Özgürlük ve güvenlik hakkı*) ve 13. (*Etkili başvuru hakkı*) maddelerinin ihlâl edildiği gerekçesiyle, 9.750 Euro manevi tazminat ve 2.500 Euro adli masraflar olarak, toplam 12 bin 250 Euro’nun başvuru Akkad’a ödenmesi için Türkiye aleyhine karar verilmiştir. Kanaatimizce, AİHM’in bu Kararı yerinde bir karardır, zira Karardan da anlaşıldığı üzere, Başvurucu Akkad’ın “gönüllü geri dönüş” kapsamında ülkesine gönderilmesi hususunda mevzuata aykırı işlemler söz konusu olup, Geçici Koruma Yönetmeliği’nin ilgili 42. maddesindeki esaslara uyulmamıştır. Şöyle ki, ailesi Almanya’da bulunan Başvurucu, ailesine kavuşmak için yasadışı yollarla Yunanistan’a geçmek istemiş ve fakat yakalandıktan sonra idari işlemlerin ardından kelepçeli olarak otobüsle Hatay Reyhanlı’ya gönderilmiştir. Uzun

gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti’nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınır. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmaz. (2) Birinci fıkrada belirtilen yabancılardan 28/4/2011 tarihinden önce uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar, talepleri halinde geçici koruma altına alınır. (3) 28/4/2011 tarihinden itibaren ikamet izni almış ancak süresi uzatılmamış ya da ikamet izni iptal edilmiş olanlar ile vize süresi veya muafiyeti sonunda koruma talep edenler, 8 inci madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla geçici koruma kapsamına alınır. Bunlardan koruma talep etmeyenler hakkında ise genel hükümler uygulanır. (4) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen kimlik belgeleri, 22 nci maddede belirtilen geçici koruma kimlik belgesi düzenleninceye kadar geçici koruma kimlik belgesi yerine geçer. Bu belge sahiplerine, 5490 sayılı Kanun kapsamında yabancı kimlik numarası verilebilir. (5) Birinci fıkrada belirtilen yabancılar hariç üçüncü ülke vatandaşlarının, Suriye Arap Cumhuriyeti’nden ülkemize girişleri ve ülkemizden Suriye Arap Cumhuriyeti’ne çıkış işlemleri sınır kapılarından genel hükümler çerçevesinde yapılır. (6) (Ek: 5/4/2016-2016/8722 K.) 28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle Türkiye’ye gelmiş ve 20/3/2016 tarihinden sonra ülkemiz üzerinden düzensiz yollarla Ege adalarına geçmiş olan Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşlarından, ülkemize geri kabul edilenlere koruma talep etmeleri halinde bu Yönetmelik kapsamında geçici koruma sağlanabilir”.

⁵³ Kararın Fransızca metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-217815%22%7D> Erişim 22.06.2022.

yolculuk esnasında yalnızca yemek molası ve kişisel ihtiyaçları esnasında kelepçe çıkarılmıştır. Ayrıca, Kararda da (par.38) belirtildiği üzere, başvurunun gönüllü dönüşe ilişkin belge imzalarken, bir nüshası kendisine verilmiş ve hatta başvurunun böyle bir belge imzalandığından da sonradan haberi olmuştur. Bu durum ise Başvurucunun tercüman hizmetinden yararlanıp yararlanmadığı hususunda Mahkemede şüphe uyandırmıştır. Ayrıca, Mahkeme, Başvurucunun ailesinin zaten Almanya'da olduğunu ve Başvurucunun da ailesi ile birleşmek için yasadışı yollara başvurduğuna dikkat çekerek, 2018 yılında şiddetli silahlı çatışmaların halen devam ettiği Suriye'ye gönüllü geri dönüş isteğini inandırıcı bulmayıp, Akkad'ın Türkiye'den zorla gönderildiğine kanaat getirmiştir. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, Edirne'den Hatay Reyhanlı'ya kadar Başvurucunun kelepçeli olarak getirildiği de Mahkemenin bu tespitini desteklemektedir. Ancak AİHM'in *Akkad v. Türkiye* davası sonucunda verdiği bu Kararı her ne kadar geçici koruma kapsamındaki kişinin Suriye'ye gönderilmesi ile ilgili olsa da, yine de Karara konu olan olayda "sınır dışı" ifadesi kullanılmamış ve yalnızca gönüllü geri dönüşten bahsedilmiştir. Yani görünen o ki, geçici korunanların sınır edilmesi ile ilgili mevzuattaki belirsizlik, uygulamada da karışıklıklara sebebiyet vermektedir.

D. DOKTRİN

Geçici koruma kapsamındaki yabancıların sınır edilmesi ile ilgili doktrine bakıldığında ise, öğretilerdeki bazı görüşlerden de bahsetmek mümkün olmaktadır. Ekşi'ye⁵⁴ göre, geçici koruma altındaki yabancıların sınır dışı edilmesi hususunda 6458 sayılı Kanununun 54. maddesinin 1. fıkrasının mı yoksa 2. fıkrasının uygulanması yönünde bir düzenleme olmadığı için bunun bir eksiklik olduğu ve buna ilişkin Kanunda hükmün yer alması önem arz etmektedir. Buna karşın, bir başka görüş⁵⁵ ise, geçici koruma kapsamındaki yabancıların sınır dışı edilmesi hususunda 6458 sayılı YUKK'nın 54/2. maddesinin uygulanabileceğini ifade etmektedir. Yine bir diğer görüşe⁵⁶ göre de Anayasanın 16. madde hükmünün gözetilmesi suretiyle, YUKK'nın 54. maddesinin 2. fıkrasına "uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler" ifadesinden sonra "geçici koruma başvurusu veya statü-

⁵⁴ Ekşi, "Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi", 83. 6458 sayılı YUKK ile GK Yönetmeliği henüz çıkarılmamışken, geçici korunanların sınır dışı edilmesi ile ilgili Ekşi'nin de belirttiği üzere, kamu güvenliği ve kamu düzenini ihlâl eden geçici koruma altındaki Suriyelilerin, geçici koruma statüsü sonlandırılarak non-refoulement ilkesi çerçevesinde sınır dışı edilmeleri söz konusu olabilecektir; Nuray Ekşi, "Türkiye'de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Statüsü", LHD, Volume: 10, Issue: 119, (2012): 17.

⁵⁵ Elçin, "Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar", s. 41.

⁵⁶ H. Akif Karaca, "Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Altındaki Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri", B.U.Ü İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 37, S. 2 (2018): 154.

sü sahibi kişiler” ifadesinin eklenmesi yoluyla geçici korunanların da sınır dışı edilmesinin yolu açılmalıdır. Aynı şekilde, bir başka yazar⁵⁷ da geçici koruma altındakilerin hem temel hak ve özgürlükler hem de geri gönderilmeme ilkesinin gözetilmesi suretiyle, bunların menşe ülkelerine değil de, ancak güvenli bir üçüncü ülkeye gönderilmesinin en uygun çözüm olduğunu ifade etmektedir. Görüldüğü üzere, doktrinde geçici korunanların sınır edilmesi konusuna farklı açılardan yaklaşmış olsa da, netice itibarıyla, bunların da sınır edilebileceği sonucuna varılmaktadır. Kanaatimizce de geçici koruma statüsündeki yabancıların da sınır dışı edilmesinin öngörülebileceği gibi, bu hususta 6458 sayılı YUKK’da gerekli değişikliğin yapılması da önem arz etmektedir. Nitekim daha geniş koruma sağlanan uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin Kanunda sınır dışı edilmesi düzenlenmiş iken ve buna karşın geçici koruma kapsamındaki yabancıların bu uygulamadan muaf tutulması gerçekten ilginçtir. Kaldı ki mülteci hukukunun Anayasası diyebileceğimiz ve Türkiye’nin de taraf olduğu 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Konvansiyonunun⁵⁸ 33/2. maddesinde mültecilerin de bazı durumlarda sınır dışı edilebileceği hükme bağlanmıştır. Hükme göre: “1) Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (“refouler”) etmeyecektir. 2) Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümlü mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez”. Dolayısıyla, Konvansiyonun 33./2. maddesi çerçevesinde, bulunduğu ülkenin güvenliği açısından tehlike oluşturan ya da işlediği ciddi bir suçtan dolayı o ülkenin halkı için tehlikeli sayılabilecek bir mültecinin de sınır dışı edilebileceği açık bir şekilde kabul edilmiştir. Buna istinaden, geçici koruma kapsamındaki yabancıların da Türkiye’den sınır dışı edilmesi hususunda Anayasanın 16. maddesinin dikkate alınması suretiyle, 6458 sayılı YUKK’ya, daha doğrusu Kanunun 54. maddesine 3. fıkranın eklenmesi ya da Karaca’nın⁵⁹ da belirttiği üzere, 6458 sayılı YUKK’nın 54. maddesinin 2. fıkrasına bir ekleme yapılarak, “uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler” ifadesinden sonra, “geçici koruma başvurusu veya statüsü sahibi kişiler” kavramının eklenmesi isabetli olabilecektir. Zaten sınır dışı işlemi bağlamında Kanunun 4. maddesi ile Yönetmeliğin 6. maddesi (geri gönderme yasağı) dikkate alınacağı için, geçici korunanların güvenli üçüncü ülkelere sınır dışı edilebilmesi, kanaatimizce, yerinde bir düzenleme olabilirdi. Burada ayrıca belirtmek isteriz ki, her ne kadar basında çıkan bazı haberlerde halkı tahrik ettikleri paylaşımlardan (örneğin, muz yeme videola-

⁵⁷ Ayşe Yasemin Aydoğmuş, “Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi”, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 37, Issue: 2, 164.

⁵⁸ RG: 05.09.1961-10898.

⁵⁹ Karaca, “Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Altındaki Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri”, 154.

rı ve günlük hayatta da Türk toplumunu rahatsız edecek nitelikteki hal ve hareketleri) veya başka sebeplerden dolayı Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşlarının sınır dışı edildikleri ifade edilse de, bunun geçici koruma altındaki kişilerle ilgili gerçeği yansıtmadığı ortadadır. Zira sınır dışı işleminin gerçekleşmesi için hukuki dayanağının olması esastır. Sonuç itibarıyla, geçici koruma altındakilerin de uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler gibi, Kanunun 54/2. maddesindeki sınırlı bazı sebepler dolayısıyla Türkiye'den sınır dışı edilebilmesi öngörülebilir. Bu çerçevede Kanunda yapılacak ilk değişiklikte bu hususun da yeniden gözden geçirilmesinin yerinde olabileceği kanaatindeyiz.

V. GEÇİCİ KORUMA KAPSAMINDAKİ YABANCILAR BAKIMINDAN VATANDAŞLIK ESASINA GÖRE UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ

Konu ile ilgili tebliğimizde son olarak değinmek istediğimiz bir husus daha vardır ki, o da geçici koruma kapsamındaki yabancılar bakımından vatandaşlık esasına göre uygulanacak hukukun tayini meselesidir. Milletlerarası özel hukuk alanında şahsın ve aile hukukuna ilişkin meselelerde yetkili hukuk, prensip olarak, ilgililerin vatandaşlıklarından hareketle tayin edilmektedir. Dolayısıyla, bu durumda ilgili veya ilgililerin *milli hukuku* esas alınmaktadır. Şahsın ve aile hukuku alanında milli hukukun tercih edilmesinin sebebi ise bu alanların kişilerin kültürel kimlikleri ve değerler dünyası ile yakından ilgili olması ile açıklanabilir⁶⁰. Türk hukukunda vatandaşlık esasına göre uygulanacak hukukun tayini MÖHUK'un 4. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak konumuz açısından önem taşıyan hüküm anılan maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde yer almaktadır. Buna göre, “(1) Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe; a) Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanır”. Geçici koruma bağlamında bu hüküm ile ilgili belirtmek istediğimiz husus şudur; maddede yer alan “mülteci” kavramının geniş olarak yorumlanması ve bu hükmün geçici koruma kapsamındaki yabancılar da uygulanabilmesidir. Aslında bu konuya doktrinde de dikkat çekilmiş ve yazarların⁶¹ büyük kısmı geçici korunanların da “mülteci” kavra-

⁶⁰ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, (İstanbul: Beta, 2021), 34.

⁶¹ Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları), (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), dip. 21(a), 79; Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları), (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), dip. 25, 65-66; Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, (İstanbul: Beta, 2020), 69; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, dip. 63, 35-36; Ekşi, Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları, 46-47. Ekşi'nin konu ile ilgili önceki görüşünü değiştirdiği ile ilgili bkz. Ekşi, Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları, dip. 45, 47; Gülin Güngör, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 53; Burcu İrge Erdoğan, “5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasının

mi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kaldı ki, Yüksek Mahkemenin⁶² de aynı yönde verdiği kararları mevcuttur. Bu görüşe katılmakla birlikte, uygulamada ortaya çıkabilecek tüm tereddütlerin ortadan kaldırılması amacıyla, yine de MÖHUK'un 4/1(a). madde hükmünde ufak bir değişikliğin yapılmasının isabetli olabileceği görüşündeyiz. Şöyle ki, hükümde yer alan "mülteci"⁶³ kavramının yerine, Türk hukukunda (6458 sayılı YUKK) öngörülen koruma statülerine dâhil tüm sığınmacıları tanımlayan bir ifade-nin⁶⁴ yer alması, kanaatimizce, yerinde olabilirdi.

SONUÇ

Türk Hukukunda geçici koruma ile ilgili düzenleme ilk defa 6458 sayılı ve 2013 tarihli YUKK ile (m. 91) yasal zemine kavuşmuştur. Kanundaki hükme istinaden 2014 yılında ise Geçici Koruma Yönetmeliği çıkarılmıştır. Geçici koruma ile ilgili düzenlemenin henüz on yılı doldurmamasına rağmen, kanaatimizce, bazı konuların yeniden gözden geçirilmesi yerinde olabilirdi. Bu bağlamda tebliğimizde geçici koruma ile ilgili bazı konulara yer verilmiş ve buna ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur. Aslında, ele aldığımız her konu ayrı bir tebliğ konusunu oluşturabilirdi, fakat bütünlük açısından bunların kısa da olsa birlikte değerlendirilmesi tarafımızca uygun görülmüştür. Bilindiği üzere, Suriye Arap Cumhuriyeti'ndeki iç karışıklıklar nedeniyle, 2011 yılından itibaren Suriye vatandaşları kitlesel akın şeklinde Türkiye'ye gelmektedir. Kayıt altına alınan ve Geçici Koruma Yönetmeliği'ndeki şartları

da Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme", DEÜ HFD, C. 20, S. 1 (2018): 403; MÖHUK madde 4/1(a) hükmünün geçici koruma kapsamındaki yabancılara uygulanmayacağı yönünde aksi görüş için bkz. Ayşe Kübra Altıparmak, İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 110-112. Demirdelen'e göre de, geçici koruma kapsamındakiler ve özellikle Bayramlar sebebiyle Suriye'ye gidenler hakkında vatandaşlık esasına göre uygulanacak hukukun milli hukuk olması yerinde olacaktır; Özge Demirdelen, Vatandaşlık Esasına Göre Yetkili Hukuk (Vatansız ve Mülteciler Açısından), (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 164-165.

⁶² Yargıtay 2. HD, E.2009/19552, K.2019/2037, T. 08.02.2010, bkz. Nuray Ekşi, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010), 6 vd; Yargıtay 2. HD, E. 2012/13194, K. 2013/1781, T. 24.01.2013, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁶³ "Mülteci" kavramı 6458 sayılı YUKK'nın 61. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "(1) Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir".

⁶⁴ Uлуу Karataş'a göre, MÖHUK madde 4/1(a) hükmündeki "mülteci" yerine "vatandaşı olduğu ülkenin diplomatik himayesinden yararlanamaması sebebiyle koruma talep eden veya sağlanan kişiler" ifadesinin yer alması isabetli olabilirdi; Ayşe Elif Uлуу Karataş, "Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(1)-21-81, (2020): 51.

taşıyan Suriyeliler geçici koruma kapsamına alınarak, Yönetmelikte belirtilen haklardan istifade etmektedir. Bu bağlamda tebliğimizde ilk olarak dikkat çekmek istediğimiz husus, kayıt esnasında menşe ülkeleri ile ilgili doğru bilgileri vermeyen ya da gerçeğe aykırı beyanlarda bulunanlar hakkında bir yaptırımın uygulanması ile ilgilidir. Zira bu durum ilerleyen zamanlarda, özellikle aile hukuku alanında ciddi sorunlara yol açarak, zaten yoğun çalışan yetkili idari ve adli makamları gereksiz yere meşgul ederek iş yükünün artmasına sebebiyet vermektedir. Tebliğimizde geçici koruma ile ilgili değindiğimiz bir başka konu da çalışma hakkı bağlamında mevzuatta öngörülen şartları taşıyan geçici korunanlara da Turkuaz Kartın verilebilmesidir. Ancak bunun için öncelikle ilgili kişi bakımından geçici korumanın bireysel olarak sona erdirilmesi icap etmektedir. Her ne kadar 6735 sayılı UİK'te geçici koruma altındaki yabancılara Turkuaz Kartın verilmeyeceği hüküm altına alınmış olsa da, kanaatimizce, ülke ekonomisi açısından geçici koruma kapsamındaki nitelikli iş gücünden istifade edilmesi faydalı bir uygulama olabilirdi. Yine ele alınan konular arasında geçici koruma statüsünün bireysel olarak sona ermesi de yer almaktadır, zira bununla ilgili mevzuat ile uygulama arasında bazı çelişkilerin olabileceğini düşünmekteyiz. Yine bu çerçevede geçici koruması bireysel olarak sona erenlerin yeniden geçici koruma hükümlerinden yararlanabileceklerine de değinilmiştir. Geçici koruma ile ilgili tebliğimizde yer verdiğimiz bir diğer konu da, geçici koruma statüsündeki yabancıların da sınır dışı edilmesi ile ilgilidir. Her ne kadar mevzuatta buna ilişkin açık bir hükme yer verilmemiş ve Anayasa Mahkemesi Kararında bunların sınır dışı edilemeyeceği ifade edilmiş olsa da, geçici korunanların da sınırlı bazı sebeplerden ötürü sınır dışı edilmesinin isabetli olabileceği görüşündeyiz. Son olarak da tebliğimizde geçici koruma kapsamındaki yabancılar bakımından vatandaşlık esasına göre yetkili hukukun tayini meselesine değinilmiştir. Konu ile ilgili hem doktrin hem uygulamada büyük ölçüde görüş birliğinin sağlandığını söylemek mümkün olsa da, yine de 5718 sayılı MÖHUK'un 4/1(a). maddesinde buna ilişkin değişikliğin yapılmasının yerinde olabileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA:

- Altıparmak, Ayşe Kübra, *İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- Ayan, Hasan Alparslan, "Türk Hukukunda Turkuaz Kart Sahibi Yabancıların Çalışma Şartları", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1 (2018): 53-81.
- Aybay, Rona, *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.
- Aydoğmuş, Ayşe Yasemin, "Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi", *Public and Private International Law Bulletin*, Volume: 37, Issue: 2: 141-169.
- Çalışkan, Zeynep, "Yabancı Yatırımların Teşviki: Turkuaz Kart Uygulaması ve Bazı Ülkelerdeki Benzer Düzenlemeler", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2 (2016): 55-88.
- Çelikel, Aysel, Öztekin Gelgel, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, 20. Bası. İstanbul: Beta, 2014.
- Çelikel, Aysel, Erdem, B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası. İstanbul: Beta, 2020.
- Çiçekli, Bülent, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, Güncellenmiş 6. Baskı. Ankara: Seçkin, 2016.
- Çörtoğlu Koca, Sema, Kavşat, F. Candan, "Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1 (2015): 329-366.
- Demirdelen, Özge, *Vatandaşlık Esasına Göre Yetkili Hukuk (Vatansız ve Mülteciler Açısından)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Doğan, Vahit, *Türk Yabancılar Hukuku*, 6. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Nuray Ekşi, "Türkiye'de Bulunan Suriyeli,lerin Hukuki Statüsü", *LHD*, Volume: 10, Issue: 119, (2012): 3-22.
- Ekşi, Nuray, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010.
- Ekşi, Nuray, "Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 8, S. 6 (2014): 65-89.
- Ekşi, Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku (Yabancılar)*, 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2016.
- Ekşi, Nuray, *Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları*. İstanbul: Beta, 2021.
- Elçin, Doğa, "Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar", *TBB Dergisi*, 124 (2016): 9-80.

- Erdoğan, Burcu İrge, “5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme”, *DEÜ HFD*, C. 20, S. 1 (2018): 397-430.
- Güngör, Gülin, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Karaca, H. Akif, “Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Altındaki Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri”, *B.U.Ü İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 2 (2018): 141-166.
- Karagül, Dilara, “Turkuaz Kart Uygulaması”, *Public and Private International Law Bülteni*, C. 39, S. 2 (2019): 393-414.
- Kavlak, Bengül, “Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: Turkuaz Kart”, *YBHD*, C. S. 2 (2019): 337-362.
- Kaya, Cansu, “Türkiye’de Geçici Koruma Statüsü Yabancıların Çalışma Hakları”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 5 (2017): 57-77.
- Odman, Tefik, *Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku, Yetkin Yayınları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Özel, Sibel, “Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, *YÜHFD*, C.XVII, S. 2 (2020). Özkan, Işıl, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku*, Güncellenmiş 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2018.
- Sirmen, K. Sedat, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 67, S. 3 (2009): 29-45.
- Şanlı, Cemal, Esen, Emre ve Ataman-Fıganmeşe, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Bası. İstanbul: Beta, 2020.
- Tekinalp, Gülören, *Türk Yabancılar Hukuku*, 6. Bası. İstanbul: Beta, 1998.
- Tekinalp, Gülören, Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Tekinalp, Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Ulus Karataş, Ayşe Elif, “Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(1)-21-81 (2020): 21-81.

İNTERNET KAYNAKLARI:

- Kaya, Muammer, “*Beyin Göçü/Erozyon*”, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Erişim tarihi 12.03.2022, <http://www.isguc.org/?p=article&id=152&cilt=5&sayi=2&yil=2003>.

ULUSLARARASI DENİZ TRAFİĞİNİN KOLAYLAŞTIRILMASI SÖZLEŞMESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE BİR İNCELEME

*Nurser GÖKDEMİR IŞIK**

GİRİŞ

1965'te kabul edilen ve 1967'de yürürlüğe giren Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesinin temel amacı uluslararası sefer yapan gemilerin limandaki işlemlerinin basitleştirilmesi, kolaylaştırılması, formalitelerin azaltılması ve belge bazında yükümlülüklerin asgari seviyeye indirilmesidir. Dünya çapında geniş bir kabul gören sözleşmeye 2022 yılı itibari ile 126 ülke taraf olup; bu sayı dünya tonajının %95,71 dir.¹

8.4.2014 tarihli ve 6530 sayılı Kanunla (RG T: 16/4/2014, Sayı: 28974) Türkiye Cumhuriyeti'nin katılımının uygun bulunduğu Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi'ne katılımı, Dışişleri Bakanlığı'nın 6/1/2016 tarihli ve 10261832 sayılı yazısı üzerine Bakanlar Kurulu tarafından 1/2/2016 tarihinde kararlaştırılmıştır. Katılma belgesi, tevdi makamına 13/5/2016 tarihinde sunulmuştur. Milletlerarası Sözleşme Türkiye hakkında 12/7/2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²

Sözleşme, standartları "uluslararası deniz trafiğini kolaylaştırmak için gerekli ve uygulanabilir" uluslararası kabul görmüş önlemler ve önerilen uygulamaları "arzu edilen" önlemler olarak tanımlamaktadır. Sözleşme, herhangi bir uluslararası standarda uymayı pratik bulmayan veya farklı düzenlemeler kabul etmeyi gerekli bulan herhangi bir Sözleşmeye taraf devletin, Uluslararası Denizcilik Örgütü Genel Sekreterini kendi uygulamaları ile söz konusu standartlar arasındaki "farklılıklar" konusunda bilgilendirmesini öngörmektedir. Aynı prosedür, yeni veya değiştirilmiş standartlar için de geçerlidir. Tavsiye edilen uygulamalar söz konusu olduğunda, taraf devletlerin yasalarını buna göre ayarlamaları istenmektedir, ancak yalnızca kendi formalitelerini, belge gerekliliklerini ve prosedürlerini tam olarak uyumlu

* Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi, nurser.gokdemir@deu.edu.tr.

¹ "Status of Treaties", Erişim Tarihi: Temmuz 26, 2022. <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/About/Conventions/StatusOfConventions/StatusOfTreaties.pdf>,

² "Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi Hakkında", Erişim Tarihi: Mayıs 8, 2022. <https://denizhukuku.bilgi.edu.tr/media/document/2020/04/28/uluslararasi-deniz-trafiginin-kolaylastirilmasi-sozlesmesi.pdf>

hale getirdiklerinde Genel Sekreter'i bilgilendirmeleri gerekmektedir. Standartlara ve önerilen uygulamalara ilişkin bu esnek kavram, diğer hükümlerle birleştiğinde, uluslararası deniz trafiğinin kolaylaştırılmasında tek tip önlemlerin oluşturulmasına ve benimsenmesine yönelik sürekli ilerleme sağlanmasına olanak tanımaktadır.

1. Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi (FAL Sözleşmesi) Temel Özellikleri

Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi'nin hedefi, Devletler arasındaki işbirliğini teşvik ederek mümkün olduğunca basit, verimli ve güvenli deniz trafiği ve deniz ticareti faaliyetini gerçekleştirilmesidir.

Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi, yalnızca gemilerin değil aynı zamanda mürettebatın, yolcuların, bagajların ve yüklerin varış, kalış ve kalkışlarında izlenecek prosedürlere ilişkin standartları ve önerilen uygulamaları içeren bir ek olmak üzere 16 maddelik temel metne sahiptir.

Sözleşmenin Ekinde, geminin kendisine ve mürettebatına, yolcularına, bagajına ve yüke varış, kalış ve ayrılıştaki uygulanması gereken formaliteler, belgesel gereklilikler ve prosedürler hakkında "Standartlar" ve "Önerilen Uygulama" yer almaktadır. Sözleşmede, Standartlar "uluslararası deniz trafiğini kolaylaştırmak için gerekli ve uygulanabilir" uluslararası kabul görmüş önlemler, Önerilen Uygulama ise, uygulanması arzu edilen önlemler olarak belirlenmiştir. Ek'in yapısı aşağıdaki gibidir:

1. Tanımlar ve genel hükümler
2. Geminin varış, bekleme ve ayrılışı
3. Şahısların Varış ve Ayrılışları
4. Kaçak Yolcular
5. Yükün ve diğer eşyanın varışı, beklemesi ve ayrılışı
6. Hayvanlar ve bitkiler hakkında sıhhi tedbirler dahil halk sağlığı ve karantina
7. Muhtelif Hükümler³.

Taraf devletler arasındaki bilgi alışverişini basitleştirmek ve uyumlu hale getirmek için FAL Sözleşmesi, tüm üye ülkeler tarafından kullanılacak yedi belge için standartlaştırılmış FAL formları belirlemiştir. FAL Form 1, gemi ve sefer hakkında genel bilgileri içerir. Genel Beyanname, geminin adı, IMO numarası, çağrı işareti, sefer numarası ve geminin bayrak durumu, varış ve

³ "Convention on Facilitation of International Maritime Traffic (FAL)", Erişim Tarihi: Nisan 05, 2022. [https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Convention-on-Facilitation-of-International-Maritime-Traffic-\(FAL\).aspx](https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Convention-on-Facilitation-of-International-Maritime-Traffic-(FAL).aspx)

hareket limanı ve yetkili kişinin imzası hakkında bilgi verir. Genel Beyanname, genel bilgilere ek olarak, geminin varış veya kalkış tarihi ve saati, gemi acentesinin adı ve iletişim bilgilerinin yanı sıra yük, mürettebat ve yolcu sayısı hakkında bilgileri içerir. İkinci FAL formu Yük Deklarasyonudur. Yük Beyannamesi, gemi ve yük hakkında, paketlerin sayısını ve tipini, malların tanımını, (varsa) GTİP kodunu, brüt ağırlığı ve yükün ölçü birimini belirten bilgileri içerecektir. FAL Form 3, eşyanın adı, miktarı, gemideki konumu ve resmi kullanım gibi depolarla ilgili bilgileri içerecek olan Gemi Ambarları Beyanını temsil eder. FAL Form 4, mürettebat üyelerinin kişisel eşyalarına atıfta bulunan Mürettebat Etkileri Beyannamesine atıfta bulunur ve mürettebatın kişisel eşyaları, adları, soyadı ve görevleri veya dereceleri hakkında bilgiler içerir. Bu formda ayrıca, gümrük vergilerinden muaf tutulamayacak ve/veya geminin seyir yaptığı ülkeye girişlerinde yasak veya kısıtlamalara tabi olan eşyalar da listelenmektedir. FAL Form 5 – Mürettebat listesi, kimin, ne zaman ve hangi belgeye göre gemiye katıldığını ve hangi görevleri yerine getirdiğini belirlemek için tutulur. Geminin limana geliş ve limandan ayrılışının teyidini sağlar ve Liman Başkanlığı tarafından düzenlenir. Mürettebat listesi, mürettebat üyeleri hakkında adı, soyadı, görevi, uyruğu, doğum tarihi ve yeri, cinsiyeti, kimlik belgesinin numarası, kimlik belgesinin verildiği Devlet ve bu kimlik belgesinin son kullanma tarihi gibi önemli bilgileri içerir. FAL Form 6 – Deniz seferleri için yolcu listesi ve sefer bilgilerini sağlar. Bir geminin limana geliş ve gidişinde de aynı form kullanılır. Bu form, yolcular hakkında, adı, soyadı uyruğu, doğum tarihi ve yeri, cinsiyeti, kimlik veya seyahat belgesinin türü ve seri numarası, kimlik veya seyahat belgesinin düzenlenmesi durumu ve belgenin son kullanma tarihi, biniş ve iniş limanı gibi önemli bilgileri içerir. Yedinci form, tehlikeli yükler ile ilgilidir. FAL Form 7'de tehlikeli yük taşıyan bir gemi tarafından, istif pozisyonu, referans numarası, işaretleme ve numaralar, UN numarası, uygun sevkiyat adı, yan riskler, paketleme grubu, ek bilgiler, paketlerin sayısı ve çeşidini detaylandırarak düzenlenir⁴.

1.1. Uluslararası Deniz Trafikinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi Tarihçesi

Denizcilik ve ticaret yirminci yüzyılın başlarında gelişip büyüdükçe, evrak işleri de artmıştı. 1950'lerde bu durum bir tehdit olarak görülmüştür. Taşınan yükler ve kişiler hakkındaki bilgiler genellikle aynı olmakla birlikte gerekli olan ayrı belgelerin sayısı limandan limana değişiyordu. Formların çeşitliliğine ve gereken kopya sayısına, yerel dilde tercüme, konsolosluk vizesi gereklilikleri, belge boyutundaki ve kullanılan kâğıt farklılıkları ve sunulan bilgilerin gemi kaptanı tarafından onaylanması gerekliliği gibi diğer prosedürlerde de operasyonel zorluk oluştuyordu. 1960'ların başında,

⁴ Biserka Rukavina, Ana Panjako, "Legal Regulations for Ships Arriving in and/or Departing from Ports – Achievements and Open Issues", Scientific Journal of Maritime Research 34 (2020) 121-128, s.122.

devletler yaşanan operasyonel zorluğun giderilmesi gerekliliğini belirlemişler ve bu durum ilk toplantısını 1959'da yapan Uluslararası Denizcilik Örgütü gündemine alınmıştır.

1961'de yapılan 2. toplantıda, Uluslararası Denizcilik Örgütünün konuyu ele almasını tavsiye eden A.29 (II) sayılı kararı kabul edilmiştir. Uluslararası deniz trafiğinin kolaylaştırılmasına yardımcı olmak için uluslararası bir sözleşmenin kabul edilmesini tavsiye eden bir Uzman Grubu toplanmıştır.

Hazırlanan sözleşme taslağını incelemek üzere görevlendirilen uzmanlar kolaylaştırmayı gümrük, göçmenlik ve sağlık olmak üzere üç ana başlık altında çalışmıştır. Üç alt grup bu problemlerin her birini ayrı ayrı incelemiştir. Gümrük konusunda çalışan alt grup Mar del Plata Konferansı ve BM Uluslararası Seyahat ve Turizm Konferansı sonuçlarının incelemiş, liman yetkilileri tarafından istenen kişiler ve yük için gemilerin giriş ve çıkışları ile ilgili formalite ve belgelere ilişkin anket göndermiştir. Göçmenlikle ilgili alt grup Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü ve Amerikan Devletleri Örgütü uygulamalarındaki emsallere, sağlıkla ilgili alt grup ise Dünya Sağlık Örgütü tarafından kabul edilen ilgili prosedürleri hakkında bilgi almıştır⁵.

1963 yılında 3. Uluslararası Denizcilik Örgütü Genel Kurulu, uzman grubunun raporunu onaylayan A.63 (III) sayılı kararı kabul etmiş ve Örgütü himayesinde yapılacak bir konferansta kabul edilmesi düşünülen bir sözleşme taslağının hazırlanmasını tavsiye etmiştir. Konferans usulüne uygun olarak gerçekleşmiş ve 1965 tarihli Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi (FAL), 9 Nisan'da imzaya açılmıştır.⁶ Konferansa elli yedi devlet temsilcisi katılmıştır. Türkiye, onbir gözlemci ülkeden biridir⁷.

1.2. Kolaylaştırma Komitesi (FAL Komitesi)

Kolaylaştırma Komitesi ilk kez 1973 yılı Nisan ayında toplanmıştır. Komite, gemilerin, kişilerin ve limanlardan gelen yüklerin varış, kalış ve kalkışları da dahil olmak üzere uluslararası deniz trafiğinin kolaylaştırılmasıyla ilgili konularla ilgilenir. Komite ayrıca, tek pencere konsepti de dahil olmak üzere elektronik ticareti ele alır ve düzenleme ile uluslararası deniz ticaretinin kolaylaştırılması arasında doğru dengenin kurulmasını sağlamayı amaçlar.

FAL Komitesinin etkin bir şekilde işlemesi için hem Devlet kurumları hem de sektör olmak üzere deniz taşımacılığının kolaylaştırılmasında yer

⁵ Charles Henry Alexandrowicz, "Convention on Facilitation of International Maritime Traffic and International Technical Regulation," *International and Comparative Law Quarterly* 15, no. 3 (1966): 621-659, s.628.

⁶ "History of Facilitation", Erişim Tarihi: Nisan 01, 2022. <https://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/Pages/History-of-Facilitation.aspx>

⁷ "Inter-Governmental Maritime Consultative Organization: Convention on Facilitation of International Maritime Traffic", *International Legal Materials*, Cambridge University Press May 1965, Vol. 4, No. 3: 501-511.

alan tüm paydaşların ulusal ve gözlemci delegasyonlarda temsil edilmesi ve toplantılarına aktif olarak katılmaları, görüş alışverişinde bulunmaları ve en iyi uygulamalar hakkında fikir alışverişinde bulunmaları önemlidir⁸.

Kolaylaştırma Komitesi, Uluslararası Deniz Trafikinin Kolaylaştırılması Sözleşmesinin güncellenmesiyle ilgilenir. Kolaylaştırma Komitesi (FAL 46), (9 -13 Mayıs 2022) son toplantısında denizcilik tek pencere sistemi, Covid 19 pandemisi, yasadışı uluslararası vahşi yaşam ticaretiyle mücadele, deniz otonom su üstü gemileri ile ilgili düzenlemeler, ulusal kolaylaştırma komiteleri, siber güvenlik konuları üzerinde durulmuştur. Covid 19 pandemisi çerçevesinde, taraf Devletlerin, içsularında bulunan uyrukları veya gemilerinin bayrağı ne olursa olsun, liman işçilerini ve gemi mürettebatını kilit çalışanlar olarak belirlemeleri gerektiği, kişilerin geliş ve gidişleriyle ilgili değişiklikler, kamu makamlarının yolcuları aşı gereksinimleri hakkında kalkıştan yeterince önce bilgilendirmesini ve Uluslararası Aşı Sertifikasını kullanmalarını gerektiği vurgulanmıştır.

FAL Komitesi tarafından Deniz Otonom Su Üstü Gemileri ile ilgili düzenleyici kapsam belirleme çalışması tamamlanmıştır. Terminolojideki boşluklar, kaptan ve mürettebatın yanı sıra operatörlerin rolü ve sorumluluğunun düzenlemesi gerekliliği belirtilmiştir. FAL Sözleşmesi ile ilgili olarak, tanımlanan konulardan biri, kaçak yolcuları, mültecileri ve denizde kurtarılan kişileri tanımlama ve yönetme yükümlülüğü ve bu durumun mürettebatı olmayan gemilerle nasıl ilişkili olduğudur.

Siber risk ile ilgili olarak ise, Uluslararası Limanlar ve Limanlar Birliği siber risk yönetimine ilişkin kılavuzu FAL Komitesi tarafından onaylanmıştır. Limanlar ve Liman Tesisleri için Siber Güvenlik Kılavuzu liman yönetimi tarafından kullanılmak üzere tasarlanmıştır. Operatörleri siber riskleri kendi operasyonları bağlamında değerlendirmeye ve personel için teknik eğitim içeren bir siber risk yönetimi stratejisi geliştirmeye teşvik etmektedir⁹.

2. Uluslararası Deniz Trafikinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi (FAL) Değişiklikleri

Uluslararası Deniz Trafikinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi, 1965 yılında kabul edilmesinden bu yana birkaç kez değiştirilmiştir. Son değişiklikler 2016 yılında kabul edilmiş ve 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu değişikliklerle birlikte, Gemi Ambarları Beyanı – IMO FAL hariç tüm IMO FAL Formları değiştirilmiştir. Form 3 ve 01 Ocak 2018'den beri yürürlüktedir. Ülkeler arasında veri alışverişini daha da kolaylaştırmak amacıyla, Nisan 2019'dan itibaren elektronik bilgi alışverişi herkes için zorunlu hale gelmiştir;

⁸ "Facilitation Committee", Erişim Tarihi: Nisan 05, 2022. <https://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/Pages/FALCommittee-default.aspx>

⁹ "Facilitation Committee" (FAL 46), 9 to 13 May 2022, Erişim Tarihi: Nisan 05, 2022. <https://www.imo.org/en/MediaCentre/MeetingSummaries/Pages/FAL-46th-Session.aspx>

Uluslararası Denizcilik Örgütü, elektronik bilgi alışverişine ek olarak, belgelerin çoğaltılmasına gerek kalmadan bilgilerin tek bir portal üzerinden sunulmasına izin vermek için tek bir denizcilik penceresinin kullanılmasını da teşvik eder. IMO FAL formlarının değiştirilmesine ve bunların zorunlu elektronik olarak sunulmasına ek olarak, bir Üye Devletin yetkili makamları tarafından talep edilebilecek üç ek belge eklenmiştir. İlk belge, SOLAS Sözleşmesi madde XI -2 / 9.2.2 uyarınca güvenlikle ilgili bilgilere atıfta bulunur. Yetkili gümrük makamları tarafından yürütülen, doğru ve kapsamlı bir değerlendirilmenin başarısının mevcut yük verilerine de bağlı olduğu risk değerlendirme sürecine de dikkate alınarak, Dünya Gümrük Örgütü, Gelişmiş Kargo Bilgileri (ACI) yayınlanmıştır. Üçüncü belge, gemilerin atıkları ve geminin karadaki alıcı tesislere veya terminale teslim etme ihtiyacı hakkında bilgi verilmesini ifade eder. Hizmet sağlayıcıların atık ve yük artıklarının alımını zamanında ve kaliteli bir şekilde planlayabilmeleri, ayrıca belirli bir tür veya miktarda atık kabul edememeleri durumunda terminali yöneten kişilere bilgi verilebilmesi için; önceden teslimat bildirimini alırlar. MARPOL Sözleşmesi kapsamında, Liman Kabul Tesislerine Atık Teslimi Ön Bildirim Formu Standard Formatı bulunmaktadır. Uluslararası seyrüseferdeki gemilerin, mürettebatın, yolcuların ve yüklerin, güvenliği sağlamak, deniz kirliliğini azaltmak için hem limana girişte hem de limandan ayrılırken bir dizi resmi kontrol ve prosedüre tabi tutulması tartışılmazdır. Bu kontroller ayrıca, kamu sağlık sigortası, belirli kısıtlamalara veya yasaklara tabi olan yük ithalat ve ihracatının kontrolü ve insan ticaretinin önlenmesi ile ilgili çok çeşitli konuları ele almaktadır. Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi 2002-2005-2009 ve 2016 değişiklikleri içerikleri Tablo 1'de belirtilmektedir.

Tablo 1: Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi Değişiklikleri

	Değişiklik	Yürürlüğe Giriş	İçerik
1	2002 değişiklikleri Kabul: 10 Ocak 2002	1 Mayıs 2003	-Kaçak Yolcular -Tehlikeli Madde (FAL Form 7)
2	2005 değişiklikleri Kabul: 7 Temmuz 2005	1 Kasım 2006	-Tekrarı önlemek için tüm bilgilerin tek bir noktaya sunulması için elektronik bilgi aktarımının teşvik edilmesi -Denizde kurtarılan kişiler
3	2009 değişiklikleri Kabul: 16 Ocak 2009	15 Mayıs 2010	-Belgelerin içeriği ve amacı ile ilgili bölümlere ilişkindir; varış ve ayrılış gereklilikleri ve prosedürleri; yolcuların, mürettebatın ve bagajın geçişini kolaylaştıracak önlemler; ve kruvaziyer yapan gemiler ve kruvaziyer yolcuları için kolaylaştırma önerileri içerir - "Seyahat numarası" tanıtıldı ve yeni IMO FAL Formları onaylandı.
4	2016 değişiklikleri Kabul: 8 Nisan 2016	1 Ocak 2018	-Kargo Taşıma Birimi (CTU), gümrükleme, yük konteyneri, Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik (ISPS) Kodu, kaptan, gemi acentesi, gönderici ve tek pencere için yeni tanımlar getirmektedir. -9 Nisan 2019'dan itibaren , 12 aydan az olmayan bir geçiş süresiyle elektronik bilgi alışverişi zorunludur. Tek Pencere" sistemlerinin kullanımına atıfta bulunuyor . -IMO FAL Form 3 dışındaki tüm FAL formları revize edilmiştir.

Kaynak:[https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Convention-on-Facilitation-of-International-Maritime-Traffic-\(FAL\).aspx](https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Convention-on-Facilitation-of-International-Maritime-Traffic-(FAL).aspx)

2.1. Uluslararası Deniz Trafikinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi 2022 Yılı Değişiklikleri

Uluslararası Denizcilik Örgütü Denizcilik Kolaylaştırma Komitesi'nin 9-13 Mayıs 2022 tarihleri arasında gerçekleştirdiği 46. oturumunda; denizcilikte dijitalleşmenin hızlandırılması açısından önemli bir adım olarak veri değişiminde denizcilik tek pencere sistemini tüm limanlarda zorunlu tutan sözleşme değişikliklerini onaylanmıştır. Değişikliklerin 1 Ocak 2024 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesi beklenmektedir.

Sözleşme ile getirilen önemli değişikliklerden biri olan "Denizcilik Tek Pencere Sistemi"; gemi, yük ve yolcuların limana varmaları, limanda bulunmaları ve limandan ayrılmalarına ilişkin gerekli iş ve işlemleri takip etmekle yetkili tüm kamu otoritelerinin bu işlemleri mükerrer uygulamalara yol açmaksızın tek bir pencere üzerinden yapabilmelerini sağlayan, tavsiye niteliğinde bir uygulamadır.

Sözleşmenin revize edilmesi ile birlikte yük, yolcu ve mürettebata ilişkin gerekli elektronik bilgi değişiminin bu alanda görevli kamu otoriteleri tarafından kurulması ve kullanılması zorunlu hale getirilmiştir. Denizcilik tek pencere ve ilgili sistemler aracılığıyla iletilen bilgilerin güvenilirliği ve geçerliliğinin sağlanmasına ilişkin rehber niteliğindeki dokümanlar da onaylanmıştır. Tek pencere sistemini halihazırda kullanan üye ülkelerin bilgi ve tecrübe paylaşımı için IMO Küresel Entegre Bilgi Sisteminde (GISIS) yeni bir modül açılması da kararlaştırılmıştır¹⁰.

Kolaylaştırma Komitesi, kırk beşinci oturumunda (1- 7 Haziran 2021), denizcilik tek pencere sisteminin kurulmasına ilişkin Kılavuz onaylanmıştır. "Denizcilik tek pencere" (MSW) terimi, liman giriş/çıkış beyanı, güvenlik raporları bildirim ve özel sektör ile kamu arasındaki diğer ilgili bilgiler gibi denizcilik ve liman idari prosedürlerini kapsayan tek noktadan hizmet ortamı olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir deyişle MSW, denizcilik ve liman alanları kapsamında tek bir penceredir. Bazen bazı ülkeler için bir MSW, bir NSW olarak da hizmet verebilir veya tek pencere/gümrük tek pencere (TSW/CSW) ticareti yapabilir. Denizcilik tek pencere (MSW) terimi devletlerce farklı isimlerle kullanılmaktadır. Örneğin, ASEAN ülkelerinde ve Japonya'da bir MSW'ye "Port EDI sistemi" denir.¹¹ Tablo 2 'de Denizcilik tek pencere sistemi uygulayan devletlerin kullandıkları ad ve sistemin hukuki çerçevesi belirtilmektedir.

¹⁰ T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Denizcilik Genel Müdürlüğü. "Dünya Denizciliğindeki Son Gelişmeler Bülteni Haziran 2022", Erişim Tarihi: Temmuz 01, 2022. <https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/aylik-yayinlar/mayis-ayi-dunya-denizciligindeki-son-gelistmeler-bulteni-2022-6.pdf,s.3>

¹¹ "Guidelines For Setting Up a Maritime Single Window", Erişim Tarihi: Nisan 05, 2022. <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Facilitation/Facilitation/FAL.5-CIRC.42-REV.1.pdf,s.7>.

Tablo 2: Denizcilik Tek Pencere Sistemi Uygulamaları

	Ülke	Kullanılan Sistemin Adı	Hukuki Çerçeve
1	FINLANDIYA	Portnet	1.Directives 2010/10/EU, 2002/59/EC (as amended), 2009/16/EC; 2. Vessel Traffic Service Act (823/2005), Act on Fairway Dues (1122/2005), Customs Act (304/2016).
2	ALMANYA	National Single Window (NSW) Deutschland	1. Directive 2010/65/EU of the European Parliament and of the Council on reporting formalities for ships arriving in and/or departing from ports of the Member States; 2. National Law, "Gesetz über das Verfahren für die elektronische Abgabe von Meldungen für Schiffe im Seeverkehr über das Zentrale Meldeportal des Bundes", (Act of Parliament about the procedure for reporting by electronic means for seagoing ships over the Federal National Single Window).
3	JAPONYA	NACCS (Nippon Automated Cargo and Port Consolidated System)	1. National law (namely, Act on Processing, etc. of Business Related to Import; and Export by Means of Electronic Data Processing System).
4	MARSHALL ADALARI	Maritime single window	-----
5	KORE	Port-MIS	1. Article 89 of the Harbor Act Article 88 of the Enforcement Decree of the Port Act Regulation on procedures for establishing, operating and using port logistics integrated information system
6	İSPANYA	DUEPORT	1. Directive 2010/65/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on reporting formalities for ships arriving in and/or departing from ports of the Member States and repealing Directive 2002/6/EC. 2. Real Decreto 1334/2012, de 21 de diciembre, sobre formalidades exigibles a buques mercantes que lleguen a puertos españoles o salgan de estos. 3. Orden FOM/1194/2011, de 29 de abril, por la que se regula el procedimiento integrado de escala de buques en puertos de interés general.
7	İSVEÇ	Reportal (The Swedish Maritime Single Window)	1. Directive 2010/65 (EU) 2. National laws
8	UKRAYNA	Maritime single window – MSW (Морське Східне Вікно – MCB)	Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 21 May 2012 No.451 "Issues of passing through the state border of persons, road, water, rail and air transport carriers and goods moved by them".

Kaynak: FAL/5/Circ.42/Rev.1, 1 July 2021, GUIDELINES FOR SETTING UP A MARITIME SINGLE WINDOW

2.2. Uluslararası Deniz Trafikinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi Türkiye Uygulaması

Ülkemizde, ilgili kurumlarımızın katkıları FAL Sözleşmesinde yer alan tavsiyelere uygun olarak ve Avrupa Birliği standartları göz önünde bulundularak hazırlanan Liman Tek Pencere (LTP) Sistemi 1 Temmuz 2018 tarihinde uygulamaya alınmıştır. LTP Sistemi ile farklı kurumlarca talep edilen bildirimler harmonize edilerek ortak bir veri listesi oluşturulmuş, gemi ilgileri tarafından bu verilerin tek noktadan ve bir defada sisteme kaydedilerek ilgili kurumlara gönderebilmesi sağlanmıştır. İlgili kurumların yaptığı işlemlerin sonuçlarının ve düzenlenen belgelerin de gemi ilgileri tarafından yine aynı sistem üzerinden görüntülenebilmesi sağlanmıştır¹².

Türkiye'deki tek pencere sistemi gemiadamları, gemi sicili, liman devleti kontrolü gibi diğer e-denizcilik sistemleri ile entegredir. Tek pencere sistemi ile gemi acentelerinin ihtiyaç duyduğu bürokratik süreç hızlandırılarak zaman ve kâğıt tasarrufu sağlanmakta, sistem izlenebilirliğe izin vermekte, kullanıcı grupları gönderileri takip edebilmektedir. Sistem ulusal sınırlar

¹² T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Denizcilik Genel Müdürlüğü. "Dünya Denizciliğindeki Son Gelişmeler Bülteni Haziran 2022", Erişim Tarihi: Temmuz 01, 2022. <https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/aylik-yayinlar/mayis-ayi-dunya-denizciligindeki-son-gelistmeler-bulteni-2022-6.pdf>,s.4.

içerisinde Deniz Kuvvetleri Komutanlığı ve Sahil Güvenlik gibi ilgili kamu kuruluşları tarafından da aktif olarak kullanılmaktadır¹³ .

SONUÇ

1965 yılında kabul edilen Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesinin amacı bir geminin limana gelişi ve limandan ayrılması için gerekli belgeleri basitleştirmek ve azaltmaktır. Bu çerçevede tüm taraf Devletler tarafından kullanılacak yedi standart FAL formu belirlenmiş, geminin, mürettebatın, yolcuların, bagajın ve yükün geliş, kalış ve kalkışında izlenecek prosedürlere ilişkin standartlar ve tavsiye edilen uygulamalar yayınlanmıştır.

Gelişen teknoloji ile birlikte gemiler ve limanlar arasında zorunlu elektronik bilgi alışverişi sistemlerinin oluşturulması dijital denizcilik dünyasına doğru atılan önemli bir adımdır. 2024 yılı itibari ile tüm limanlarda zorunlu tutulması planlanan denizde tek pencere sistemi tüm taşıma sistemleri arasında entegrasyonu sağlamakla birlikte bu sistemin yasal çerçevesi kritik öneme sahiptir. Bu sistem gümrük, sınır kontrolü, halk sağlığı ve ulaştırma yetkili makamlarının işbirliğini gerektirmektedir. Devlet kurumları ve paydaşlar arasındaki işbirliği, tek pencere sistemi operasyonlarının etkinliği ve getirilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Bu çerçevede sistem geliştirme, bakım ve işletim için sorumluluklar ve yükümlülükler açık bir şekilde belirlenmeli ve geliştirilmelidir. Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi tarafı olarak Türkiye, Kolaylaştırma Komitesinin çalışmalarını izleyerek ve Sözleşmede yapılacak gelecekteki değişiklikler ile ilgili düzenlemeler yapmaya devam etmelidir.

¹³ Emre Peynirci, "The Rise of Emerging Technologies: A Quantitative-Based Research on "Maritime Single Window" in Turkey", Research in Transportation Business & Management, 2021. s.8.

KAYNAKÇA

- Alexandrowicz, Charles Henry. "Convention on Facilitation of International Maritime Traffic and International Technical Regulation," *International and Comparative Law Quarterly* 15, No. 3 (1966): 621-659.
- "Convention on Facilitation of International Maritime Traffic (FAL)", Erişim Tarihi: Nisan 05, 2022. [https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Convention-on-Facilitation-of-International-Maritime-Traffic-\(FAL\).aspx](https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Convention-on-Facilitation-of-International-Maritime-Traffic-(FAL).aspx)
- "Facilitation Committee" (FAL 46), 9 to 13 May 2022, Erişim Tarihi: Nisan 05, 2022. <https://www.imo.org/en/MediaCentre/MeetingSummaries/Pages/FAL-46th-Session.aspx>
- "Facilitation Committee", Erişim Tarihi: Nisan 05, 2022. <https://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/Pages/FALCommittee-default.aspx>
- "Guidelines For Setting Up a Maritime Single Window", Erişim Tarihi: Nisan 05, 2022. <https://www.wcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Facilitation/Facilitation/FAL.5-CIRC.42-REV.1.pdf>
- "History of Facilitation", Erişim Tarihi: Nisan 01, 2022. <https://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/Pages/History-of-Facilitation.aspx>
- "Inter-Governmental Maritime Consultative Organization: Convention on Facilitation of International Maritime Traffic", *International Legal Materials*, Cambridge University Press May 1965, Vol. 4, No. 3: 501-511.
- Peynirci, Emre, "The Rise of Emerging Technologies: A Quantitative-Based Research on "Maritime Single Window" in Turkey", *Research in Transportation Business & Management*, 2021.
- Rukavina, Biserka, Panjako Ana. "Legal Regulations for Ships Arriving in and/or Departing from Ports – Achievements and Open Issues", *Scientific Journal of Maritime Research* 34 (2020) : 121-128.
- "Status of Treaties", Erişim Tarihi: Temmuz 26, 2022. <https://www.wcdn.imo.org/localresources/en/About/Conventions/StatusOfConventions/StatusOfTreaties.pdf>,
- T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Denizcilik Genel Müdürlüğü. "Dünya Denizciliğindeki Son Gelişmeler Bülteni Haziran 2022", Erişim Tarihi: Temmuz 01, 2022. <https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/aylik-yayinlar/mayis-ayi-dunya-denizciligindeki-son-gelistmeler-bulteni-2022-6.pdf,s.3>
- "Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi Hakkında", Erişim Tarihi: Mayıs 8, 2022. <https://denizhukuku.bilgi.edu.tr/media/document/2020/04/28/uluslararasi-deniz-trafiginin-kolaylastirilmasi-sozlesmesi.pdf>

SİGORTACI SİGORTA ETTİRENE VEYA SİGORTALININ YAKINLARINA RÜCU EDEBİLİR Mİ?*

*Fatma GÖRGÜLÜ***

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanununun hazırlık çalışmalarının başladığı tarihlerde Almanya'da bir çok kez değişikliğe uğrayan 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanununun değişikliğine yönelik kapsamlı bir çalışma başlatılmış; sigorta hukuku genel hükümleri ile bazı sigorta türlerine ilişkin özel hükümlerin güncel koşullara uyarlanması, yargısal içtihatlarla uygun hale getirilmesi ve belirsizliklerin açığa kavuşturulması amaçlanarak 19.04.2004 tarihli Reform Komisyonu Taslağı hazırlanıp Adalet Bakanlığına sunulmuştur. Nihayetinde, 1908 tarihli Sigorta Sözleşmesi Kanunu(VVG a.F.), 23.11.2007 tarihli Sigorta Sözleşmesi Hukuku Reform Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış ve 01.01.2008 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (Versicherungsvertragsgesetz) yürürlüğe girmiştir. Ancak, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, 24.02.2005 yılında ilan edilmiş olmasına rağmen Reform Komisyonu Taslağı dikkate alınmamış, 30.05.1908 tarihinde kabul edilen ve çeşitli tarihlerde değişikliğe uğrayan 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu hükümleri esas alınmıştır. Bu nedenle de sigortacının kanuni halefiyetine ilişkin Alman sigorta hukuku mevzuatındaki en güncel değişiklikler, Türk Ticaret Kanununa yansıtılmamıştır.

Gerek kaynak metin olarak esas alınan 1908 tarihli § 67, Abs.3 S.1 VVG a.F., gerekse 2008 tarihli § 86 Abs. 3 VVG hükmünde halefiyete dayalı rücu hakkının kimlere karşı ileri sürülemeyeceğine dair bir düzenleme yer almasına rağmen, 6102 sayılı TTK'da bu hususa ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamış, rücu hakkının muhatabının belirlenmesine yönelik sorunun çözümü sonraki yasal düzenlemelere bırakılarak geçmişten devralınan boşluk geleceğe taşınmıştır¹.

Çalışmamızda bu güncel değişiklikleri ortaya koymak ve bu hususta muhtemel bir kanun değişikliğine yön vermek amaçlanmıştır. Ayrıca, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerindeki tartışmalar ve mahkeme kararları incelenerek Türk hukukunda sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkını kimlere karşı

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 27. maddesinin 2. fıkrası gereğince doktora tez savunmasına girebilmek için tez çalışmasından en az bir yayın yapmış olma şartının sağlanması amacıyla, tez konusundan üretilerek yazılmıştır.

** Arş. Gör., Bingöl Üniversitesi, (fgorgulu @ bingol.edu.tr)

¹ Samim, Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku – Cilt: II, Zarar Sigortaları, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 248(Zarar Sigortaları)

ileri sürülemeyeceği sorunu, inceleme konusu yapılmış, çalışmamızın doktrin ve uygulamaya yol gösterici olması amaçlanmıştır.

I. GENEL OLARAK

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun m. 1472/1 hükmü, sigortalının olu-
şan zarardan dolayı “sorumlulara” karşı bir dava hakkı varsa bu hakkın, taz-
min ettiği bedel nispetinde sigortacıya intikal edeceğini düzenlemektedir.
Mezkur hüküm, sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkını kullanabilmesi
için rizikoyu gerçekleştiren kişinin “sorumlu kişi” statüsünde olmasını ara-
mıştır. Bu ifade karşısında “sorumluların” kimler olabileceği, sigorta ettiren-
nin(başkası hesabına sigortada) ve sigortalı yakınlarının halefiyete dayalı
rücu hakkının muhatabı olup olmayacağı hususlarının saptanması gerekir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1301. maddesinin 1. fıkrasında “*Si-
gorta ettiren kimsenin vâkı zarardan dolayı “üçüncü şahıslara” karşı dava
hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel nispetinde sigortacıya intikal ede(ceği)*”
düzenlenmiş, ancak ilgili maddede sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkı-
nı, kişi yönünden sınırlandıran herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.
ETTK’nın yürürlükte olduğu dönemde doktrinde bu ifadenin sigortacının
rücu hakkının muhatabını belirlemede yetersiz kaldığı, bu nedenle rücu hak-
kını kişi yönünden sınırlayan bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu belirtilmiş-
tir. Ancak, TTK m. 1472 hükmünde kullanılan “sorumlular” kavramı bu tar-
tışmaları sona erdirmediği gibi doktrinde kişi yönünden sınırlamaya yönelik
yorum yapma imkanını da ortadan kaldırmıştır².

Olan hukuk (de lege lata) bakımından TTK m. 1472’de kullanılan “so-
rumlular” ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiğini saptamak oldukça güçtür.
Kimlerin “sorumlular” kapsamına dahil olduğu ve olması gereken hukuk(de
lege ferenda)bakımından kimlerin rücu hakkının muhatabı olamayacağı so-
rularının cevaplanabilmesi için mevcut düzenleme ile birlikte, sigortacının
kanuni halefiyetinin düzenlendiği ETTK m. 1301 hükmü, yabancı hukuk kay-
nakları, Yargıtay içtihatları ve doktrinde yapılan değerlendirmeler, inceleme
konusu yapılacaktır.

II. BAŞKASI HESABINA SİGORTADA SİGORTA ETTİRENE RÜCU EDEBİLİR Mİ?

Başkası hesabına yapılan sigorta sözleşmelerinde sözleşmeyi akdeden ve
primleri ödeyen kişi ile menfaati sigorta edilen kişi aynı kişi olmamaktadır. Si-
gorta sözleşmesi iki taraflı bir işlem olsa da taraflar yaptıkları sözleşme ile bor-
cun üçüncü kişiye ifasını kararlaştırabilirler. Bu durumda sözleşme akdederek
prim ödeme borcu altına giren kişi sigorta ettiren, sözleşme ile menfaati sigorta

² Emine, YAZICIOĞLU, “TTK’nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenle-
mesi Hakkında”, Prof. Dr. İur. Merih Omağ’a Armağan, İKÜHFD 16, S. 2 (2017),
346(Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenleme)

altına alınan kişi ise sigortalı olmaktadır. Başkası hesabına yapılan sigorta sözleşmelerinde sigorta teminatı altına alınan rizikonun sigorta ettirenin kusurlu eylemleri sonucunda meydana gelmesi halinde, sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkını sigorta ettirene karşı ileri sürüp süremeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlükte olduğu dönemde bu sorun doktrinde incelenmiş ve yargı içtihatlarına konu edilmiştir;

*Kender*³, sigorta ettirenin, rizikonun gerçekleşmesinde kusuru olsa dahi “üçüncü kişi” olarak kabul edilemeyeceğini savunmuştur. Bu görüş, sigorta sözleşmesinin tarafı olan ve primleri ödeyen kişinin “üçüncü kişi” olmayacağı savına dayanmaktadır.

*Bilge*⁴, sigortalının sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan menfaatinin sigorta ettiren tarafından ihlal edilmesi durumunda sigorta ettiren nezdindeki alacak hakkının sigorta tazminatının ödenmesi ile sigortacıya geçeceğini, halefiyetin gerçekleşmesinden sonra sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki ilişkinin sigorta sözleşmesinin dışında kalan bir ilişki olduğunu savunmuştur.

*Kılıçoğlu*⁵, üçüncü kişi kavramından anlaşılması gerekenin sigorta sözleşmesini akdeden ve menfaati sigorta edilen sigortalı ile sigortacı dışında kalan kimseler olduğunu belirtmiştir. Kanunun ifade tarzının açık olduğunu, bu nedenle başkası hesabına sigortada sigorta ettirenin de “üçüncü kişi” olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

*Yolçiyev*⁶, “üçüncü kişi” ifadesinden sözleşme ilişkisi dışında kalan kimseler yerine halefiyet ilişkisi dışında kalan kimselerin kastedildiğini savunmuştur. Halefiyet gereğince sigortalının hakları sigortacıya geçmekte ve halefiyet ilişkisi doğmaktadır. Bu ilişkinin tarafları sigortacı ve sigortalıdır, sırf sigorta sözleşmesinin tarafı olmak, sigorta ettireni halefiyet ilişkisine dahil etmemektedir. Bu mantıktan gidildiği takdirde sigortalının da üçüncü kişi kabul edilebileceğini belirtmiştir.

*Başbuğoğlu*⁷, rücu hakkının muhatabı belirlenirken menfaat unsurunun esas alınması gerektiğini, sigorta sözleşmesinin sigorta ettiren tarafından akdedilmesinin ve primlerin sigorta ettiren tarafından ödenmesinin sigorta ettirene koruma sağlamadığını belirtmiştir.

³ Rayegan, Kender, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 406.

⁴ Mehmet Emin, Bilge, “Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulamaları”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt 1, Abuzer, Kendigelen, Editör, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2001), 71, 73.

⁵ Ahmet Mithat, Kılıçoğlu, “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, AÜHFD 31, S. 1(1974), 399.

⁶ Yolçiyev, Mübariz, Türk Hukukuyla Mukayeseli Olarak Azerbeycan Hukukunda Sigortacının Rücu Hakkı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2018), 6.

⁷ Tarık Başbuğoğlu’nun konuya ilişkin görüşü için bkz. Nisim, Franko, “Yargıtay Kararlar Açısından Zararı Ödeyen Sigortacının Üçüncü Şahsa Rücu Hakkı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Bildiriler-Tartışmalar, 25-26 Mart 1988, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998), 68, 69.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile yukarıda yer alan tartışmaların sona ermesi beklenirken mevcut durumda hala sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkını kimlere karşı ileri süremeyeceği sorusuna cevap aranmaktadır. Çünkü, sigortacının kanuni halefiyetinin düzenlendiği TTK m. 1472 hükmünde, rücu hakkının muhatabı bakımından bir sınırlamaya gidilmediği gibi sınırlamaya yönelik olası yorumların da önü kesilmiştir⁸. 6102 sayılı TTK'nın Tasarı değerlendirmelerinde de bu husus dile getirilmiş olmasına rağmen⁹, sorunun çözümü sonraki düzenlemelere bırakılmıştır.

TTK m. 1472/1 hükmünde "üçüncü kişi" ifadesi yerine "sorumlu kişi" ifadesinin kullanılması ile herhangi bir hukuki sebeple zarara sebep olan her şahıs "sorumlu" statüsüne alınmıştır. Daha açık bir ifadeyle TTK m. 1472 hükmü, kişi bakımından herhangi bir sınırlamaya gitmeyip sadece "sorumlular" ifadesini kullanarak zarara sebep olan her şahsı rücu hakkının muhatabı haline getirmiştir.

Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanununda rücu hakkının muhatabı "üçüncü kişiler" olarak gösterilmiş ve doktrinde bu ifadenin menfaati açık veya örtülü bir biçimde korunmayan her şahsı ifade ettiği belirtilmiştir¹⁰(§ 86, Abs.1 VVG). Türk doktrininde¹¹ sigorta hukuku kitabı bakımından mehzaz kabul edilen Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanununun yorumuyla benimsenen "sigorta konusu menfaat" ölçütünün Türk hukukunda da benimsenmesi gerektiği savunulmuştur. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkına kimlerin muhatap olmadığı saptanırken zarara sebep olan kişinin diğer sigortalı ile menfaatinin sigorta edilip edilmediğine bakılması gerekir. Başkası hesabına sigortada, sigorta sözleşmesinin yorumlanması ile sigortalı ile birlikte sigorta ettirenin de menfaatinin açık ve zimni bir şekilde sigorta edildiği kanaatine ulaşılabilir ise sigorta ettiren "sorumlular" kapsamında değerlendirilmeyecektir. Sigorta ettirenin salt sigorta sözleşmesinin tarafı olma kriteri esas alınarak "sorumlular" kapsamına alınmaması, iki farklı sigorta sözleşmesi(mal ve sorumluluk sigortaları) ile teminat altına alınması gereken menfaatlerin tek bir sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınması sonucu-

⁸ Yazıcıoğlu, "Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenleme", 346.

⁹ Birgül, Sopacı Öztuna, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi", BATİDER 28, S.3, (2012), 137; Merih Kemal, Omağ, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sigorta Hukukuna İlişkin 6. Kitabının Genel Hükümler ile Zarar Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Özet Değerlendirilmesi", Sigorta Hukuku Dergisi, S.1 (2005), 33; Omağ, Merih Kemal, Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 264.

¹⁰ Christian, Armbrüster in Erich R., Prölss und Anton, Martin, Versicherungsvertragsgesetz, (München: C.H. Beck, 2021), VVG § 86 Rn. 22; Helmut, Möller und Stefan, Segger in Theo, Langheid und Manfred, Wandt, Herausgeber, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 1: §§ 1-99 (München, C.H. Beck, 2016), VVG § 86 Rn. 108.

¹¹ Ünan, Zarar Sigortaları, 241.

nu doğuracaktır¹². Aynı şekilde, sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren yanında birden fazla sigortalı olması ve zarara bu sigortalılardan birinin sebep olması ihtimalinde sigortacının bu kişilere rücu edememesi için zarara sebep olan kişinin tazminat ödememe yönündeki menfaatinin de sigorta sözleşmesiyle teminat altına alınmış olması gereklidir¹³.

Sigorta sözleşmesi ile menfaati teminat altına alınan sigorta ettiren, kendi eylemleri sebebiyle sigorta korumasını kaybedebilir. Örneğin, zorunlu sorumluluk sigortalarında TTK m. 1484 hükmü gereğince sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünü azaltan veya kaldıran sebepler, zarar görene karşı ileri sürülemediği hallerde, sigortacı ödediği tazminatı, menfaati korunan sigorta ettirene rücu edilebilmektedir.(KTK m. 95, Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası)¹⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki, zorunlu mali mesuliyet sigortasında sigortacıya tanınan rücu hakkı, halefiyete dayanan bir rücu hakkı değildir. Zira bu sigorta türünde sigortacı sigortalının yerine geçmeyip Karayolları Trafik Kanununda kendisine tanınan rücu hakkını kullanmaktadır. Bu doğrultuda TTK m. 1472 hükmünde yer alan rücu hakkı, teknik ve hukuki yönden KTK'da yer alan rücu hakkından ayrılmaktadır¹⁵.

A. YABANCI HUKUKTA YER ALAN DÜZENLEMELER

1. Alman Hukuku

Sigorta kitabı açısından mehz kabul edilen 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanununun § 67, Abs. 1 VVG a.F.¹⁶ (§ 86, Abs. 1 VVG¹⁷ hükmünde olduğu gibi) hükmünde, sigorta ettirenin “üçüncü kişilere” karşı bir tazminat hakkı var ise bu hakkın zararı tazmin ettiği ölçüde sigortacıya intikal edeceği düzenlenmiştir. Rücu hakkının muhatabı(Anspruchgegner), ETK m. 1301 hükmünde olduğu gibi “üçüncü kişi”(Dritten) olarak gösterilmiştir. Alman Yargı içtihatlarında¹⁸ § 67, Abs. 1 VVG a.F. hükmünde yer alan “üçüncü kişi” kavramı, sigorta ettiren veya sigortalı olmayan herhangi bir kişi olarak

¹² Ünan, Zarar Sigortaları, 241.

¹³ Ünan, Zarar Sigortaları, 242.

¹⁴ Emine, Yazıcıoğlu, “Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti”, Sigorta Hukuku Sempozyumları, Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu, Editör, (İstanbul:On İki Levha Yayıncılık, 2018), 477 (Sorumluluk Sigortaları); Erhan, Bora, Sigorta Hukuku: Türk Ticaret Kanunu Altıncı Kitap (1401-1520), (Ankara: Ankara Ofset Basım Matbaacılık, 2020), 371.

¹⁵ Şaban, Kayıhan, “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti” MÜHFAD 22, S.3(2016), 1608.

¹⁶ 1908 tarihli VVG'nin tam metni için bkz. (<https://dejure.org/gesetze/0VVG311207>, Erişim Tarihi:Temmuz 1, 2022)

¹⁷ 2008 tarihli VVG'nin tam metni için bkz. (https://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/BjNR263110007.html#BjNR263110007BJNG000600000, Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2022);Kanun metninin İngilizce tercümesi için bkz. (<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=861>, Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2022)

¹⁸ BGH, 30. 4. 1959 - II ZR 126/57 (Köln) (Neue Juristische Wochenschrift 1959, 1221, beck-online).

tanımlamış, Alman doktrininde¹⁹ ise böyle bir kuralın genel geçer bir kural olarak kabul edilemeyeceği, “üçüncü kişi”lerin “menfaat” kriteri esas alınarak belirlenmesi gerektiği savunulmuştur²⁰. Bu kritere göre sigorta sözleşmesi ile menfaati sigorta edilmeyen herkes “üçüncü kişi” olarak nitelendirilir. Bu kriterin yanında sigorta sözleşmesiyle kimlerin menfaatinin sigorta edildiğinin hangi hususlar göz önüne alınarak belirlenmesi gerektiği tartışılmış; sigorta teminatının kapsamı, konusu ve süresi göz önüne alınarak belirlenebileceği sonucuna ulaşılmıştır²¹.

Bir sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren ile birlikte bir başkasının da menfaatinin sigorta edildiği sonucuna ulaşıyor ise birlikte menfaati sigorta edilen kişi, § 86 Abs. 1 VVG²² (§ 67, Abs. 1 VVG a.F.) hükmü anlamında “üçüncü kişi” olarak nitelendirilmeyecektir. Dolayısıyla sigorta sözleşmesi ile men-

¹⁹ Armbrüster in Prölss und Martin, VVG § 86 Rn. 22,27; Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86 Rn.108, 110; Theo, Langheid in Theo, Langheid ve Roland, Rixecker, Herausgeber, Versicherungsvertragsgesetz, (München: C.H. Beck, 2019), VVG § 86 Rn. 24,26;;Oliver, Brand in Karl Otto, Bergmann, Burkhard Pauge und Heinz-Dietrich, Steinmeyer, Herausgeber, Gesamtes Medizinrecht (Baden:Nomos, 2018), VVG § 86, Rn. 8.

²⁰ Möller/Segger in Langheid und Wandt, Münchener Kommentar, VVG § 86 Rn.109.

²¹ Möller / Segger in Langheid und Wandt, Münchener Kommentar, VVG § 86 Rn.109, 110.

²² Tazminat Taleplerinin Devri” başlıklı VVG § 86 hükmünün Türkçe tercümesi şu şekildedir:

“(1) Sigorta ettiren üçüncü kişilere karşı tazminat alma hakkına sahip ise, bu hak zararı tazmin ettiği ölçüde sigortacıya intikal eder. Bu intikal, sigorta ettiren aleyhine ileri sürülemez.

(2) Sigorta ettiren, tazminat talebini veya bu talebin güvence altına alınmasına olanak veren hakları, gerekli şekil ve süre koşullarını gözeterek korumalı ve gerektiğinde bu hakkın kullanılması hususunda sigortacı ile işbirliği yapmalıdır. Sigorta ettirenin bu yükümlülüğünü kasıtlı olarak ihlal etmesi durumunda sigortacının ödeme yapma yükümlülüğü, üçüncü kişilerden tazminat alamadığı ölçüde ortadan kalkar. Yükümlülüğün ağır kusurla ihlal edilmesi durumunda, sigortacı, sigorta ettirenin kusurunun ağırlık derecesine göre tazminattan indirim yapma hakkına sahiptir; ağır kusurun bulunmadığına dair ispat yükümlülüğü sigorta ettirene aittir.

(3) Sigorta ettirenin tazminat talebi, zarar meydana geldiği tarihte ortak ev paylaştığı kişiye yönelik olması durumunda, birinci fıkraya hükmünde düzenlenen intikal ileri sürülemez, meğer bu kişi zarara kasten sebebiyet vermiş olsun.”

²² “Übergang von Ersatzansprüchen” başlıklı VVG § 86 hükmünün orijinal metni şu şekildedir:

“(1) Steht dem Versicherungsnehmer ein Ersatzanspruch gegen einen Dritten zu, geht dieser Anspruch auf den Versicherer über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden.

(2) Der Versicherungsnehmer hat seinen Ersatzanspruch oder ein zur Sicherung dieses Anspruchs dienendes Recht unter Beachtung der geltenden Form- und Fristvorschriften zu wahren und bei dessen Durchsetzung durch den Versicherer soweit erforderlich mitzuwirken. Verletzt der Versicherungsnehmer diese Obliegenheit vorsätzlich, ist der Versicherer zur Leistung insoweit nicht verpflichtet, als er infolgedessen keinen Ersatz von dem Dritten erlangen kann. Im Fall einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen; die Beweislast für das Nichtvorliegen einer groben Fahrlässigkeit trägt der Versicherungsnehmer.

(3) Richtet sich der Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen eine Person, mit der er bei Eintritt des Schadens in häuslicher Gemeinschaft lebt, kann der Übergang nach Absatz 1 nicht geltend gemacht werden, es sei denn, diese Person hat den Schaden vorsätzlich verursacht.”

faati açık veya zımnî şekilde teminat alınmamış sigorta ettirenin sözleşmeyi akdedip primleri ödemiş olması, rücu hakkının muhatabı olmasına engel oluşturmayacaktır^{23 24}.

Alman hukukunda rücu hakkının kişi bakımından sınırlandırıp sınırlandırılmayacağı, sözleşme hükümlerinin yorumlanması ile tespit edilmeye çalışılmıştır²⁵. Örneğin kiracı tarafından mal sahibi lehine yapılan mülk sigortasında, sigorta sözleşmesinin ek yorumlanmasıyla ev sahibi yanında kiracının da sigorta konusu mal üzerinde menfaatinin bulunduğu, bu nedenle sigortacının sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirene rücu edemeyeceği kabul edilmiştir²⁶. Doktrinde ev sahibinin uzun süre ilişki içerisinde bulunduğu kiracıyla uyumsuzluk yaşamama konusundaki menfaatin varlığı²⁷, kiracının kira bedelini ödemedeki güçlük yaşatacak hususların dolaylı olarak sigortalıyı etkileyebilmesi²⁸ ve son olarak kiracının sigorta primlerini üstlenirken kendi menfaatinin de sigorta edildiği hususundaki beklentisi²⁹ bu savın gerekçeleri olarak gösterilmiştir. Aynı değerlendirme, mülk sigortasının ev sahibi tarafından yapılması halinde de yapılmıştır. Zira, ev sahibi kirayı tespit ederken yaptığı prim ödemelerini dikkate alarak bir kira bedeli belirlediği ve dolaylı olarak da olsa kiracının prim ödemesine katkı sağladığı kabul edilmiştir. Bu açıklamalara ek olarak bu korumanın gerçekleştirilebilmesi için ev sahibinin kiracının mülk sigorta primindeki payını açıklamasına gerek olmadığı da belirtilmiştir³⁰. Dolayısıyla Alman hukukunda kiracının ev sahibinin menfaatini sigorta sözleşmesi ile teminat altına aldığı hallerde sigortacının kiracı lehine rücu hakkından feragat ettiği kabul edilir³¹. Taraflar arasındaki

²³ Möller und Segger in Langheid und Wandt, Münchener Kommentar, VVG § 86 Rn.109, 110.

²⁴ Alman doktrininde başkası hesabına sigortada, sigorta ettirenin menfaati teminat altına alınmasa da sözleşmede sigorta ettirene rücu edilemeyeceği yönünde hüküm konulabileceği kararlaştırılmıştır. Bkz. Heinrich, Hormuth in Roland Michael, Beckmann und Annemarie, Matusche-Beckmann, Herausgeber, Versicherungsrechts-Handbuch, (München:C.H. Beck, 2015), VVG § 86, Rn. 174.

²⁵ Langheid in Langheid und Rixecker, VVG § 86 Rn.6, 7; Hormuth in Beckmann und Matusche-Beckmann, Handbuch, VVG § 22, Rn. 42.

²⁶ Brand in Bergmann, Pauge und Steinmeyer, Medizinrecht, VVG § 86, Rn. 60; Hormuth in Beckmann und Matusche-Beckmann, Handbuch, VVG § 22, Rn. 42; Peter, Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht(Grundrisse des Rechts), (München:C.H. Beck, 2017), VVG § 86, Rn.360; Bartosch-Koch, Jana, "Regressschutz des Mieters-Ausgleichsansprüche der beteiligten Versicherungen", Neue Juristische Wochenschrift 64, S. 8(2011), 485; Andreas von Goldbeck, "Grenzen des Versichererregresses." ZEuP: Zeitschrift für europäisches Privatrecht 2(2013), 302.

²⁷ Ünan, Zarar Sigortaları, 242.

²⁸ Jens, Muschner in Wilfried Rüffer, Dirk Halbach und Peter Schimikowski, Herausgeber, Versicherungsvertragsgesetz: Handkommentar, (Baden:Nomos, 2020), VVG § 86 Rn. 78.

²⁹ Muschner in Rüffer, Halbach und Schimikowski, VVG § 86, Rn. 78;Ünan, Zarar Sigortaları, 242.

³⁰ Christian, Armbrüster, "Zur Haftung des Mieters für Sachschäden bei bestehender Sachversicherung des Vermieters", Neue Juristische Wochenschrift 1997, 177.

³¹ Karl, Maier in Ernst C., Stiefel und Karl, Maier, Kraftfahrtversicherung: AKB, (Münih:C.H. Beck 2017), VVG § 86, Rn.3; Ünan, Zarar Sigortaları, s. 242; Schimikowski, VVG § 86 Rn. 358; Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86 Rn.207.

ilişki kira ilişkisi değil de uzun süreli ücretsiz kullanım ilişkisi olması, aynı değerlendirmeleri yapmaya engel görülmemiştir³². Sigorta sözleşmenin hangi tarafca yapıldığının bir önemi bulunmayıp yapılan sözleşme, sözleşmenin tarafı olmayan kişiye de koruma sağlamaktadır^{33 34}.

Kiracının sigorta konusu mala hafif kusuru ile zarar vermesi durumunda kiracının sigortacının rücu hakkının muhatabı olmayacağı yaklaşımı, kiracının bir sorumluluk sigortasına sahip olması ihtimalinde de geçerli midir? Alman Federal Mahkemesi, bu soruya başlangıçta olumlu cevap vermiştir³⁵. Mülk sahibinin menfaatini sigorta eden kiracının bir sorumluluk sigortasına sahip olsa dahi sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkının muhatabı olmayacağını kabul etmiştir. Ancak daha sonra verdiği kararlarında³⁶ ise, böyle bir hüküm kurulmasının asıl amacının kiracıyı korumak olduğu, sorumluluk sigortasına sahip bir kiracının korunmasında hukuki bir yarar bulunmadığı belirtilmiştir. Zira, böyle bir uygulamada, kiracının menfaati yerine sorumluluk sigortacısının menfaati korunmaktadır³⁷. Dolayısıyla kiracının bir sorumluluk sigortasına sahip olması ve bu zararın sorumluluk sigortacısı tarafından karşılanması ihtimalinde, artık kiracının korunmasına gerek görülmemiştir. Aynı şekilde Alman doktrininde³⁸ kiracının sorumluluk sigortacısından faydalanmak isteyip istemediği değerlendirilmeden doğrudan sorumlu-

³² Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86, Rn. 207.

³³ Armbrüster, Christian, Der Schutz von haftpflichtinteressen in der Sachversicherung, (Berlin:Duncker & Humblot, 2019) 177.

³⁴ Alman Federal Mahkemesi, 14.02.2001 tarihli kararında yangın rizikosuna karşı daireyi sigorta ettiren kiracının, kasit ve ağır ihmalinin bulunmaması halinde sigortacının hakkindan feragat ettiği yaklaşımını benimsemiştir. BGH, 14. 2. 2001 - VIII ZR 292/98 (Hamm)(NVersZ 2001, 230, Erişim Tarihi, Haziran 12, 2022, beck-online). Aynı yönde kararlar için bkz. BGH, 3. 11. 2004 - VIII ZR 28/04 (LG Saarbrücken)(NJW-RR 2005, 381, Erişim Tarihi, Haziran 12, 2022, beck-online);BGH, 13. 9. 2006 - IV ZR 378/02 (OLG Dresden) (NZM 2006, 949, Erişim Tarihi, Haziran 12, 2022, beck-online);BGH, 8. 11. 2000 - IV ZR 298/99 (Bamberg) (NVersZ 2001, 84, Erişim Tarihi, Haziran 12, 2022 beck-online); Yargıtay'a önüne gelen benzer bir uyuşmazlıkta da aynı yönde karar vermiştir. Ancak Alman Federal Mahkemesi kararlarında olduğu menfaat unsuru değerlendirilmeksizin kiracının sigortacı ilişkisine dahil olması sebebiyle rücu hakkının muhatabı olmadığı kabul edilmiştir. (Bkz. Y11. HD., 08.04.2011, E. 2009/3060, K. 2011/4079 ve aynı yönde karar için bkz. YHGK., 07.11.2012, E. 2012/11-490, K. 2012/764;Ünan, Zarar Sigortaları, 242) Alman Federal Mahkemesi, taşıma sigortaları bakımından farklı bir değerlendirme yapmıştır: taşıyıcının taşınan mallara yönelik yaptığı sigortanın taşıyıcının menfaatini korumadığını, çünkü taşıyıcının sorumluluk menfaatinin navlun sorumluluk sigortası ile teminat altına alınabileceğini belirtmiştir. (Bkz. BGH, 7. 5. 2003 - IV ZR 239/02 (Düsseldorf) (r + s 2003, 431,Erişim Tarihi: Aralık 11, 2021, beck-online); Klimbe in Prölss und Martin, VVG § 43, Rn. 61;Hormuth in Beckmann und Matusche-Beckmann, VVG § 22, Rn. 43.

³⁵ BGH, 8. 11. 2000 (IV ZR 298/99, (Bamberg)(VersR 2001, 94, Erişim Tarihi:Aralık 11, 2021, beck-online)

³⁶ ³⁶OLG Köln, 23. 12. 2003 (22 U 146/03)(VersR 2004, 593, Erişim Tarihi: Aralık 11, beck-online); OLG Hamm, 28. 10. 2005 (30 U 106/05)(VersR 2006, 690, Erişim Tarihi: Aralık 11, 2021, beck-online).

³⁷ Hormuth in Beckmann und Matusche-Beckmann, VVG § 86 Rn. 153, 154.

³⁸ Hormuth in Beckmann und Matusche-Beckmann, VVG § 86 Rn. 143.

luk sigortacının rücu hakkından muaf tutulmaması gerektiği savunulmuştur. Çünkü, kiracının ev sahibi ile olan kiracılık ilişkisini ayakta tutabilmek için zararın sigortacı tarafından üstlenilmesini isteyebilir. Dolayısıyla zararın sigortacı tarafından üstlenilmesinde kiracının menfaati olabileceğinden doğrudan sorumluluk sigortacısı lehine bir değerlendirme yapmanın yerinde olmadığı belirtilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalarla birlikte bazı durumlarda sigortacı, sözleşmeyle menfaati teminat altına alınan kişiye de rücu edebilmektedir. Şöyle ki, sigorta ettiren, prim ödeme borcunu ifa etmemesine rağmen sigorta korumasından yararlanmış ise uğranılan zarar sigortalıdan talep edilebilmektedir³⁹. Bununla birlikte sigortalıya sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkını koruma ve işbirliği yükümlülüğü⁴⁰ yüklenmiştir (§ 86 Abs. 2 VVG). Bu yükümlülük sigortalı tarafından ihlal edildiği takdirde sigortacı, sigortalının kusurluk derecesine göre sigortalıya ödeme yapmaktan kaçınabilir veya yaptığı ödemenin iadesini talep edebilir⁴¹. Sigortacının sigortalıya veya sigorta ettirene (sigorta sözleşmesinden sigortacının sigorta ettirene karşı rücu hakkından feragat ettiği sonucuna ulaşıldığı hallerde) rücu edebileceği diğer bir istisnai durum, bu kişilerin mirasçısı olduğu zarar sorumlusunun vefat etmiş olmasıdır. Böyle bir ihtimalde zarar sorumlusunun pasifini devralan sigortalıya, sigortacı halefiyete dayalı olarak rücu edebilmektedir. Böyle bir sonuca varılmadığı takdirde, sigortalı zarar sorumlusunun vefat etmesi sebebiyle uğramış olduğu zarardan daha fazlasını alarak zenginleşecektir⁴². Zarar sorumlusunun vefatının sigorta tazminatının ödenmesinden önce gerçekleştiği ihtimalinde ise sigortacı, zarar sorumlusunun kusur derecesine göre sigortalıya ödeme yapmaktan kaçınabilir.

1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanununun 67. maddesinin 2. fıkrasında sigortalının aynı hanede yaşadığı aile üyelerinin, sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkının muhatabı olmadığı düzenlenmiştir. Alman

³⁹ Hormuth in Beckmann und Matusche-Beckmann, VVG § 22, Rn. 44.

⁴⁰ § 86 Abs. 2, VVG hükmünde sigortalının (madde metninde sigorta ettiren ifadesi kullanılmıştır) koruma ve işbirliği yükümlülüğü şu şekilde düzenlenmiştir: "Sigorta ettiren, tazminat talebini veya bu talebin güvence altına alınmasına olanak veren hakları, gerekli şekil ve süre koşullarını gözeterek korumalı ve gerektiğinde bu hakkın kullanılması hususunda sigortacı ile işbirliği yapmalıdır. Sigorta ettirenin bu yükümlülüğünü kasıtlı olarak ihlal etmesi durumunda sigortacının ödeme yapma yükümlülüğü, üçüncü kişilerden tazminat alamadığı ölçüde ortadan kalkar. Yükümlülüğün ağır kusurla ihlal edilmesi durumunda, sigortacı, sigorta ettirenin kusurunun ağırlık derecesine göre tazminattan indirim yapma hakkına sahiptir; ağır kusurun bulunmadığına dair ispat yükümlülüğü sigorta ettirene aittir."

⁴¹ Christian, Drave, "Der Übergang von Ersatzansprüchen: Regresswahrungs- und Mitwirkungsobliegenheiten des Versicherungsnehmers (86 Absatz 2 VVG), 2012", N.2.1., Erişim Tarihi: Mart 7, 2022, https://www.wilhelm-rae.de/sites/default/files/pdf/versicherungspraxis_-_uebergang_von_ersatzanspruechen_-_regresswahrungs-_und_mitwirkungsobliegenheiten_des_versicherungsnehmers_ss_86_absatz_2_vvg.pdf.

⁴² Armbrüster in Prölss und Martin, VVG § 86 Rn. 28; Brand in Bergmann, Pauge und Steinmeyer, VVG § 86, Rn. 13.

Federal Mahkemesi, 29.01.1985 tarihli kararında bu hususu dikkate alarak zararın meydana geldiği ve sigorta tazminatının rücu edildiği tarihte zarar sorumlusunun mirasçılarının sigortalıya ile birlikte aile birliği içinde yaşamasını, bu kişilerin rücu kapsamına alınmasına engel teşkil ettiğini belirtmiştir⁴³.

Elbirliği veya müşterek mülkiyete konu olan bir mala ilişkin yapılan bir sigorta sözleşmesinde Alman hukuku paydaşları, “üçüncü kişi” olarak değerlendirilmemiştir (§ 86 VVG Abs. 1)⁴⁴. Diğer bir anlatımla zarara paydaşlardan birinin zarar vermesi halinde, bu kişilerin de menfaati sigorta edildiği kabul edilerek rücu imtiyazına tabi tutulmuştur⁴⁵.

Sigorta ettirenin bir tüzel kişi (anonim şirket, dernek vb.) olması halinde şirket organları ile ortaklarının § 86 VVG Abs. 1 hükmü kapsamında “üçüncü kişi” olup olmadığı hususu doktrinde tartışılmış, uzun bir süre bu kişiler, rücu hakkının muhatabı olarak değerlendirilmiştir. Çünkü, tüzel kişiliğin menfaati için akdedilen sözleşmenin münhasıran tüzel kişiliğin menfaatini koruduğu kabul edilmiştir. Bu anlayıştan, Alman Federal Mahkemesi’nin⁴⁶ 5.03.2008 tarihli kararıyla uzaklaşmış, kararda tüzel kişiliğin menfaatini teminat altına almak amacıyla yapılan sözleşmenin öncelikle tüzel kişiliğin menfaatini koruduğunu; ancak sözleşmenin yorumundan ortakların veya tüzel kişilik organlarının da menfaatinin korunacağına dair haklı bir beklenti olduğu anlaşılıyor ise bu kişilere de rücu hakkının muhatabı olamayacağı belirtilmiştir⁴⁷. Mezkur kararda bu hususlar yanında sigorta sözleşmesi ile menfaati açık veya zımni olarak teminat altına alınan kişilerin rizikoya kasıt ve ağır ihmalleri ile sebep olmaları durumunda rücu imtiyazından yararlanamayacağı belirtilmiştir⁴⁸.

2. İsviçre Hukuku

İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanununun 31 Aralık 2021 tarihine kadar yürürlükte kalan 72. maddesinde⁴⁹ “Üçüncü kişilere karşı haksız fiilden doğan

⁴³ BGH, 29. 1. 1985. VI ZR 88/83, “Recht und Schaden”, 1985, 128, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, beck-online.

⁴⁴ Dominik Klimbe in Erich R., Prölss und Anton, Martin Herausgeber, Versicherungsvertragsgesetz, (München: C. H. Beck, 2021), VVG § 43, Rn. 39; Hormuth in Beckmann und Matusche-Beckmann, VVG § 22, Rn. 56.

⁴⁵ Hormuth in Beckmann und Matusche-Beckmann, VVG § 22, Rn. 56.

⁴⁶ BGH, 05. 03. 2008 - IV ZR 89/07 (OLG Hamburg) (Recht und Schaden 2008, 286, Erişim Tarihi: Temmuz 22, 2022, beck-online)

⁴⁷ Klimbe in Prölss und Martin, VVG § 43, Rn. 39; Hormuth in Beckmann und Matusche-Beckmann, VVG § 22, Rn. 60, 61.

⁴⁸ Armbrüster in Prölss und Martin, VVG § 86 Rn. 24.

⁴⁹ Sigortacının Rücu Hakkı ” başlıklı Art. 72 VVG hükmünün Türkçe tercümesi şu şekildedir: “(1) Üçüncü kişilere karşı haksız fiilden doğan tazminat talep yetkisi, sigortacının ödediği tazminat ölçüsünde, sigortacıya intikal eder.

I. Sigortalı, sigortacının bu hakkını kısıtlayıcı her türlü eylemden sorumlu olur.

tazminat talep yetkisinin, sigortacının ödediği tazminat ölçüsünde, sigortacıya intikal edeceği)” hüküm altına alınmıştır. Zarar sigortacısının halefiyete dayalı rücu hakkı, sigortalının tazminat talebinin haksız fiilden doğması halinde mümkün kılınmış⁵⁰ ve rücu hakkının muhatabı, 6762 sayılı TTK m. 1301 ve § 86 VVG hükmünde olduğu gibi “üçüncü şahıslar” olarak gösterilmiştir. Mezkur maddenin yürürlükte olduğu dönemde sigorta sözleşmesini akdeden ve primleri ödeyen sigorta ettirenin teminat altına alınan rizikoya hafif kusuruyla sebep olması halinde sigortacının bu kişiye rücu edemeyeceği ve akdedilen sözleşmeyle sigortacının rücu hakkından feragat ettiği kabul edilmiştir⁵¹. Primleri ödeyen sigorta ettirene rücu edilmesini, bazı yazarlar⁵², hakkın kötüye kullanımı olarak da değerlendirmiştir.

II. Birinci fıkra hükmü, zararın sigortalı ile aynı evde yaşayan ve hafif kusurlu olarak zarara sebebiyet veren kişiler veya sigortalının eylemlerinden sorumluluk taşıdığı kişiler açısından uygulama alanı bulmaz”.

⁴⁹ “Regressrecht des Versicherers “başlıklı Art § 72 VVG hükmünün orijinal metni şu şekildedir:“(1) Auf den Versicherer geht insoweit, als er Entschädigung geleistet hat, der Ersatzanspruch über, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht.

▫ Der Anspruchsberechtigte ist für jede Handlung, durch die er dieses Recht des Versicherers verkürzt, verantwortlich.

▫ Die Bestimmung des ersten Absatzes findet keine Anwendung, wenn der Schaden durch eine Person leichtfahrlässig herbeigeführt worden ist, die mit dem Anspruchsberechtigten in häuslicher Gemeinschaft lebt oder für deren Handlungen der Anspruchsberechtigte eintreten muss.”

⁵⁰ Yürürlükten kaldırılan Art. 72 Abs. 1 VVG hükmünde sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkı sadece haksız fiilden doğan sorumluluk halleri ile sınırlandırılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi’nin içtihat değişikliğine kadar sigortacı, Art 51/2 OR hükmünde belirtilen rücu sırasına göre sözleşmeden sorumlu taraf olarak nitelendirilmiştir. Federal Mahkemesinin 2018 tarihli kararı ile birlikte sigortacının zarardan sorumlu olanlardan biri olmadığı; yalnızca sigorta akdinden doğan edimini ifa ettiği ifade edilmiş(bkz. BGE 144 III 209, 07.05.2018, Erişim Tarihi: Eylül 4, 2022, www.swislex.ch); böylece sigortacı, Art.51/2 OR’un rücu şemasından çıkarılmış; rücu, yalnızca sigorta mevzuatına (Art. 72 VVG) tabi kılınmıştır. Nihayet Sigorta Sözleşmesi Yasası’nın kısmi revizyonun 1 Ocak 2022’de yürürlüğe girmesiyle birlikte bu tartışmalar sona ermiş ve VVG’nin 72. maddesi, 95c maddesi ile değiştirilmiştir. Art. 72 Abs. 1 VVG’nin aksine, Art. 95c Abs. 2 VVG, zarar sigortacının halefiyet yoluyla edindiği hakları kime karşı ileri süreceği konusunda herhangi bir kısıtlama getirmemiştir. Bu nedenle sigortacı, sadece haksız fiilden sorumlu kişilere değil, aynı zamanda tüm sorumlu kişilere, dolayısıyla sözleşme ihlalini tazmin etmek zorunda olanlara da rücu hakkı elde etmiştir(bütünsel rücu hakkı olarak adlandırılır). Böylece sigortacı, Art.51/2 OR’un rücu şemasına dahil olmaktan çıkarılmıştır. Bkz. Moreno, Ignacio und Rolf, Wendelspiess, “Der Regress im neuen VVG”, Haftung und Versicherung HAVE, S.237(2021), 238; Zelal Seraina, Yanik, “Das Regressrecht des Schadenversicherers nach Art. 95c Abs. 2 E-VVG - eine Analyse und kritische Würdigung unter Berücksichtigung der heutigen Rechtslage”, QFLR 2/20, S.25(2020), 27(Art. 95c Abs. 2).

⁵¹ Alexander, Müller, Regress im Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers”, Dissertation, der Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG), 2006, 118; Brehm Roland, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band. 6: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, (Bern: Stämpfli Verlag, 1998), Art. 51 N 82a. Heinrich, Honsell, “Ungeklärte

Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da kiracının, kiraya verenin yapmış olduğu mülk sigortasına kira yoluyla düzenli olarak katkı sağlayıp sağlamadığı hususu tartışılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁵³ kiraya verenin, kira bedelini belirlerken sigorta primlerini hesaba kattığını, bu nedenle kiraya verinin yaptığı sigortada ile kiracının da menfaatinin korunduğunu belirtmiştir. Benzer şekilde doktrinde, sigortalanan malın kiraya verilmesi veya diğer hukuki işlemlerle kullanım hakkının devredilmesi primin hesaplanmasında esas alınan riskte bir artışa sebep olmuyor ise eşyayı kullanan kişinin de menfaatinin sigorta edildiği kabul edilmiştir⁵⁴. İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanununun yürürlükten kaldırılan 72. maddesinin 1. fıkrasında rücu hakkının muhatabı “üçüncü kişiler” olarak gösterilmiş, 3. fıkrada ise kimlerin “üçüncü kişi” olamayacağı düzenlenerek kişi bakımından imtiyaza gidilmiştir. Sigortalı ile aynı aile birliği içerisinde yaşayan kişiler ile sigortalının eylemlerinden sorumlu olduğu kişilere karşı sigortacının halefiyet hakkını ileri süremeyeceği hüküm altına alınmıştır. VVG’nin kısmi revizyonuyla Art. 72 VVG hükmünün yerini Art. 95c VVG hükmü almıştır. Bu hükümde zararın sigortalının yakın ilişki içerisinde bulunduğu kişilerin hafif kusuruyla gerçekleşmesi halinde sigortacının kanuni halefiyetinin gerçekleşmeyeceği düzenlenmiştir. Sigortalının yakın ilişki içerisinde bulunduğu kişilerin kimler olabileceğine madde metninde yer verilmiş, yakın ilişki içerisinde “özellikle” sigortalı ile aynı çatı altında yaşayan kişiler (ev birliğinde), sigortalı ile iş ilişkisi içerisinde olanlar ve sigorta konusu malı kullanmaya yetkili olan kişiler(kullanım ayrıcalığı) sayılmıştır (Art. 95c Abs. 3 VVG). İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanununun kısmi revizyonuyla birlikte rücu hakkının kullanılamayacağı kişiler, sınırlı sayıda belirtilmemiş olup, zarara hafif kusuru ile sebep olan ve sigortalı ile yakın ilişki içerisinde bulunan kişiler, rücu hakkının muhatabı kapsamına alınmamıştır. Dolayısıyla İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanununun kısmi revizyonu ile birlikte sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkını kullanamayacağı kişilerin kapsamı genişletilmiş, somut olayın özelliğine göre hakim tarafından taktir edileceği vurgulanmak istenmiş ve güncel gelişmelere uyarlanması amaçlanmıştır. Rücu hakkının muhatabı “üçüncü kişi” kavramı(Art. 72 VVG) ile değil, “yakın ilişki” kavramı ile belirlenmiştir. Dolayısıyla sigorta sözleşmesini akdeden ve primleri ödeyen sigorta ettirenin sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkının muhatabı olup olmadığı sigortalı ile yakın ilişkiye bakılarak tespit edilebilmek-

Fragen des Regresses nach Art. 72 VVG”, in Thomas, Geiser/Thomas, Koller/ Ruth, Reusser/Hans Peter, Walter/ Wolfgang Wiegand, Herausgeber, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht (569-580), (Bern: Stämpfli Verlag, 2002), 572, 579, Erişim Tarihi: Temmuz 9, 2022, www.swislex.ch.

⁵² Karl, Oftinger und Emil W., Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band. 1, Allgemeiner Teil, (Zürich: Polygraphischer Verlag, 1995), § 11 Rz. 58.

⁵³ BGE 120 II 58, 13.01.1994, Erişim Tarihi: Ağustos, 24, 2022, www.swislex.ch.

⁵⁴ Honsell, “Art. 72 VVG”, 580.

tedir. Tek başına primleri ödemiş olması her zaman bu yakın ilişkiye kurmayabilir. Ancak, Art. 95c Abs. 3 VVG'de hükmünde yer alan "kullanım ayrıcalığı" ile İsviçre doktrininde sigorta konusu malın, kiracının hafif ihmali nedeniyle zarara uğraması durumunda sigortacının rücu hakkının bulunup bulunmadığı yönündeki tartışmaların sona erdiği söylemek mümkündür⁵⁵.

B. YARGITAY UYGULAMASI

Yargıtay, pek çok içtihadında rücu hakkının muhatabını tespit ederken kişinin sözleşmenin tarafı olup olmaması kriterini esas almıştır⁵⁶. Bazı içtihatlarında ise sigorta konusu aracın, zarar sorumlusuna rıza ile teslim edilip edilmediği kriterini esas almıştır. Örnek olarak gösterilebilecek bir kararda⁵⁷ Yargıtay, sigortalı araç sahibinin rızası ile aracı kullanan davalının, kanunun ve poliçe genel şartlarının kastettiği anlamda üçüncü kişi olmadığını ve aracın sigortalı tarafından kullanılması ile bir başkası tarafından kullanılması arasında sigorta güvencesi bakımından bir fark gözetilmediğini belirtmiştir. Bu nedenle de Yargıtay, sigortalı aracı sahibinin rızası ile aracı kullanan kişiyi, kanun ve poliçe genel şartlarının kastettiği anlamda üçüncü kişi olarak kabul etmemiştir⁵⁸.

Yargıtay'ın rücu hakkının muhatabını belirlerken "menfaat unsuru"nu esas aldığı kararları da bulunmaktadır. 11. Hukuk Dairesinin 13.02.1987 tarihli bir kararında⁵⁹ primlerin kim tarafından ödendiğinin rücu hakkının

⁵⁵ Ignacio und Wendelspiess, "neuen VVG", 243.

⁵⁶ Kararın karşı oy yazısında, sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkı elde edeceği "üçüncü kişi" lerin sigorta sözleşmesi ile menfaati sigorta edilmeyen kişi olarak anlaşılması gerektiği savunulmuştur. Çünkü, tek başına sigorta sözleşmesinin akdedilmesi, sigorta ettireni rücu hakkının muhatabı olmaktan çıkarmamaktadır. Bu nedenle iki üye, sözleşmenin tarafı olsa dahi menfaati sigorta edilmeyen sigorta ettirenin, rücu hakkının muhatabı olabileceğini gerekçe göstererek çoğunluk görüşüne katılmamıştır. Bkz. Y11. HD, 09.04.2010, E. 2010/681, K. 2010/4021, Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2021, www.lexpera.com.

⁵⁷ Y11. HD, 29.05.1985, E. 1985/3689 K. 1985/3361, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021, www.lexpera.com. Aynı yönde karar için bkz. YHGK, 7.11.2012, E. 2012/11-490 K. 2012/764, Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2021, www.lexpera.com.

⁵⁸ "...sigortalı aracı malikinin rızası ile kullanırken kazanın meydana geldiği, kasko şirketlerinin sigortalısına yaptığı her ödeme karşısında mutlaka bir zarar sorumlusu bulunmayabileceği, Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5-6. maddesinde belirtilen ve zararın teminat dışında kalmasını gerektiren hallerin de somut olayda bulunmadığı açıktır." Bkz. Y17. HD, 28.11.2008, E. 2008/4291, K. 2008/5466, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021, www.lexpera.com.

⁵⁹ "...Dava konusu olayda, taraflar arasında yapılan sigorta poliçesi, mali mesuliyet poliçesi niteliğinde olmadığını, aksine ödenen primlerin miktarı ve nisbi olması, sigorta genel şartları münderecat, sigorta tazminatının mal üzerinde menfaati olan kişiye ödenmiş olması nazara alındığında söz konusu poliçenin mal sigortasına ilişkin olduğu ve yapılan bu sigorta ile mallar üzerindeki menfaatin teminat altına alındığı, hal böyle olunca buradan ancak eşya sahibinin yararlanması lazım geldiği sonucuna varılır. Mücerret primin taşıyıcı tarafından ödenmiş olmasının, yapılan sigortanın taşıyıcı lehine yapılmış sorumluluk sigortası olarak kabulünü gerektirmez. Bu itibarla sigortacının rücu hakkı olmadığından bahisle davacının reddine karar verilmesi doğru görülmemiş hükmün bu sebeple bozulması gerekmektedir". (Y11. HD, 13.02.1987, E. 1987/6915, K. 1987/775) Bkz. Franko, Bildiriler-Tartışmalar,

muhatabını belirlemede kriter oluşturmadığını, sigortacının sigorta ettirene rücu edip edemeyeceğinin menfaati kriterine göre belirleneceğini vurgulamış ve menfaati teminat altına alınmayan sigorta ettiren, “üçüncü kişi” olarak değerlendirilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun uygulandığı dönemdeki mahkeme kararlarını⁶⁰ incelediğimizde ise yine sigortalının “üçüncü kişilere” karşı olan tazminat taleplerinin sigortacıya geçeceği belirtilmiş ve sigorta sözleşmesini yapan ve primleri ödeyen sigorta ettirenin, halefiyet konusunda üçüncü kişi olamayacağı kabul edilmiştir. Ancak güncel yargı kararlarında, TTK m. 1472’de rücu hakkının muhatabı olarak gösterilen “sorumlulara” ilişkin herhangi bir değerlendirmeye rastlanılmamıştır.

III. SİGORTACI SİGORTALININ YAKINLARINA RÜCU EDEBİLİR Mİ?

TTK m. 1472’de sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkının muhatabını belirlemek için kullanılan “sorumlular” ifadesi, başkası hesabına sigortada sigorta ettirene rücu edilip edilmeyeceği sorusuna cevap veremediği gibi sigortalının yakınlarına rücu edilip edilmeyeceği sorusuna da cevap verememektedir. TTK m. 1472 hükmü, kanunlaşmadan önce Tasarı değerlendirmelerinde sigortalının belirli ölçüde yakınlığı bulunan kişilere ya da sigortalının zarar sebebiyle kendisine başvurmayaacağı kabul edilen kişilere, kast ve ağır kusur bulunmadıkça halefiyete dayalı rücu hakkının ileri sürülemediği gerektiği ve bu hususun açıkça kanunda düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur⁶¹.

Bazı ülkelerin⁶² kanunlarına bakıldığında sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkını sigortalının eşine, ebeveynlerine, çocuklarına, torunlarına, sigortalının eylemlerin sorumlu olduğu kişilere veya birlikte aynı çatı altında yaşadığı kişilere karşı kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ama zararın

51,52; Bu kararın alınmasında oy kullandığını belirten Başbuğoğlu, kararın alınma aşamasında sigorta sözleşmesi ile kimin menfaatinin teminat altına aldığı meselesi üzerinde titizlikle durulduğunu, sigorta ettirenin kendi menfaatini sigorta ettirmemesi sebebiyle somut olayda bir sorumluluk sigortasının olmadığını, ancak taşıtanın menfaatinin sigorta ettirilmesi sebebiyle de mal sigortasının varlığını tespit edildiği, bu nedenle de menfaati sigorta edilmeyen sigorta ettirenin üçüncü kişi olduğuna karar verildiğini belirtmiştir. Franko, Bildiriler-Tartışmalar, Tartışmalar Bölümü, 68,69.

⁶⁰ “İlk olarak rizikonun gerçekleşmesinden doğan zararlar için sigorta ettiren (zarar gören) üçüncü şahıslara karşı tazminat talebi hakkına sahip olmalıdır. ... üçüncü şahıs kavramı ele alındığında, sigorta sözleşmesini yapan ve primleri ödeyen sigorta ettirenin, halefiyet konusunda üçüncü şahıs olamayacağı kabul edilmelidir.”. İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2.10.2019, E. 2016/793 K. 2019/910; Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, 28.2.2019, E. 2018/159, K. 2019/259, Erişim Tarihi: Temmuz 21, 2021, www.lexpera.com.

⁶¹ Samim, Ünán, “Türk Ticaret Kanunu Taslağı’nın Sigorta Hukuku Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler”, Sigorta Hukuku Dergisi, S.1 (2005), 172 (Türk Ticaret Kanunu Taslağı); Omağ, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı”, 33.

⁶² İtalya (İtalya Medeni Kanunu(C.C.) m. 1916/2;Alman (§ 86 Abs. 3 VVG), İsviçre (§ 95c Abs. 3 VVG), Avusturya Hukuku(Avusturya Sigorta Sözleşmeleri Kanunu m. 67/2);Azerbeycan Hukuku (Azerbeycan Medeni Kanunu(AMM), m. 916/2)

bu kişilerin ağır kusurlu veya kastî hareketiyle gerçekleşmesi halinde sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkını kullanabileceği kabul edilmiştir.

Türk hukuku, tazminat ödeyen sigortacının halefiyet şartları gerçekleştiğinde zarar görene belli yakınlığı bulunan kişilere başvurmasının mümkün olup olmadığı hususunda açık bir düzenlemeye yer vermediğinden bu husus doktrinde tartışılmıştır;

Bir görüş⁶³, olması gereken hukuk açısından (de lege ferenda) zarar sorumlusunun zararı tazmin etmesinin ekonomik sonuçlarına kısmen veya tamamen sigortalının katlandığı durumlar bakımından sigortacıya rücu hakkı tanınmaması gerektiğini savunmuştur. Ancak olan hukuk (de lege lata) bakımından sigortacının rücu hakkının kişi bakımından sınırlandırıldığı sonucuna ulaşamayacağı; böyle bir düzenleme eksikliğinin ancak belirli niteliğe haiz şahıslara rücu edemeyeceği yönünde sözleşmeler yapılarak aşılabileceği belirtmiştir⁶⁴. Diğer bir görüş tarafından, sigortalının tazminat talep hakkını kullanmayacağı kabul edilen yakınlarına, sigortacının rücu edemeyeceği çözümünün yerinde bir çözüm olacağı savunulmuştur. “Yakın ilişki” kavramının sınırlarının da somut olayın özelliğine göre tespit edilmesi gerektiği söylenmiştir⁶⁵.

Bir diğer görüş⁶⁶ ise TTK m. 1429 hükmüne dayanarak *sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu buldukları* kişilere sigortacının halefiyete dayalı olarak rücu edemeyeceğini savunmuştur. Mezkur hüküm, sigortalının fiillerinden hukuken mesul buldukları kimselerin ihmalleri ile verdiği zararların sigortacı tarafından tazmin edilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bu görüş, bu kişilerin ihmallerine rağmen sigortacıya ödeme yüklemesi sebebiyle hükmün aynı zamanda bu kişilere bir rücu imtiyazı tanıdığını kabul etmiştir. Ancak bu görüş, TTK m. 1429 hükmünde rizikonun sigortalının yanı sıra eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerce gerçekleştirilmesinin sigorta tazminatına olan etkilerini düzenlediği ve hükümde geçen “fiillerinden sorumlu kişiler” ifadesinin ancak “fiili sigortalının fiili gibi görülecek kişiler” şeklinde anlaşılması gerektiği gerekçesiyle ile doktrinde eleştirilmiştir⁶⁷. Ayrıca “Rizikonun gerçekleşmesinde kusur” şeklindeki kenar başlığı ve madde metni

⁶³ Yazıcıoğlu, “Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenleme”, 350, 352; Omağ, Kanuni Halefiyet, 123; Haydar, Arseven, Sigorta Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınları), 1987, 163.

⁶⁴ Yazıcıoğlu, “Sorumluluk Sigortası”, 474; Yazıcıoğlu, “Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenleme”, 359; Emine, Yazıcıoğlu ve Zehra, Şeker Ögüz, Sigorta Hukuku, (İstanbul: On İki Levha, 2019), 215.

⁶⁵ Ünan, Zarar Sigortaları, 251.

⁶⁶ Mertol, Can, Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Cilt. 1, (İstanbul: Adalet Yayınevi, 2018), 41; Damla, Küçük, “Kara Taşıtları Kasko Sigortası Bağlamında, Türk Ticaret Kanunu’nun 1429/1. Maddesinde Geçen “Sigorta Ettiren veya Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler” Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, İÜHFD 11, S.1(2020), 54; Yazıcıoğlu, “Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenleme”, 347, 348.

⁶⁷ Küçük, “Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler”, 54

dikkate alındığında bu hükmünden ancak sigortacının hangi ihtimalde tazminat ödeme borcundan kurtulacağı sonucuna ulaşılabilceği, kişi bakımından bir imtiyaz sonucuna ulaşmanın mümkün olmadığı belirtilmiştir⁶⁸. Gerçekten de TTK m. 1429 hükmü, sigortalı ve sigorta ettirenin fiillerinden hukuken mesul oldukları kişilerin sigortalı sayılıp sayılmamasını düzenleyen bir hüküm değildir, rizikonun sigorta ettiren veya sigortalı dışında bunlar ile yakın veya bağımlı bir ilişki içerisinde olduğu kişilerce gerçekleştirilmesi halinde sigorta tazminatı ödeme borcunun hangi koşullar altında doğduğunu düzenleyen bir hükümdür⁶⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere rücu imtiyazına kimlerin dahil edilmesi gerektiği ile ilgili doktrinde çeşitli kriterler ileri sürülmüştür: sigortalının hayatın olağan akışında bir sigorta teminatı olmasaydı da tazminat talebi yöneltmeyeceği varsayılan kişilere rücu edemeyeceği, zarar sorumlusuna rücu edilmesinin ekonomik sonuçlarına kısmen veya tamamen sigortalının katlandığı durumlarda sigortacının bu kişilere rücu edemeyeceği veya sigortacının aile üyeleri ile iktisadi birlik içerisinde birlikte yaşam sürdürdüğü kişilere rücu edemeyeceği şeklinde esaslar belirlenmiştir. Bu kriterlerin bir çoğunda sınırın nereden geçeceği belirlenmemiştir. Kanaatimizce benimsenmesi gereken kriter, sigortacının rücu hakkını kullanması, ödenen tazminatın sigortalıdan geri alınması sonucunu doğurduğu durumlarda sigortacıya rücu hakkının tanınmamasıdır. Rücu yoluyla sigortalının, sigortacıdan aldığı diğer eliyle geri vermesi, halefiyetin sigortalının aleyhine ileri sürülemez ilkesine ve sigorta sözleşmesinin kuruluş amacına da aykırılık teşkil etmektedir. Bu kriter uygulanırken her somut olay kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir. Örneğin, kardeşler aynı çatı altında birlikte bir yaşam sürdürmese de bir ekonomik birlik içerisinde hareket ediyorsa (birinin ekonomik hayatındaki hareketlenme diğerini rahatlıkla etkileyebiliyorsa bir iktisadi bütünlük kabul edilmelidir) bu durumda sigortacının zarara sebep olan diğer kardeşe rücu edememesi gerekir. Sigortacının aile üyelerine veya aynı çatı altında iktisadi birlik içinde yaşayan kişilere rücu edilemeyeceği kriterleri her somut olayda amaçlanan sonuca götürmeyebilir. Örneğin, zarara sebep olan kişi ile sigortalı arasından aile bağı olsa da tazminat talebini yöneltmeyecek kadar güçlü ilişkiler bulunmayabilir veya taraflar arasında bir ekonomik birliktelik vardır ancak aynı çatı altında bir yaşam sürdürmeyebilirler. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından sigortacının, sigortalının uzun süreli ekonomik birlik içerisinde bulunduğu kişilere rücu edemeyeceği yönünde bir düzenlemenin gerekliliğini vurgulamak gerekir. Ancak bu sınırlandırmanın kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla söz konusu kişilerin zarara kasten sebep olmaları halinde, rücu hakkının varlığı kabul edilmelidir⁷⁰.

⁶⁸ Yazıcıoğlu, "Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenleme", 347, 348.

⁶⁹ Küçük, "Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler", 54.

⁷⁰ Yazıcıoğlu, "Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenleme", 350.

Mevcut düzenlemenin yorumu ile rücu hakkının kişi bakımından sınırlandırılmadığı sonucuna ulaşılsa da sigorta sözleşmesi ile “sorumlular” kapsamındaki bazı kişilere rücu edilemeyeceği yönünde hükümler öngörebileceğini kabul etmek gerekir. Sigortalının ilave prim karşılığında teminat kapsamını genişletme talebini ve sigortacının bu ilave prim karşılığında tazminat talep etmeyeceğini içeren sözleşmenin geçerli kabul edilmemesi için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Doktrinde⁷¹ de belirtildiği üzere böyle bir değerlendirme, ne madde metnine de hükmün amacına aykırılık teşkil edecektir.

A. YABANCI HUKUKTA YER ALAN DÜZENLEMELER

1. Alman Hukuku

1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanununun 67. maddesinin 2. fıkrasında sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkını sigortalının kendisi ile aynı hanede yaşayan aile üyelerine karşı kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Alman hukukunda “aile imtiyazı”(Familienprivileg) olarak ifade edilen bu sınırlandırma, sigortalı ile aynı hanede birlikte yaşayan aile üyeleri arasında genellikle çok yakın ekonomik bağlantı olduğu ve bu nedenle de aynı çatı altında yaşayan zarar sorumlusu aile üyesine rücu edildiği taktirde sigortalının bundan etkileneyeceği düşüncesine dayanmaktadır⁷². Rücu yasağının kötüye kullanılmasının engellemek amacıyla sözü edilen kişilerin zarara kasten sebep olması durumunda rücu yasağının geçerli olmadığı da hüküm altına alınmıştır⁷³.

2008 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanununun 86. maddesinin 2. fıkrasında ise “aile imtiyazı”(Familienprivileg) yerine “ev birliği imtiyazı”(Haushaltgemeinschaftsprivileg) getirilmiştir⁷⁴. Bu hükümde de sigortacının rücu hakkını belirli kişilere karşı kullanamayacağı ve bu kişilerin zarara kasıtlı olarak sebep olmaması durumunda rücu hakkının muhatabı olamayacağı düzenlemiştir. Ancak § 67 Abs. 2, VVG a.F.’den farklı olarak zarar sorumlusunun aile üyesi olup olmadığına bakılmaksızın zararın meydana geldiği anda sigortalı ile aynı çatı altında “iktisadi birlik” içerisinde yaşayan kişilerin rücu hakkının muhatabı olmadığı belirtilmiştir⁷⁵. Böyle bir imtiyazın tanınması ile

⁷¹ Omağ, Halefiyet, 123.

⁷² Cordula, Rosch, Dergezetliche Forderungsübergangnach der Reform des Versicherungsvertragsrechts § 86 VVG(2008), (Frankfurt am Main:Peter Lang, 2009), 8; Dirk-Carsten, Günther, Der Regress des Sachversicherers, (Karlsruhe: VVW GmbH, 2015), 33.

⁷³ Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86, Rn.205.

⁷⁴ Günther, Sachversicherers, 33; Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86, Rn.190; Schimikowski, VVG § 86, Rn.365; Winfried-Thomas, Scheider in Haag, Geigel, Haftpflichtprozess, Kap.13, (München:C.H.BECK, 2020), Rn. 54; Karl, Maier in Theo, Langheid und Manfred, Wandt, Herausgeber, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 3: Nebengesetze, Systematische Darstellungen, (München: C.H. Beck, 2017), Kap.420, Rn. 247; Maier in Stiefel und Maier, VVG § 86, Rn. 57; Brand in Bergmann, Pauge und Steinmeyer, VVG § 86, Rn. 43.

⁷⁵ Schimikowski, VVG § 86 Rn. 363; Scheider in Geigel, Haftpflichtprozess, Kap.13, Rn. 53,56; Günther, Sachversicherers, 34; Helmut, Schirmer, "Neues VVG und die Kraftfahrzeughaftpflicht- und Kaskoversicherung"-Teil II, DAR 2008, ss.324.

iki amaç benimsemiştir: bir yandan iç barışını sürdürmek⁷⁶, diğer taraftan sigortacının rücu yoluyla sigortalıya dolaylı olarak yük oluşturulmasının önüne geçmek⁷⁷. Böylece § 86 Abs.3, VVG hükmü ile sigortalı ile bir aile bağı bulunmasa dahi aynı çatı altında iktisadi birlik içerisinde yaşayan zarar sorumluları, rücu imtiyazı kapsamına alınmıştır⁷⁸.

Mülga § 67 Abs.2 VVG a.F. ile § 86 Abs.3 VVG arasındaki diğer bir fark, mülga hükümde muaf tutulan kişilere karşı halefiyetin de gerçekleşmediği düzenlenmişken § 86 Abs.3 VVG’de muaf tutulan kişilere karşı halefiyetin gerçekleştiği, ancak rücu hakkının ileri sürülemeyeceği düzenlenmiştir⁷⁹. Böylece sigortalının sigortacının yanında zarar sorumlusuna da başvurması engellenmiş olacak ve bu şekilde zenginleşme yasağı ilkesi ihlal edilmemiş olacaktır.

Alman hukukunda rücu muafiyeti için gerekli olan “iktisadi birliğin” uzun süre devam etmesi aranmıştır⁸⁰. Bu nedenle misafirlik gibi geçici oluşan topluluklar bu madde kapsamında değerlendirilmemiştir. Ancak eğitim gibi sebeplerden dolayı ortak yaşam alanından uzaklaşılması iktisadi birliği kesintiye uğratmadığı kabul edilmiştir⁸¹. Bazı durumlarda iktisadi birliğin varlığını tespit etmek güçleşmektedir. Örneğin, ebeveynleri ayrı olan çocukların her iki ebeveyninde de düzenli olarak yaşaması halinde iktisadi birliğin varlığından bah-

⁷⁶ Armbrüster in Prölss und Martin, VVG § 86, Rn. 109; Jürgen, Jahnke, “Angehörigenprivileg im Wandel”, 58, NZV 2008, 57, Erişim Tarihi:Ağustos 21, 2021, beck-online; Brand in Bergmann, Pauge und Steinmeyer, VVG § 86, Rn. 4; Maier in Stiefel und Maier, VVG § 86, Rn.56; Muschner in Rüffer, Halback und Schimikowski, VVG § 86, Rn. 49.

⁷⁷ Armbrüster in Prölss und Martin, VVG § 86, Rn. 109;Muschner in Rüffer, Halback und Schimikowski, VVG § 86, Rn. 49; Maier in Stiefel und Maier, VVG § 86, Rn.56; Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86, Rn.190; Maier in Langheid und Wandt, Herausgeber, Münchener Kommentar zum VVG, Band 3, Kap. 420, Rn. 246.

⁷⁸ Alman doktrininde, § 86 Abs.3 VVG hükmünde öngörülen imtiyazı belirleyen ilkenin zaten § 86 Abs.1 S.2, VVG’de(halefiyet sigortalının aleyhine ileri sürülemez) yer aldığı ve bu ilke ile sigortalının rücadan etkilenmesi durumunda rücutun önlenmesine yönelik standart amacın gerçekleştirilebileceği savunulmuştur. Bkz. Brand in Bergmann, Pauge und Steinmeyer, VVG § 86, Rn. 43; Jahnke, “Angehörigenprivileg”, 58; Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86 Rn.190; Maier in Langheid und Wandt, Herausgeber, Münchener Kommentar zum VVG, Band 3, Kap. 420, Rn. 246.

⁷⁹ Muschner in Rüffer, Halback und Schimikowski, VVG § 86, Rn. 49; Günther, Sachversicherers, 33; Armbrüster in Prölss und Martin, VVG § 86 Rn. 84; Maier in Langheid und Wandt, Herausgeber, Münchener Kommentar zum VVG, Band 3, Kap. 420, Rn. 247; Schirmer, “Neues VVG”, ss. 325; Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86, Rn.175; Jahnke, “Angehörigenprivileg”, 59, Brand in Bergmann, Pauge und Steinmeyer, VVG § 86, Rn. 43.

⁸⁰ Maier in Langheid und Wandt, Herausgeber, Münchener Kommentar zum VVG, Band 3, Kap. 420, Rn. 248;Maier in Stiefel und Maier, VVG § 86, Rn.58;Armbrüster in Prölss und Martin, VVG § 86, Rn.92; Günther, Sachversicherers, 34; Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86 Rn.191; Brand in Bergmann, Pauge und Steinmeyer, VVG § 86, Rn. 45.

⁸¹ Armbrüster in Prölss und Martin, VVG §, 86 Rn. 92; Brand in Bergmann, Pauge und Steinmeyer, VVG § 86, Rn. 18;Muschner in Rüffer, Halback und Schimikowski, VVG § 86, Rn. 51; Günther, Sachversicherers, 35; Maier in Langheid und Wandt, Herausgeber, Münchener Kommentar zum VVG, Band 3, Kap. 420, Rn. 248.

setmek mümkün olabilecek midir? Doktrinde § 86 Abs.3 VVG hükmünün amacı doğrultusunda iktisadi birliğin tespit edilmesi gerektiği savunulmuştur⁸². Örneğin tek başına nafaka ödeme yükümlülüğünün iktisadi birlik için yeterli olmadığı belirtilmiş, ayrıca ortak yaşamın varlığı aranmıştır⁸³.

§ 86 Abs.3 VVG hükmü gereğince, ev birliği imtiyazının sigortacının rücu hakkını sınırlaması için zarar sorumlusu ile sigortalının “rizikonun gerçekleştiği anda⁸⁴” aynı hanede müşterek bütçe ile yaşam sürdürüyor olması gerekir⁸⁵. Doktrinde § 86 Abs.3 VVG hükmünde öngörülen istisnanın, sigortalının aynı çatı altında yaşayan fertlerden birinin zarara yol açmasından kısa bir süre önce vefat etmesi halinde de uygulanması gerektiği savunulmuştur. Çünkü, bir kişinin ölümünden hemen sonra hayatta kalan kişiye daha yüksek bakım görevleri yüklemek büyük ölçüde adaletsiz olacaktır. Bu nedenle en azından makul bir geçiş dönemi için bu istisna uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁸⁶. Ayrıca, rizikonun gerçekleşme anı kıstası yargı içtihatlarında esnetilmiştir. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi⁸⁷, eski tarihli bir kararında, zararın meydana gelmesinden sonra zarar sorumlunun sigortalı ile evlenip birlikte yaşaması halinde sigortacının kendisine intikal eden rücu hakkını ileri süremeyeceğini kabul etmiş, çünkü, bir evliliğin sadece sigortacının rücu hakkını engellemek amacıyla gerçekleştirilmesinin neredeyse imkansız olduğunu belirtmiştir.

⁸² Armbrüster in Prölss und Martin, VVG § 86, Rn. 92.

⁸³ Muschner in Rüffer, Halback und Schimikowski, VVG § 86, Rn. 51; Maier in Langheid und Wandt (Hg.), Münchener Kommentar zum VVG, Band 3, Kap. 420, Rn. 248.

⁸⁴ § 86 Abs.3 VVG hükmünün gerekçesinde “hükmün temelde içerik itibarıyla 67/2 hükmünden farklı olmadığı; ancak hakkın intikali bakımından değil, intikal eden hakkın kullanılmasında bakımından istisna getirildiği; sigorta tazminatı talep hakkını kullanan sigorta ettirenin zarar sorumlusuna karşı sahip olduğu tazminat hakkını kaybedeceği; fakat sigortacının kendisine intikal eden tazminat talep hakkını kullanamayacağı; aynı çatı altında yaşayan aile üyeleri bakımından öngörülen rücu yasağının, artık mevcut sosyal ilişkilere uymadığı; bu yasaklamasının temelinde yatan düşüncenin, birlikte yaşayan kişiler için de geçerli olduğu; rücu yasağının kötüye kullanılmasını önlemek için zarara sebebiyet veren olgunun gerçekleştiği zamandan önce aynı çatı altında birlikte yaşama olgusunun mevcudiyetinin arandığı” belirtilmiştir. (Yazıcıoğlu, “Sigortacının Halefiyeti”, s. 351, dp. 62’den Naklen).

⁸⁵ Muschner in Rüffer, Halback und Schimikowski, VVG § 86, Rn. 53; Armbrüster in Prölss und Martin, VVG § 86 Rn. 94; Schirmer, “Neues VVG”, ss.325; Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86 Rn.193; Jahnke, “Angehörigenprivileg”, 58; Maier in Langheid und Wandt, Herausgeber, Münchener Kommentar zum VVG, Band 3, Kap. 420, Rn. 249; Maier in Stiefel und Maier, VVG § 86, Rn. 61; Brand in Bergmann, Pauge und Steinmeyer, VVG § 86, Rn. 45.

⁸⁶ Muschner in Rüffer, Halback und Schimikowski, VVG § 86, Rn. 54; Berlin Bölge Mahkemesi 23.06.2012 tarihli bir kararında bu yönde bir değerlendirme yapmıştır. bkz. LG Berlin, 23.06.2011 - 5 O 261/10 (beck-online, Eylül 5, 2021). Günther, § 86 Abs. 3 VVG hükmünün aile üyelerini korumaktan ziyade sigortalı üzerindeki dolaylı bir mali yükü ortadan kaldırmayı ve iç barışı korumayı amaçladığını, bu nedenle sigortalının ölümünden sonra sigortalının birlikte yaşadığı kişilere imtiyaz tanınmasının hükmün amacına uymadığını belirtmiştir. Dirk-Carsten Günther’in LG Berlin, 23.06.2011 - 5 O 261/10 karara ilişkin yorumu, Urteilsanmerkungen, (FD-VersR 2011, 322361, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2021, beck-online)

⁸⁷ OLG Köln, 17.10.1990 (24 U 43/90)(VersR 1991, 1237, Erişim Tarihi: Ağustos, 12, 2021, beck-online)

Sigortalı ile aynı çatı altında bir iktisadi birliğin varlığını, sigortacının rücu talebini yönelttiği zarar sorumlusunun ispat etmesi gerekir. Bu hususta ispat külfeti zarar sorumlusuna yüklenmiştir⁸⁸. Ancak, § 86 Abs.3 VVG hükmünde ev birliğinin nasıl ispat edileceğine dair herhangi bir kriter öngörülmemiştir. Alman doktrininde Alman Sigorta Kanununun(Sozialgesetzbuch (SGB II)) § 7 Abs.3a SGH II hükmünde yer alan kriterlerin ortak ev paylaşımını ispatlamak için kullanılabilmesi belirtilmiştir⁸⁹.

Alman doktrininde⁹⁰ bir şirketin ortağı veya genel müdürü ile aynı çatı altında yaşayan kişilerin şirkete zarar vermesi durumunda bu kişilerin § 86 Abs.3 VVG kapsamında korunmayacağı yönünde görüşler bulunmaktadır. Çünkü, sigortalı şirket ile zarara sebep olan kişi arasında bir aile topluluğu bulunmayıp şirketten bağımsız konumdadırlar. Ancak sigorta sözleşmesinin yorumu ile bu kişilerin de menfaatinin sigorta edildiği sonucuna ulaşılabilir⁹¹.

Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi⁹², bir kararında tek kişilik limited şirket ortağının şirketin zarara uğraması ve kar etmesinden ekonomik olarak doğrudan etkilendiğini bu nedenle de iki tüzel kişilik arasında yasal farklılığa rağmen tazminat hukukunda tek hissedar ile limited şirketin aynı zemine oturtulabileceğini belirtmiştir. Bu değerlendirme doğrultusunda sigortacının kastı olmayan sigortalıya rücu edemeyeceği gibi, sigortalı ile aynı evde yaşayan bir aile üyesine de rücu edemeyeceği yönünde hüküm kurmuştur. Buna karşılık Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi⁹³, tek kişilik limited şirket ortağının şirket tarafından yapılan bir mal sigortasında sigortalı statüsüne sahip olmadığını, bu nedenle sigortalının aile üyelerine de rücu edilebileceğini belirtmiştir.

2. İsviçre Hukuku

İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanununun 31 Aralık 2021 tarihine kadar geçerli olan 72. maddesinin 3. fıkrasında sigortacının halefiyet hakkının, “zararın sigortalı ile aynı evde yaşayan ve hafif kusurlu olarak zarara sebebiyet veren kişiler veya sigortalının eylemlerinden sorumluluk taşıdığı kişiler açısından

⁸⁸ Schirmer, “Neues VVG”, ss. 325.

⁸⁹ § 7 Abs.3a SGH II hükmü şöyledir:“(3a) Ortaklar olduğunda, birbirleri için sorumluluk alma ve birbirleri için ayağa kalkma konusunda karşılıklı bir irade varsayılır.

1.Bir yıldan fazla birlikte yaşıyor olmak,

2.Ortak bir çocukla birlikte yaşamak,

3.Evde çocuklara veya akrabalara bakmak veya

4. Başkalarının gelirlerini veya varlıklarını elden çıkarma hakkına sahiptir.”

⁹⁰ Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86 Rn.204; Christian, Armbrüster, “Zum vertraglichen und gesetzlichen Schutz des Haftpflichtigen vor einem Regreß des Sachversicherers”, (VersR 1994, 893, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2021, beck-online). Aksi yönde görüş için bkz. Maier in Langheid und Wandt, Herausgeber, Münchener Kommentar zum VVG, Band 3, Kap. 420, Rn. 251.

⁹¹ Möller und Segger in Langheid und Wandt, VVG § 86 Rn.204

⁹² OLG Frankfurt/M., 22. 1. 1993 - 24 U 210/91, Recht und Schaden, 1993, 131, Erişim Tarihi: Mayıs 12, 2021, beck-online.

⁹³ OLG Karlsruhe, 29. 7. 2004 (14 U 222/02)(VersR 2006, 694, Erişim Tarihi: Mayıs 12, 2021, beck-online)

dan uygulama alanı bulmayacağı” düzenlenmiştir. Bu şekilde sigortalı ile aynı aile birliği içerisinde yaşayan kişiler ile sigortalının eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler, rücu imtiyazı kapsamına alınmıştır. 1 Ocak 2022’de VVG’nin kısmi revizyonunun yürürlüğe girmesiyle birlikte Art. 72 VVG hükmünün yerini Art. 95c VVG hükmü⁹⁴ almıştır. Bu hükme göre; “(1)Zarar sigortasından sağlanan haklar diğer tazminat hakları ile birleştirilemez.

(2) Sigortacı, ödeme yaptığı ölçüde ve ödeme sırasında, kapsadığı benzer zarar kalemleri için sigortalının haklarına halef olur.

(3) Zarar, sigortalıyla yakın ilişkisi olan bir kişinin hafif ihmali sonucu oluşmuşsa, 2. fıkra uygulanmaz. Yakın bir ilişkide özellikle şu kişiler bulunur:

a. sigortalının aynı çatı altında birlikte yaşadığı kişiler

b. sigortalı kişi ile istihdam ilişkisi içinde olan kişiler

*c. sigorta konusu malı kullanmaya yetkili olan kişiler”*Birinci fıkrada, zenginleşme yasağı ilkesinin bir gereği olarak gerçek zarar miktarının ödenmesi gerektiği vurgulanmıştır⁹⁵. Kanun koyucu aynı zamanda sigortacının kanuni halefîyetinin sadece zarar sigortaları bakımında geçerli olduğu hususunu da açıkça yer vermiştir⁹⁶. Bu husus, İsviçre hukuku için yeni bir gelişme değildir; ancak açıkça hüküm altına alınması ile başından itibaren net koşullar sağlanmıştır.İkinci fıkra ile birlikte zarar sigortacının halefîyet yoluyla edindiği hakları, sadece haksız fiil sorumlusuna ileri sürebileceğine yönelik sınırlandırma kaldırılmış, sigortacı, tüm sorumlulara, yani yalnızca haksız fiil sorumlularına değil, aynı zamanda açıkça sözleşmenin ihlali veya kanuni sorumluluk nedeniyle tazminattan sorumlu olan kişilere karşı da rücu hakkı elde etmiştir. (Art. 95c Abs. 2 VVG) (Bütünsel Halefîyet)⁹⁷Son olarak Art. 95c Abs. 3 VVG hükmü ise rücu imtiyazı(Die Regressprivilegien) bakımından önemli değişiklikler getirmiştir. Bir yandan aile ve iş topluluğundan kaynaklanan imtiyazı teyit ederken, diğer yandan “yetkili kullanım(ermächtigtgen Nutzung)” çerçevesinde yeni bir imtiyaz grubu yaratmıştır. Bu “kullanım ayrıcalığı(Nutzungsprivileg)” sigortacının kiracıya rücu edip edemeyeceği yönelik yapılan tartışmalar bakımından gerçek bir yenilik oluşturabilir. Gelecekteki

⁹⁴ “Regressrecht des Versicherungsunternehmens “başlıklı Art 95c VVG hükmünün orijinal metni şu şekildedir:”

(1) Leistungen aus Schadenversicherungen sind nicht mit anderen schadenausgleichenden Leistungen kumulierbar.

(2) Im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung tritt das Versicherungsunternehmen für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Versicherten ein.

(3) Absatz 2 findet keine Anwendung, wenn der Schaden durch eine Person, die in einer engen Beziehung zum Versicherten steht, leichtfahrlässig herbeigeführt worden ist. In einer engen Beziehung stehen namentlich Personen, die:

a.in einer häuslichen Gemeinschaft leben;

b.in einem Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten stehen;

c.ermächtigt sind, die versicherte Sache zu nutzen.”

⁹⁵ Ignacio und Wendelspiess, “neuen VVG”,240.

⁹⁶ Ignacio und Wendelspiess, “neuen VVG”, 240.

⁹⁷ Ignacio und Wendelspiess, “neuen VVG”, 240, 241;Yanik, “Art. 95c Abs. 2”, 25 et al.

uygulama, Art. 95c Abs. 3 VVG'de hükmünde yer alan "kullanım ayrıcalığı"nın nasıl anlaşılması gerektiğini tam olarak ortaya koyacaktır, ancak bu düzenleme ile birlikte sigorta konusu malın kiracının hafif ihmaliyle zarara uğraması halinde sigortacının kiracıya rücu edip edemeyeceği yönündeki tartışmalar sona ermiştir. Bu husus, kiracının mal sigortası primlerini dolaylı da olsa kira yoluyla finanse ettiği gerçeği ile gerekçelendirilebilir⁹⁸.

Art. 95c Abs. 3 VVG hükmünde rizikonun gerçekleşmesine sigortalının "yakın ilişki" içerisinde bulunduğu kişilerin sebep olması halinde sigortacının rücu hakkının bulunmadığı hüküm altına alınmıştır. Ancak, hükümde rücu hakkının ortadan kaldırılması için ihmalkar olmayan bir davranış aranmıştır. Zarara hafif kusuru ile sebep olan ve sigortalı ile yakın ilişki içerisinde bulunan kişiler, rücu hakkından muaf tutulmuştur. Aynı zamanda 3. fıkrada kimlerin sigortalı ile yakın ilişki içerisinde olduğu belirtilmiştir. Madde metninde "özellikle" ifadesi kullanılarak imtiyaz sahibi olan kişilerin sınırlı sayıda olmadığı, somut olayın özelliğine göre hakim tarafından taktir edileceği vurgulanmak istenmiş ve aynı zamanda güncel gelişmelere uyarlanması amaçlanmıştır.

Sigortalının yakın ilişki içerisinde bulunduğu kişilerin hafif ihmal dışında diğer kusur halleri ile verdikleri zararlar, rücu hakkından muaf tutulmamıştır. Doktrinde hafif ihmal kavramının nasıl anlaşılması gerektiği ve ağır ihmal veya orta dereceli ihmal ile verilen zararların rücu imtiyazına dahil olup olmadığı değerlendirilmiştir. İsviçre Sosyal Güvenlik Mevzuatında açıkça zararın kasten ve ağır kusur ile gerçekleştirilmesi halinde Art. 75 Abs. 1 ATSG hükmünde belirtilen kişilerin rücu imtiyazından yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Art. 95c Abs. 3 VVG'de, kusur derecesi İsviçre Sosyal Güvenlik Mevzuatında olduğu gibi açıkça ifade edilmemiştir. Hükmün lafzı gereği, rizikoya ağır ihmal veya orta dereceli ihmal ile sebep olan sigortalının yakın ilişki içerisinde bulunduğu kişiler, rücu hakkından muaf olamamaktadır⁹⁹.

B. YARGITAY UYGULAMASI

Yukarıda da belirtildiği üzere Türk Ticaret Kanununda sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkını kimlere karşı ileri süremeyeceği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay, pek çok kararında TTK m. 1429/1 hükmünde yer alan sigortalının "*fillerinden hukuken mesul oldukları kimseler*" kavramından yola çıkarak sigortacının kimlere rücu edemeyeceğini saptamaya çalışmıştır. Ancak bu kararlara bakıldığında olaylar arasında büyük benzerlik olmasına rağmen aynı yönde hüküm kurulmamış ve maddede yer alan sigortalının "*fiilerinden hukuken mesul oldukları kişilerin*" nasıl tespit edileceği hususu da açık bir şekilde ortaya konulamamıştır.

⁹⁸ Ignacio und Wendelspiess, "neuen VVG", 243, 244.

⁹⁹ Ignacio und Wendelspiess, "neuen VVG", 244.

Yargıtay, bazı kararlarında¹⁰⁰ sigortacının rücu hakkını kimlere karşı ileri süremeyeceğini “*rizikonun gerçekleşmesinde kusur*” başlığını taşıyan TTK m. 1429 hükmüne dayanarak belirlemiş; sigortalının veya sigorta ettirenin hukuken fiillerinden sorumlu buldukları kişilerin kusurları sebebiyle gerçekleşen zararı tazmin eden sigortacının bu kişilere rücu edemeyeceğini kabul etmiştir. Yargıtay, sigortalının “*fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin*” sigortacının rücu hakkından muaf olduğunu saptadıktan sonra fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin tespitinde sigorta konusu malın bu kişilere “*rıza*” ile verilip verilmediği kriterini uygulamıştır. Ancak yakın tarihli kararlarına bakıldığında¹⁰¹ ise rıza kriteri

¹⁰⁰YHGK, 09.04.2008 tarih ve E. 2008/17-209 ve K. 2008/302 sayılı kararında “...sigorta konusu aracın çalınma anındaki konumunun dava dışı sigortalının bilgisi ve muvafakati dahilinde olduğu(nu) bu nedenle davalıların ETTK m. 1278(TTK m. 1478) hükmü anlamında sigortalının eyleminden sorumlu olduğu kişiler durumunda bulunduğunu ve davalıların kasdi davranışlarından söz edilemeyeceği(ni) belirtmiş ve sonrasında “sigortacının, sigortalanan araçta oluşan hasar nedeniyle dava dışı sigortalısına ödediği sigorta tazminatını davalılara rücu etmesine olanak bulunma(dığı)” yönünde hüküm kurmuştur. YHGK, 09.04.2008, E. 2008/17-209, K. 2008/302, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2021, www.lexpera.com. Aynı yönde karar için bkz. Y17HD, 06.11.2012, E. 2012/5588, K. 2012/12148, Erişim Tarihi, Ekim 4, 2021, www.lexpera.com; Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 11HD, 10/12/2018, E. 2018/527 K. 2018/1982 (Yayınlanmamış Mahkeme Kararı). Bölge Adliye Mahkemesi kararı davanın görevli mahkemede açılmaması gerekçesi ile Yargıtayca bozulmuştur. BAM kararının özeti ve Yargıtay kararı için bkz. Y11. HD., 8.1.2020, E. 2019/1844 K. 2020/170, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2021, www.lexpera.com. Mezkur yargı kararı hakkında yapılan değerlendirmeler için bkz. Samim, Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 6. Kitap Sigorta Hukuku-Yargı Kararları, Cilt 6, (İstanbul: On İki Levha, 2020), 388(Yargı Kararları).

¹⁰¹ “...TTK'nin 1278. maddesinde, “Mukavelede aksine hüküm olmadıkça sigortacı, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin yahut fiillerinden hukuken mesul buldukları kimselerin kusurlarından doğan hasarları tazmin ile mükelleftir” hükmünü öngörmektedir. Bu maddenin olayımıza uygulanması mümkün değildir. Zira, yukarıda açıklanan somut olaydan da anlaşıldığı gibi, sigortalı, aracını park edilmesi için valeyeye teslim edilmiş olmakla zilyetlik davalı tarafa geçmiştir. Davalı taraf teslim aldığı aracı aldığı gibi teslim etmesi gerekir. Somut olayda, davalı sözleşmenin kendisine yüklediği güven ve özenle koruma borcunu aykırı davranmak suretiyle araçta zararın oluşmasına sebebiyet vermiştir.

Açıklanan bu maddi ve hukuksal olgulara göre, aracın rıza ile teslim edildiğinden söz edilerek kasko sigortacısının sigortalısına ödediği hasar bedelini rücu edemeyeceği yönündeki kabule katılmak mümkün değildir.” (Y17. HD, 29.01.2013, E. 2012/9462 K. 2013/772, Erişim Tarihi:Ekim 5, 2021, www.lexpera.com). Bu gerekçeyle bozulan karara İlk Derece Mahkemesinin direnmesi üzerine, uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulu'na taşınmıştır. Kurul, davalıların akdi yükümlülükleri ve halefiyet hükümleri gereğince sorumlu olduğuna karar vermiş ve uyuşmazlığa TTK m.1429 (ETTK m. 1278) hükmünün uygulanmasını reddetmiştir. (YHGK, 21.03.2018, E. 2017/3076, K. 2018/498, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021, www.lexpera.com. Yargıtay, bir başka kararında “...dava dışı sigorta ettirene ait depoda davalı K1'in kullandığı forklift ile taşınan emtianın düşmesi sonucu emtia hasara uğramış, bu hasarı karşılayan davacı sigortacı da ödediği bedelin tahsili için forklifti kiralayan şirket ile birlikte bu forklifti kullanan diğer davalıya rücu etmiştir. Bu durumda uyuşmazlık, davalı sürücünün eyleminin sigorta ettirenin eylemi mi yoksa üçüncü bir kişinin eylemi mi olarak değerlendirileceği noktasında toplanmaktadır. Zira söz konusu eylem, sigorta ettirenin eylemi olarak değerlendirilmesi halinde bu eylem nedeniyle oluşan zarar rücu edilemeyecek, aksi halde ise zararı ödeyen sigortacının rücu hakkı doğacaktır. Bu konuda ne sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'da ne de polişçe genel ve özel şartlarında herhangi bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, mülga 6762 sayılı TTK'nın mal sigortalarına ilişkin genel hükümleri arasında yer alan 1278. maddesinde(TTK m. 1429) göre aksine hüküm olmadıkça

dikkate alınmaksızın sigortalının aile üyeleri¹⁰² ve bağımlı çalışanları doğrudan sigortalının fiilinden sorumlu kişiler kapsamında değerlendirilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere sigortacının TTK m. 1429 hükmüne dayanarak sigortalının “*filerinden hukuken mesul oldukları kişilere*” rücu edemeyeceğini kabul etmek mümkün değildir. Çünkü, TTK m. 1429 hükmünde yer alan düzenlemenin amacı, zararın sigortalı dışında bunlarla belli yakınlığı bulunan üçüncü kişilerce gerçekleştirilmesi halinde sigortacının tazminat ödeme borcunun doğup doğmayacağını saptamaktır. Hükümde geçen sigortalının “*fillerinden hukuken mesul oldukları kişiler*” kavramı bu amaç doğrultusunda değerlendirilmelidir. TTK m. 1429 hükmü, zararın kasten gerçekleştirilmesi halinde sigortacının sigorta tazminatı ödemekle yükümlü olmadığını, ihmalle gerçekleştirilmesi halinde kural olarak sigortacının sigorta tazminatını ödemek zorunda olduğunu düzenlemektedir. Maddenin “*rizikonun gerçekleştirilmesinde kusur*” kenar başlığından ve metninden bu sonuç dışında sigorta korumasının kapsamının genişletildiği ve sigortacının halefiyet hakkının kişi bakımından sınırlandırıldığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir¹⁰³.

IV. SİGORTACININ BELİRLİ KİŞİLERE RÜCU EDEMEYECEĞİ YÖNÜNDEKİ SÖZLEŞME HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

TTK m. 1486 hükmüne göre, TTK m.1472 hükmüne aykırı yapılan sözleşmeler geçersizdir. Kanunun sistematığı doğrultusunda bir değerlendirme yaptığımızda sadece sigortacı ile sigorta ettiren arasında TTK m. 1472'e aykırı yapılan sözleşme kayıtları, geçersizdir¹⁰⁴. Diğer bir ifadeyle, TTK m. 1472'nin emredici hüküm olma özelliği sadece sigortalı ile sigortacı arasındaki ilişkilerde söz konusu olabilirken sigortacı ile zarar sorumlusu veya sigortalı ile zarar sorumlusu arasında yapılan sözleşmeler, bu kapsamda değildir.

sigortacı, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin yahut fillerinden hukuken sorumlu buldukları kimselerin kusurlarından doğan hasarları tazmin ile yükümlü bulunmaktadır. Sigorta ettirenin veya sigortadan faydalanan kimselerin kasdından doğan hasarlar ise bu kuralın istisnasıdır. Anılan hükmün, sorumluluk sigortaları için de uygulanmasını engelleyen herhangi bir hal söz konusu değildir. Dolayısıyla anılan uyumsuzluğun da, bu çerçevede çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Nitekim, her ne kadar somut uyumsuzluğa uygulanması söz konusu değil ise de daha sonra yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın sorumluluk sigortalarına ilişkin 1473/2. maddesinde de bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. O halde mahkemece, öncelikle davalı K1'in dava dışı sigorta ettirenin mi yoksa diğer davalı şirketin mi çalışanı olduğu tespit edilmeli, sigorta ettirenin çalışanı olduğunun anlaşılması halinde yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde ağır kusuru veya kastı ile zarara yol açmadığı takdirde davacının kendisine rücu edemeyeceğinin gözetilmesi”, gerektiğini belirtmiştir. Y11HD, 06.06.2014, E. 2014/4364, K. 2014/10853. Aynı yönde kararlar için bkz.; Y17HD, 11.06.2012, E. 2012/3749, K. 2012/7627; Y17HD, 27.02.2012, E. 2011/7897, K. 2012/2209; Y17HD, 08.10.2012, E. 2012/6666, K. 2012/ 10720, Erişim Tarihi: Ekim 5, 2021, www.lexpera.com.

¹⁰² Y17.HD, 25.05.2010, E. 2009/7005 K. 2010/4781, Erişim Tarihi: Ekim 5, 2021, www.lexpera.com

¹⁰³ Küçük, “Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler”, 53, 54.

¹⁰⁴ Omağ, Halefiyet, 55; Bilge, “Sigortacının Halefiyeti”, 68; Ali, Bozer, “Sigortacının Rücu Hakkı”, BATİDER 2, S.3 (1964), 477 vd.

Sigortacı veya sigorta ettiren aralarında kurdukları sigorta sözleşmesinde sigortacının rücu hakkını sınırlayan hükümler öngerebilmektedir. Taraflar, sözleşmede belirli kişilere karşı rücu hakkından feragat edebileceği gibi, rücu hakkının kullanılmasını sigortalının onayına da bırakılabilir¹⁰⁵. Ancak önem arz eden husus, sözleşmede öngörülen bu tarz hükümlerin geçerli olup olmadığı ve bu hükümlerin geçersizliğinin sigorta sözleşmesinin geçerliliğine etki edip etmediğidir. TTK m. 1472 (TTK m. 1486) hükmünün emrediciliği karşısında sigortacının ve sigortalının tazminat talep hakkının sigortacıya intikal etmeyeceği yönünde bir anlaşmaya gitmeleri mümkün değildir. Aynı şekilde, sigorta tazminatının ödenmesinden önce sigortalının üçüncü kişiye karşı ikame edebileceği dava hakkının sigortacıya geçebileceği veya hasarın sigortacı tarafından kısmen tazmin edilmesine rağmen sigortalının zarar sorumlusuna karşı tüm haklarının sigortacıya temlikini şart koşan özel kayıtların geçerli olmadığını kabul etmek gerekir¹⁰⁶. Ancak, bu değerlendirme ile birlikte bu tarz hükümleri içeren sigorta sözleşmelerin geçerli olup olmadığı tartışması ortaya çıkmaktadır. Bu tartışmanın kaynağı, TTK m. 1486 hükmünde TTK m. 1472 hükmüne aykırı yapılan “sözleşmeler”in geçersiz kabul edilmesidir. Doktrinde çoğunluk görüş¹⁰⁷, TTK m. 1472 hükmüne aykırılık halinde tüm sözleşmenin geçersiz sayılmasını yersiz ve aşırım bir yaptırım olduğunu, böyle bir kabulün taraf menfaatlerine aykırılık teşkil ettiğini kabul etmiştir. Gerçekten de sigorta sözleşmesinden doğan tüm yükümlülüklerini yerine getiren sigortalının sözleşmede geçersiz bir hükme yer verilmesi sebebiyle tazminat hakkından yoksun bırakılması orantısız bir yaptırım olacaktır. Taraf menfaatlerini koruyacak bir sonuca ulaşabilmek için TTK m. 1472 hükmünün amacı doğrultusunda bir değerlendirilme yapmak gerekir. Sigorta tazminatı ödeyen sigortacıya sigortalının tazminat talep hakkının kısmen veya tamamen intikal etmeyeceği şeklinde halefiyeti engelleyen hükümleri içeren sözleşmelerin hükmün amacı olan zenginleşme yasağına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle tümünden geçersiz kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık sigortacının kendisine intikal eden hakkı hiç ve belirli kişilere kullanmayacağı yönünde yapılan sözleşmeleri geçerli kabul etmek gerekir.

TTK'nın sigorta hukuku kitabının mehzarı niteliğinde olan Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanununda yukarıda da belirttiğimiz gibi sigortacının belirli kişilere rücu edemeyeceği hususu, § 86 VVG'de hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, sigortalının aleyhine değiştirilemeyen yarı emredici bir hükümdür (§ 87 VVG)¹⁰⁸. Dolayısıyla, taraflar aralarında sigortalı aleyhine olmayan sözleşmeler akdedebi-

¹⁰⁵ Ünan, Zarar Sigortaları, 253.

¹⁰⁶ Atabek, 240; Yazıcıoğlu, “Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenleme”, 359; Omağ, Halefiyet, 55 (ETTK m. 1301 bakımından yapılan değerlendirme); Yazıcıoğlu ve Şeker Öğüz, 219; Fahiman, Tekil, “Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, (Ankara:Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998), 128.

¹⁰⁷ Kerim, Atamer, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortalarına Giriş”, BATİDER27, S.1(2011), s. 73,74; Ünan, “Türk Ticaret Kanunu Taslağı”, 172; Kayıhan, “Halefiyet”, 1599.

¹⁰⁸ Brand in Bergmann, Pauge und Steinmeyer, VVG § 86 Rn. 52; Armbrüster in Prölss und Martin, VVG § 86 Rn. 107, 109; Hormuth in Beckmann und Matusche-Beckmann, VVG § 86 Rn. 171.

lirler. Sigortacının rücu hakkının kişi bakımından sınırlandırılan sözleşmeler de sigortalının lehine yapılan sözleşmeler kapsamındadır. Örneğin, § 86 Abs. 3 VVG hükmünde sigortacının sigortalı ile aynı çatı altında ekonomik birlik içerisinde yaşadığı kişilere rücu edemeyeceği kabul edilmiştir. Ancak, taraflar aynı çatı altında yaşamayan belli bazı kişilere de rücu edilemeyeceğini sözleşmede kararlaştırmak isteyebilirler. § 86 VVG hükmünün yarı emredici bir hüküm olması sebebiyle bu sözleşme hükümleri geçerli olacaktır.

İsviçre hukukunda ise sigortacının kanuni halefiyetini düzenleyen Art. 95c VVG hükmünün yalnızca halefiyetin kimlere karşı ileri sürülemeyeceğine öngören üçüncü fıkrası, nisbi emredici hüküm olarak düzenlenmiştir. (Art. 98 VVG). Bu nedenle İsviçre hukukunda taraflar, halefiyetin sigortalının yakın ilişki içerisinde olmadığı kişilere karşı ileri sürülemeyeceği yönünde sözleşme hükümleri öngörebilirler.

SONUÇ

Halefiyete dayalı rücu hakkının belirli kişilere karşı kullanılması halinde bu zarara kısmen veya tamamen sigortalı katlanabilmektedir. Bu husus, sigortacının kanuni halefiyeti düzenlenirken dikkate alınmamıştır. Tasarı değerlendirilmelerinde bu husus vurgulanmasına rağmen Kanun Koyucu rücu hakkının muhatabı bakımından hiçbir sınırlamaya ya da istisnaya yer vermemiştir. Oysa, rücu hakkın muhatabı bakımından sınırlamaya gidilmesi, halefiyetin öngörülme amacı olan zenginleşme yaşağına aykırılık teşkil etmemektedir; çünkü sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkı, sınırlandırılrsa dahi sigortacı, tazminat talep hakkını devralmakta ve sigortalıya halef olabilmektedir.

Sigortacının halefiyete dayanan rücu hakkından muaf tutulması gereken kişilerin tespitinde, Alman ve İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu ile Türk toplum yapısının dikkate alınması isabetli olacaktır. Ülkemizde özellikle kırsal yerleşimlerde, aynı çatı altında yaşamasalar da aynı bütçeyi paylaşan ailelerin varlığı, Türk toplum yapısını da göz önüne almayı gerekli kılmıştır. Buna ek olarak, rücu hakkının kötüye kullanılmasına imkan vermemek için sınırlandırma kapsamında olan kişilerin, zarara kasten sebep olması durumunda rücu yaşağının geçerli olmayacağı düzenlenmesi gerekir. Tüm bu hususlar göz önüne alınarak TTK m. 1472 hükmüne sigortacının kimlere rücu edemeyeceğini düzenleyen bir üçüncü fıkra eklenebilir ve bu fıkra şu şekilde düzenlenebilir:

“Sigortacı, halefiyet haklarını sigortalının yakın ilişki içerisinde bulunduğu kişilere karşı, bunların zarara kasten veya ağır kusurla sebep olduklarını kanıtlaması hali dışında, ileri süremez. Yakın bir ilişkide özellikle şu kişiler bulunur:

- a. sigortalının iktisadi birlik içerisinde yaşadığı kişiler*
- b. sigortalı kişi ile istihdam ilişkisi içinde olan kişiler*
- c. sigorta konusu malı kullanmaya yetkili olan kişiler”*

İsviçre hukukunda olduğu gibi “özellikle” ifadesi kullanılarak yakın ilişki içerisinde bulunan kişilerin sınırlı sayıda olmadığı, somut olayın özelliğine

göre hakim tarafından taktir edilmesi ve güncel gelişmelere uyarlanması amaçlanmıştır. Ayrıca bu düzenleme ile zarar sorumlusunun belirli kişiler olması halinde halefiyetin gerçekleşmeyeceği değil, sigortalıya halef olan sigortalının halefiyete dayalı rücu hakkını kimlere karşı ileri süremeyeceği düzenlenmek istenmiştir. Son olarak bu fıkradan hedeflenen sonucun elde edilebilmesi için bu fıkranın Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi sigortalı aleyhine değiştirilemeyecek hükümler kapsamına alınması gerekir. (TTK. m 1486)

KAYNAKÇA

- Armbrüster, Christian, "Zur Haftung des Mieters für Sachschäden bei bestehender Sachversicherung des Vermieters", Neue Juristische Wochenschrift, 1997:177-179.
- Armbrüster, Christian, "Zum vertraglichen und gesetzlichen Schutz des Haftpflichtigen vor einem Regreß des Sachversicherers", VersR 1994, 893, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, beck-online.
- Armbrüster, Christian, in Prölss, Erich R., und Martin, Anton, Versicherungsvertragsgesetz, München: C.H. Beck, 2021.
- Arseven, Haydar, Sigorta Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları, 1987.
- Bilge, Mehmet Emin, "Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortalının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulamaları", Prof. Dr. Hayrı Domaniç'e Armağan 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt. 1, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2001: 67-85.
- Bora, Erhan, Sigorta Hukuku: Türk Ticaret Kanunu Altıncı Kitap (1401-1520), Ankara: Ankara Ofset Basım Matbaacılık, 2020.
- Bozer, Ali, "Sigortalının Rücu Hakkı", BATİDER 2, S.3 (1964): 477-480.
- Brand, Oliver in Bergmann, Karl Otto und Pauge, Burkhard und Steinmeyer, Heinz-Dietrich, Herausgeber, Gesamtes Medizinrecht Baden:Nomos, 2018.
- Can, Mertol, Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Cilt. 1, İstanbul: Adalet Yayınevi, 2018.
- Cordula, Rosch, Dergezetliche Forderungenübergang nach der Reform des Versicherungsvertragsrechts § 86 VVG(2008), Frankfurt am Main:Peter Lang, 2009.
- Damla, Küçük, "Kara Taşıtları Kasko Sigortası Bağlamında, Türk Ticaret Kanunu'nun 1429/1. Maddesinde Geçen "Sigorta Ettiren veya Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler" Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme", İÜHFD 11, S.1(2020):39-55.
- Drave, Christian, "Der Übergang von Ersatzansprüchen: Regresswahrungs- und Mitwirkungsobliegenheiten des Versicherungsnehmers (86 Absatz 2 VVG)(2012)", Erişim Tarihi: Mart 7, 2022, https://www.wilhelm-ae.de/sites/default/files/pdf/versicherungspraxis_-uebergang_von_ersatzanspruechen_-_regresswahrungs-_und_mitwirkungsobliegenheiten_des_versicherungsnehmers_ss_86_absatz_2_vvg.pdf.

- Dominik Klimbe in Prölss, Erich R., und Martin, Anton, Herausgeber, Versicherungsvertragsgesetz, München:C. H. Beck, 2021.
- Fahiman, Tekil, "Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara:Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998.
- Franco Nisim, "Yargıtay Kararlar Açısından Zararı Ödeyen Sigortacının Üçüncü Şahsa Rücu Hakkı", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Bildiriler-Tartışmalar, 25-26 Mart 1988, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları(1998):45-75.
- Günther, Dirk-Carsten, Der Regress des Sachversicherers, Karlsruhe: VVW GmbH, 2015.
- Honsell, Heinrich, "Ungeklärte Fragen des Regresses nach Art. 72 VVG", in Thomas, Geiser/Thomas, Koller/ Ruth, Reusser/Hans Peter, Walter/Wolfgang Wiegand, Herausgeber, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht (569-580), Bern: Stämpfli Verlag, 2002.
- Hormuth, Heinrich in Beckmann, Michael Roland und Matusche-Beckmann, Annemarie, Herausgeber, Versicherungsrechts-Handbuch, München:C.H. Beck, 2015.
- Jahnke, Jürgen, "Angehörigenprivileg im Wandel", NZV 2008, 57, Erişim Tarihi: Ağustos 21, 2021, beck-online.
- Jana, Bartosch-Koch, "Regressschutz des Mieters-Ausgleichsansprüche der beteiligten Versicherungen", (Neue Juristische Wochenschrift 64, S. 8(2011): 484-489.
- Jens, Muschner in Rüffer, Wilfried, Halbach, Dirk und Schimikowski, Peter, Herausgeber, Versicherungsvertragsgesetz: Handkommentar, Baden:Nomos, 2020.
- Kayıhan, Şaban, "Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti" MÜHFAD 22, S.3(2016), 1595-1624.
- Kender, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kerim, Atamer, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortalarına Giriş", BATİDER 27, S.1 (2011):21-106.
- Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu", AÜHFD 31, S. 1(1974):395-446.
- Langheid, Theo in Langheid, Theo und Rixecker, Roland, Herausgeber, Versicherungsvertragsgesetz, München: C.H. Beck, 2019.
- Maier, Karl in Langheid, Theo, und Wandt, Manfred, Herausgeber, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 3: Nebengesetze, Systematische Darstellungen, München: C.H. Beck, 2017.

- Maier, Karl in Stiefel, Ernst C. Und Maier, Karl, Kraftfahrtversicherung: AKB, Münih:C.H. Beck, 2017.
- Ignacio, Moreno und Wendelspiess, Rolf, "Der Regress im neuen VVG", Haftung und Versicherung HAVE, S.237(2021):237-248.
- Möller, Helmut und Segger, Stefan, in Langheid Theo und Wandt, Manfred, Herausgeber, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 1: §§ 1-99, München, C.H. Beck, 2016.
- Müller, Alexander, Regress im Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers, Dissertation, der Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG), 2006.
- Oftinger, Karl, und Stark, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band. 1, Allgemeiner Teil, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1995.
- Omağ, Merih Kemal, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sigorta Hukukuna İlişkin 6. Kitabının Genel Hükümler ile Zarar Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Özet Değerlendirilmesi", Sigorta Hukuku Dergisi, Sayı.1 (2005):29-34.
- Omağ, Merih Kemal, Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Roland, Brehm, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band. 6: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Bern: Stämpfli Verlag, 1998.
- Scheider, Winfried-Thomas in Geigel, Haag, Haftpflichtprozess, Kap.13, München: C.H.BECK, 2020.
- Schimikowski, Peter, Versicherungsvertragsrecht(Grundrisse des Rechts), München:C.H. Beck, 2017.
- Schirmer, Helmut, "Neues VVG und die Kraftfahrzeughaftpflicht-und Kaskoversicherung"-Teil II, DAR 2008:181-187.
- Sopacı Öztuna, Birgül, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi", BATİDER 28, S.3(2012):117-152.
- Ünan, Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 6. Kitap Sigorta Hukuku-Yargı Kararları, Cilt 6, İstanbul: On İki Levha, 2020(Yargı Kararları).
- Ünan, Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku – Cilt: II, Zarar Sigortaları, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016(Zarar Sigortaları)
- Ünan, Samim, "Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukuku Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler", Sigorta Hukuku Dergisi, S.1 (2005):109-96(Türk Ticaret Kanunu Taslağı).

- von Goldbeck, Andreas, "Grenzen des Versichererregresses." ZEuP: Zeitschrift für europäisches Privatrecht 2(2013): 283-322.
- Yanik, Zelal Seraina, "Das Regressrecht des Schadenversicherers nach Art. 95c Abs. 2 E-VVG - eine Analyse und kritische Würdigung unter Berücksichtigung der heutigen Rechtslage", QFLR 2/20, S.25(2020), 25-28.
- Yazıcıoğlu, Emine ve Şeker Öğüz, Zehra, Sigorta Hukuku, İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Yazıcıoğlu, Emine, "TTK'nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemesi Hakkında", İKÜHFD 16, S. 2(2017):331-365 (Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenleme).
- Yazıcıoğlu, Emine, "Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti", Sigorta Hukuku Sempozyumları, Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu, Editör, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018:467-483(Sorumluluk Sigortaları).
- Yolçiyev, Mübariz, Türk Hukukuyla Mukayeseli Olarak Azerbaycan Hukukunda Sigortacının Rücu Hakkı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE), 2018.

Elektronik Kaynaklar

- https://www.gesetze-iminternet.de/vvg_2008/BJNR263110007.html#BJNR263110007BJNG000600000, Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2022
- <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=861>, Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2022
- <https://dejure.org/gesetze/0VVG311207>, Erişim Tarihi:Temmuz 1, 2022

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA AİLE KONUTU ŞERHİ

*Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT**

GİRİŞ

4721 sayılı TMK ile Türk Hukukunda aile konutu ilk kez düzenlenmiş, aile konutu ve aile konutunun şerhi kavramları TMK ile tartışılmaya başlanmıştır. TMK'nın çeşitli hükümlerinde aile konutuna ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte¹ aile konutuna ilişkin temel düzenlemeye TMK'nın 194. maddesinde yer verilmiştir². Nitekim TMK 194/f.1'e göre; *"eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz*. Söz konusu düzenleme ile ailenin ekonomik bütünlüğünün korunması amaçlanmıştır³. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise aile konutunun maliki olmayan eşe tapu kütüğüne aile konutu şerhinin verilmesini isteme hakkı verilmiştir⁴. Zira TBK mad. 194/f.3'e göre; *"aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir"*.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ggumussoy@iku.edu.tr.

¹ Bkz. Türk Medeni Kanunu'nun 240, 254, 279 ve 652. maddeleri.

² "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesine göre, "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, "emredici" niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak "belirli olan" bir işlem için verilebilir." Y2. HD,20.06.2022, E. 2022/2991, K. 2022/6041. Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022, (Kazancı İctihat Bankası). Aile konutu üzerinde diğer eşin rıza olmadan TMK mad 194'e aykırı olarak işlem yapılır ve bundan bir zarar doğarsa zarara uğrayan kişi TMK 1007 gereğince devletin sorumluluğuna başvurabilecektir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Meliha Sermin Paksoy, "Aile Konutu Üzerinde Yapılan İşlemler Nedeniyle Devletin Sorumluluğu", Legal Hukuk Dergisi 17, S. 197 (2019): 2021.

³ Hüküm aile konutunun icra takibi neticesinde satılıp paraya çevrilmesine engel değildir. Mert Namlı, "Anayasa Mahkemesi'nin Aile Konutu Hakkında Haczedilemezlik Şikayetinin İleri Sürülmesine İlişkin 12.12.2019 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi 18, S. 211 (2020): 3102. "İpotek tesis edilen taşınmazın ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takip sonucu 13.03.2013 tarihinde cebri icra ile satıldığı ve Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince işlemin diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıktığı ve davanın konusuz hale gelmiş olduğu nazara alınarak konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde karar vermek üzere hükmün değişik gerekçe ile bozulması gerekmektedir." Y2 . HD, 06.11.2013, E. 2013/20421, K. 2013/25230.Erişim Tarihi: Ağustos 24, 2022, (Kazancı İctihat Bankası).

⁴ Aile konutunun şerhi ayrıca 6284 sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun"un 4. Maddesinde de düzenlenmiştir. Nitekim Kanun'un 4. Maddesinin c bendinde, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve konulan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulabileceği belirtilmiştir.

Yargıtay'ın 2021 yılında vermiş olduğu bir kararda TMK mad. 194'de düzenlenen sınırlama şu şekilde ifade edilmiştir: *"TMK'nın 193. maddesi dikkate alındığında kural olarak eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlem yapma serbestisi kabul edilmişken, aynı Kanun'un 194. maddesiyle bu kurala istisna getirilmiş ve aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması esas kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile malik olmayan eşe, aile konutu ile ilgili tapu kütüğüne şerh verilmesini isteme hakkı tanınmış, eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek eşlerin hukuki işlem özgürlüğü "Aile birliğinin" korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Tapu kaydında aile konutu şerhi bulunmasa dahi aile konutuna ilişkin olarak; eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemeyecek, aile konutunu devredemeyecek ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacaktır. Malik olmayan eşin izni için şekil şartı bulunmama ile birlikte, iznin açık olması gerekmektedir. Açık rızanın varlığını ispat yükü ise aile konutu ile ilgili tasarrufta bulunana aittir. Öte yandan; TMK'nın 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".⁵*

Aile konutu sayılmaya bağlanan hukuki sonuçların belirtildiği TMK'nın 194. maddesinde aile konutunun tanımı yapılmamıştır. Aile konutunun tanımına ise anılan maddenin gerekçesinde yer verilmiştir. Gerekçede aile konutu *"eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı anılarla dolu bir alan"* olarak tanımlanmıştır⁶. Madde gerekçesinde yer alan bu tanım aynen Yargıtay kararlarında da kullanılmaktadır⁷.

⁵ Y2. HD,22.9.2021, E. 2021/3464, K. 2021/6355, Erişim Tarihi: Haziran 9, 2022, (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶ Doktrinindeki tanımlar için bkz. Şükran Şıpka, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), (İstanbul: Beta, 2004), 77; İhsan Hüseyin, "Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67, S. 3 (2018): 584; Nurchihan Dalcı Özdoğan, "Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi İle Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi Kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi?", ERÜHFD XIII, S. 2 (2018): 141. Davut Gürses, "Aile Konutu Üzerinde Kurulan İpoteğin Eş Rızası Yokluğu Nedeniyle Yolsuz Hale Gelmesinden Kaynaklanan Zarardan Devletin Sorumluluğu", Bankacılar Dergisi 106, (2018): 70; Leyla Müjde Kurt, "Aile Konutu Şerhinin Hukuki Etkisi", Terazi Hukuk Dergisi 13, S. 146 (2018): 33; Faruk Acar, Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021),18; Sendi Yakuppur, "Aile Konutu ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 145 (2016): 778; Murat Doğan, "Madeni Kanun'un Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi IV, S.1-4 (2002): 286.

⁷ Y 2. HD, 22.9.2021, E. 2021/3464, K. 2021/6355.Erişim Tarihi: Haziran 9, 2022, (Kazancı İçtihat Bankası).

I- TBK MAD. 194/F.1 İLE GETİRİLEN SINIRLAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ailenin ekonomik bütünlüğünün korunmasının amaçlandığı TMK mad. 194/f.1 ile aile konutunun eşlerden biri tarafından diğer eşin rızası olmadıkça devredilemeyeceği ve aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. TBK mad. 194 ile getirilen aile konutuna ilişkin işlemlerde diğer eşin rızasının aranmasına ilişkin sınırlamanın hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁸ bu düzenleme ile aile konutu üzerine hak sahibi olan eşin fiil ehliyetine bir sınırlama getirilmiştir. Bu görüşe göre fiil ehliyetine getirilen sınırlama aile konutuna ilişkin hem borçlandırıcı işlemler hem de tasarruf işlemleri için mevcuttur. Bizim de kabul ettiğimiz doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre⁹, TMK mad. 194 ile aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi sınırlandırılmıştır. Bu görüşe göre aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş aile konutuna ilişkin borçlandırıcı işlemleri diğer eşin rızası olmadan yapabilir. Rıza, aile konutuna ilişkin tasarruf işlemlerinde aranır. Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre¹⁰ aile konutu üzerinde malik olmayan eş lehine bir katılma hakkı tanımaktadır ve böylece malik olmayan eş lehine birlikte karar verme hakkı söz konusudur¹¹. Bu görüşe göre aile konutuna ilişkin işlemlerde diğer eşin rızası hem borçlandırıcı işlemlerde hem de tasarruf işlemlerinde geçerlilik koşulu olarak aranmalıdır. Doktrinindeki bir diğer görüşe göre ise¹², TMK mad. 194 hükmüyle getirilen sınırlama kanundan doğan bir sınırlamadır ve aile konutuna ilişkin işlemlerde rıza hem borçlandırıcı işlemlerde hem de tasarruf işlemlerinde aranmalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2021 tarihli bir kararında söz konusu sınırlamanın tasarruf yetkisine ilişkin bir sınırlama olduğunu belirtmiş olma-

⁸ Can Yalçın Armutcuoğlu, "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 17, S. 1-2 (2011): 425.

⁹ Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 82. Dalcı Özdoğan, "Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi İle Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi Kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi?", 144; Gürses, "Aile Konutu Üzerinde Kurulan İpoteğin Eş Rızası Yokluğu Nedeniyle Yolsuz Hale Gelmesinden Kaynaklanan Zarardan Devletin Sorumluluğu", 74; Doğan, "Medeni Kanun'un Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu", 291; Mehtap İpek İşleten, "Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591, K.2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, Sayı: 2 (2014): 946-947.

¹⁰ Şükran Şıpka, "Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35, S.1 (2015): 51; Ayhan Uçar, "4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesesi", *AÜEHFD* X, S.1-2 (2006): 432. Adem Baştürk, "Türk Hukukunda Aile Konutu, Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği ve Üçüncü Kişilere Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi* 53, (2007): 1544.

¹¹ Şıpka, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), 138.

¹² Kurt, "Aile Konutu Şerhinin Hukuki Etkisi", 37.

sına karşın¹³, Yargıtay 2. Hukuk dairesinin sınırlamanın fiil ehliyeti sınırlanması niteliğinde olduğuna ilişkin kararları mevcuttur¹⁴.

II- AİLE KONUTU ŞERHİ VE ŞERHİN ETKİSİ

Aile konutuna ilişkin TMK mad. 194/f.1'deki sınırlama şerhten önce doğar ve şerh kurucu değil açıklayıcıdır. Başka bir deyişle, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin TMK mad. 194/f.1 hükmünde düzenlenen koruma-

¹³ “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. Aksi düşünce ile tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamanın şerh ile başlayacağı kabul edilmiş olur. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da bu vasıf ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir.” HGK,7.12.2021, E. 2018/2-1094, K. 2021/1616. Aynı yönde; “Türk Medeni Kanunu'nun, 194. maddesiyle aile konutu için getirilen sınırlama, kanundan doğan bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğindedir. Taşınmazın tapu kütüğünde konutla ilgili bir şerh bulunmasa bile, bu konut üzerinde lehine ipotek tesis edilen şirket, konutun aile konutu olduğunu biliyor veya bilebilecek durumda ise, şerhin yokluğuna dayanarak iyiniyet iddiasında bulunamaz ve Türk Medeni Kanununun 1023. maddesinden yararlanamaz. Davalı şirket, ticaret şirketi olup, tacirdir. Her tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli hareket etmekte yükümlüdür.(6102 s TTK m. 18/2) Bu yükümlülüğü, alacağına teminat olarak gösterilen taşınmazın fiili ve hukuki durumunu araştırması da içerir. Bu özeni göstermemişse, iyiniyet iddiasında bulunamaz. (TMK m. 3/2)” Y2. HD, 30.09.2021, E. 2021/4465, K. 2021/6694, Erişim Tarihi: Haziran 13, 2022, (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁴ “Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesine göre, “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.” Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi “konulmuş olmasa da” eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiili ehliyetleri sınırlanmıştır. Sınırlandırma, aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmesi bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Zira dava konusu taşınmaz şerh konulmasa da aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta, aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh “Kurucu” değil “Açıklayıcı” şerh özelliğini taşımaktadır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, “Emredici” niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “Belirli olan” bir işlem için verilebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 193. maddesi hükmü ile eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde özgürlük alanı tanınmış olmakla birlikte Türk Medeni Kanunu'nun 194. madde hükmü ile eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerini diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek, eşlerin hukuki işlem özgürlüğü, “Aile birliğinin korunması” amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre, eşlerden biri diğer eşin “Açık rızası bulunmadıkça” aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş, aile konutundaki yaşantıyı güçlüğle sokacak biçimde, aile konutunun ipotek edilmesi gibi “Tek başına” bir ayni hakla sınırlayamaz. Bu sınırlandırma “Ancak diğer eşin açık rızası alınarak” yapılabilir”. Y2. HD, 22.09.2021, E. 2021/5307, K. 2021/6414. Aynı yönde Y2. HD, 07.06.2021, 2021/2602, K. 2021/4533; Y2. HD, 21.01.2021, E. 2020/3385, K. 2021/476; Y2. HD, 19.11.2020, E. 2020/3829, K. 2020/5916, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, (Kazancı İçtihat Bankası).

dan yararlanabilmesi için bu şerh zorunlu değildir. Bu husus Yargıtay kararlarında da açıkça belirtilmektedir¹⁵.

Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini, bir mahkeme kararı¹⁶ veya malik eşin katılımına ihtiyaç olmaksızın, tapu müdürlüğünden isteyebilir¹⁷. Zira TMK mad. 194/f.3'e göre "*aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir*"¹⁸. Bu düzenlemeyle Yargıtay, malik olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulmasını doğrudan dava yoluyla istemekte hukuki yararı olmadığı gerekçesiyle tapu müdürlüğüne başvuruda bulunulmadan açılan şerh davalarını, hukuki yarar yokluğundan dolayı reddetmektedir¹⁹.

Şerh için aranan belgeler ise Tapu sicil Tüzüğü mad. 49 ve 11.06.2014 tarihli 2014/4 sayılı Genelge ile belirlenmiştir. Nitekim Tapu Sicil Tüzüğü'nün "tasarruf hakkını yasaklayan şerhler için aranacak belgeler" başlıklı 49. maddesinin c bendinde aile konutu şerhi için merkezi nüfus idaresi sisteminde veya nüfus müdürlüğünden alınan yerleşim yeri belgesi ile medeni hâli gösterir nüfus kayıt örneğinin aranacağı belirtilmiştir.

TMK'nın 194. maddesinin üçüncü fıkrasında malik olmayan eşe aile konutunun şerhini isteme hakkının verilmesi doktrinde bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Aile konutu şerhine ilişkin doktrindeki ilk tartışma şerhin türüne ilişkindir. Zira TMK'nın 1009 ile 1011. maddeleri arasında kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin şerhler ve geçici tescil şerhi olmak üzere üç tür şerh düzenlenmiştir. Kanunkoyucu aile konutu şerhinin bu üç şerh türünden

¹⁵ YHGK, 7.12.2021, E. 2018/2-1094, K. 2021/1616; Y2. HD, 22.9.2021, E. 2021/3464, K. 2021/6355; Y2. HD, 07.06.2021, E.2021/2602, K. 2021/4533; YHGK, 30.03.2021, 2017/2-2809, K. 2021/367; Y2. HD, 20.10.2020/2020/3092, K. 2020/4876, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁶ Tapu memuru tarafından şerh talebi kabul edilmezse şerhi sağlamaya yönelik Aile Mahkemesi'nde dava açılabilir. Bkz. Dural, Öğüz ve Gümüş, Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, 174.

¹⁷ Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı'nın 23.06.2015 tarihli genelgesi ile şerhler elektronik ortamda tutulmaya başlanmıştır. Genelgeye göre; "02/07/2015 tarihinden itibaren tapu kütükleri üzerine tescil edilen/belirtilen tüm şerh ve beyanların salt elektronik ortamda tutulması uygulamasına yine tüm tapu müdürlüklerinde aynı anda geçilecektir. Uygulama değişikliği ile, tüm şerh ve beyan işlemlerinde hak sahipliğinin belirlenmesi sürecinde herhangi bir değişikliğe gidilmeksizin, tapu kütüğü üzerinde şerhler sütunu ile beyanlar hanesine yapılan tescillere son verilerek tüm şerh ve beyanların salt elektronik ortamda tutulması sağlanacaktır."Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, https://tkgm.gov.tr/sites/default/files/2021-01/2015-4_genelge.pdf.

¹⁸ 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanununun 44 üncü maddesiyle bu fıkarda yer alan "şerhin verilmesini" ibaresinden sonra gelmek üzere "tapu müdürlüğünden" ibaresi eklenmiştir.

¹⁹ "Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eşin, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini, tapu müdürlüğünden isteyebileceği kabul edilmiştir. Yasal değişiklikten sonra, tapu müdürlüğünün, talebi hukuken veya fiilen yerine getirmediği belgelendirilmedikçe, malik olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulmasını doğrudan dava yoluyla istemekte artık hukuki yararı yoktur. Çünkü aynı sonucu tapu müdürlüğüne yapacağı başvuruyla elde etmesi imkan dahilindedir." Y2. HD, 27.4.2016, E. 2016/296, K. 2016/8504. Aynı yönde; Y2. HD, 14.2.2019, E. 2018/6697, K. 2019/1098; Y2. HD, 4.4.2019, E. 2019/1311, K. 2019/4071, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, (Kazancı İçtihat Bankası).

hangisine girdiğine ilişkin açık bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle doktrinde aile konutu şerhinin türü tartışmalıdır. TMK 194 ile aile konutuna ilişkin getirilen sınırlamanın tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunu savunan yazarlar²⁰ aile konutu şerhinin TMK mad. 1010 anlamında “gerçek olmayan bir tasarruf sınırlaması şerhi niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Doktrinde bazı yazarlar ise aile konutu şerhini TMK 1009’da yer alan “...kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir.” düzenlemesi kapsamında değerlendirerek aile konutu şerhini kanunlarda açıklanan bir hakkın şerhi olarak nitelendirmektedir²¹. Bir görüşe göre²² şerh öncelenmiş geçici tescil şerhi niteliğindedir. Diğer bir görüşe göre ise²³ burada Medeni Kanunda düzenlenen şerh türlerinin hiçbirine benzemeyen teknik anlamda bir şerh değil bir beyan olduğu kabul edilmelidir.

Aile konutu şerhine ilişkin ikinci önemli tartışma şerhin etkisine ilişkindir²⁴. Aile konutu şerhinin etkisinin üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmak olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle şerh, işleme konu konutun aile konutu olduğunu bilmeyen veya gerekli özeni göstermiş olsa dahi bilebilecek durumda olmayan üçüncü kişilerin iyiniyetle aynı hak kazanımını engellemektedir. Bu noktada asıl sorun iyiniyeti korunacak üçüncü kişinin kim olduğunun tespitinde ortaya çıkmaktadır. Burada iyiniyeti korunacak olan üçüncü kişi kimdir? Malik eşle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyeti korunacak mıdır? Bu soruların cevabı şerhin etkisine ilişkin kabul edilen görüşe göre değişmektedir.

²⁰ Dural, Öğüz ve Gümüş, Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, 173; Doğan, “Medeni Kanun’un Getirdiği Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu”, 295; Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), 91; Çıdam Nur Vurucu, Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu Üzerindeki Hukuki İşlemler ve Sınırları, (İstanbul: on ili levha yayıncılık, 2021), 56. Tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi olduğuna ilişkin bkz. Kemal Oğuzman; Özer Selici ve Saibe, Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 249.

²¹ Şıpka, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), 162.

²² Armutcuoğlu, “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, 425.

²³ Kurt, “Aile Konutu Şerhinin Hukuki Etkisi”, 38; Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 72.

²⁴ Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 2014 yılında çıkarmış olduğu 11.06.2014 tarih ve 2014/4 Sayılı “Aile Konutu- Mal Rejimleri- Çocuk Malları” konulu Genelge’nin “Aile Konutu Şerhinin Hukuki Sonucu” başlıklı 5. Maddesinde şerhin etkisine ilişkin bir düzenleme yer almakla birlikte söz konusu düzenleme aile konutu şerhinin etkisinin tartışmalı olmayan kısmına ilişkindir. Zira asıl tartışma üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan taşınmazlara ilişkindir. Genelgenin 5. maddesinde “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince, eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Madde ile aile konutuna ilişkin bazı hukuki işlemlerin yapılabilmesi diğer eşin rızasına bağlı hale getirildiği için, malik olan eşin iradi olarak yaptırabileceği, aile konutu ile ilgili devir sonucunu doğuran (satış, bağış vb.) veya konut üzerindeki hakkı sınırlandıran (ipotek, satış vaadi, intifa, sükna, kira şerhi vb.) işlemler, ancak malik olmayan eşin rızasının alınabilmesi halinde gerçekleştirilebilecek; malikin iradesi dışında gerçekleştirilen (hükmen tescil, cebri satış, haciz, tedbir vb.) işlemlerde ise eş rızası aranmaksızın işlem yapılabilir.” ifadelerine yer verilmiştir. Erişim tarihi: Temmuz 10, 2022, https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/2020-11/2014-4_s_aile_konutu_mal_rejimleri_cocuk_mallari_hakkinda_genelge.pdf.

Öğretide savunulan bir görüşe göre²⁵ aile konutu şerhi malik olan eşle işlem yapan üçüncü kişilerin TMK 1023 gereğince hak kazanımlarını engelleyici bir etkiye sahiptir. Bu görüşe göre aile konutu şerhi malik olan eşle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını bertaraf eder, TMK mad. 194/f.3 hükmü TMK mad. 1023 hükmünün istisnası değildir ve şerh açıklayıcıdır. Bu görüş kabul edilirse, şayet aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi yoksa, malik olan eşle işlem yapan üçüncü kişi iyiniyetli olduğu durumlarda TMK 1023 gereğince aynı hak kazanabilir. Üçüncü kişilerin TMK 1023 gereğince aynı hak kazanımını engellemek isteyen eş, tapu kütüğüne aile konutu şerhi verdirmelidir.

Diğer bir görüşe göre ise²⁶ malik olan eşle işlem yapan üçüncü kişi TMK'nın 1023. maddesinden yararlanamaz. Üçüncü kişi ile yapılan işlem geçersizdir²⁷. Malik olan eşle işlem yapan üçüncü kişi adına yapılan tescil yolsuz tescildir ve yolsuz tescilin düzeltilmesi davası her zaman açılabilir. İlk tescil yolsuz olmasına rağmen sicile güvenerek yapılan daha sonraki devirlerde iyiniyetli kazanımlar korunacaktır. Bu görüşe göre şerh ancak aile konutu üzerinde adına yolsuz tescil olan işlem tarafı üçüncü kişiden, tapu kütüğündeki söz konusu kayda dayanarak iyiniyetle aynı hak iktisabının önüne geçer.

III- YARGITAY UYGULAMASI

Aile konutu şerhinin etkisine ilişkin Yargıtay'ın farklı kararlarının olduğu ve Yargıtay uygulamasının zamanla değiştiği görülmektedir. Esasen doktrindeki tartışmalar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2006 ve 2015 tarihli iki kararı üzerinde toplanmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2006 yılında vermiş olduğu kararda²⁸ *"Aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, buna*

²⁵ FerideDemirbaş, "Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Kazanımlarına Etkisi Ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması", ASEAD 4, S. 12 (2017), 422.

²⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, 173. Mehmet Erdem ve AshıMakaracı Başak, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık,(Ankara: 2022), 235-236; FatihGündoğdu, "Yargıtay'ın Aile Konutu Şerhinin Üçüncü Kişilere Etkisi İle İlgili İçtihat Değişikliği Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16, S.2 (2017): 792; Gümüş,Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), 91; Şıpka, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), 159.

²⁷ Yargıtay'ın 2021 tarihli bir kararında aynı görüş benimsenmiştir. "Türk Medeni Kanunu'nun, 194. maddesiyle aile konutu için getirilen sınırlama, kanundan doğan bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğindedir. Taşınmazın tapu kütüğünde konutla ilgili bir şerh bulunmasa bile, bu konut üzerinde lehine ipotek tesis edilen şirket, konutun aile konutu olduğunu biliyor veya bilebilecek durumda ise, şerhin yokluğuna dayanarak iyiniyet iddiasında bulunamaz ve Türk Medeni Kanunun 1023. maddesinden yararlanamaz. Davalı şirket, ticaret şirketi olup, tacirdir. Her tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli hareket etmekle yükümlüdür.(6102 s TTK m. 18/2) Bu yükümlülüğü, alacağına teminat olarak gösterilen taşınmazın fiili ve hukuki durumunu araştırmayı da içerir. Bu özeni göstermemişse, iyiniyet iddiasında bulunamaz. " Y2. HD,30.9.2021, E. 2021/4465, K. 2021/6694,Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁸ YHGK, 04.10.2006, E. 2006/2-591, K. 2006/624, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, (Kazancı İçtihat Bankası).

göre yaşantısına yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı alandır. Bu alan ile ilgili olarak bir eşin tek başına hukuki işlem yapması, diğer eşin yararlarını zedeler. Bu nedenle, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun [194.](#) maddesi uyarınca, eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandıramaz. Tapu Sicilinde konutun maliki olarak görünen eşin hukuki işlem özgürlüğü, diğer eşin katılımına, onayına bağlanarak aile konutunun ve bu konutla ilgili kanuni hakların koruma altına alınması amaçlanmıştır. Bu koruma, 4721 sayılı Kanunun yürürlüğe giriş tarihi olan 01.01.2002'den önce edinilmiş aile konutları için de geçerlidir.

Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı TMK'nın [1023.](#) maddesi hükmü ile korunmuştur. Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir.

Tapu iptali ve tescil ile aile konutu şerhi verilmesi davasında, eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülenen dava konusu taşınmazın davalılarca satın alınırken aile konutu olduğunun ve davacının satışa rızasının bulunmadığının bilindiği anlaşıldığından, tapuya güven ilkesini öngören 1023. madde koşulları işlem tarafı üçüncü kişiler bakımından gerçekleşmediğinden, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, mahkemece, tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı, bir başka deyişle, şerhin bir "kurucu şerh" olduğu ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olması aranmaksızın kazanımının korunması gerekeceğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi yerinde değildir." ifadelerine yer verilmiştir. Böylece Yargıtay doktrinde savunulan ilk görüşü kabul ederek, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmemesi halinde işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımının TMK'nın 1023.maddesi gereğince korunacağını belirtmiştir.

04.10.2006 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında yer alan ifadeler 2015 yılındaki karara kadar birçok kararda aynen kullanılmıştır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013 tarihli bir kararında da aynı ifadelerle aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmemesi halinde, işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımının TMK'nın [1023.](#) maddesi gereğince korunacağını belirtmiştir²⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2013/2-2056 esas,

²⁹ "Dava, aile konutu hukuksal nedenine dayalı ipoteğin terkin ve aile konutu şerhi verilmesi istemine ilişkindir. Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır. Bu kadar önemli olduğu açık olan bir malvarlığıyla ilgili olarak, eşlerin tek başlarına hukuki işlem yapması diğer eşin önemli yararlarını zedeler. Aile konutu olarak özgülenen taşınmazın mülkiyetinin devri diğer eşin rızasına bağlı bir hukuki işlem olarak kabul edilmiştir. Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından, tapu kütüğüne konutla

2015/1201 karar ve 15.04.2015 tarihli kararında, TMK mad. 194/f.1 ile eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerinde fiil ehliyetlerinin sınırlandığı belirtilerek yeni bir uygulamaya geçilmiştir³⁰. Söz konusu kararda davalı eşin dava konusu aile konutu üzerinde davalı banka lehine ipotek tesis ettiği ve bu işlem sırasında davalı banka tarafından eşin açık rızası alınmadığından yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmenin imkansız olduğu belirtilmiştir. Böylece Yargıtay 2015 yılına kadar verdiği kararlarda aile konutu şerhinin bulunmadığı durumlarda malik eşle işlem yapan üçüncü kişilerin TMK 1023 gereğince iyiniyetinin korunacağını belirtmesine rağmen 2015 tarihli bu kararıyla içtihat değişikliği yoluna giderek malik eşle işlem yapan üçüncü kişilerin TMK 1023 gereğince iyiniyetinin korunmayacağını kabul etmektedir.

Yargıtay çok yeni tarihli kararlarında da aynı esası kabul etmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2021 tarihli bir kararında şu ifadele-re yer verilmiştir: *“dava konusu taşınmazın satın alındığı tarihten itibaren aile konutu olarak kullanıldığı, davalılardan malik eşin dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis ettirdiği, bu işlem sırasında davalı banka tarafından malik olmayan davacı eşin açık rızasının alınmadığı anlaşılmaktadır. Bu noktada basiretli bir tacir gibi davranması gereken davalı bankanın iyi niyet savunmasının dinlenemeyeceği tartışmasızdır. Bu itibarla, aile konutu niteliğini taşıdığı hususunda duraksama bulunmayan taşınmaz üzerinde davacının açık rızası alınmadan, TMK'nın 194/1. maddesine aykırı olarak tesis edilen ipotek işleminin bağlayıcılığı bulunmadığından mahkemece davanın reddine karar verilmiş olması anılan maddenin amacına uygun olmayıp, kararın bozulmasını gerektirmiştir.”*³¹

ilgili gerekli şerhin verilmemesi halinde, işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023.maddesi hükmü ile korunmuştur. Dosya içerisindeki belgelerden, taşınmaz üzerine, davalı şirket lehine 1.derece ipotek tesis edildiği, bu sırada taşınmazın kaydında aile konutu şerhi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, davacı tarafından davalı şirketin kötü niyetli olduğu da ispatlanmış değildir. Şu hale göre, tapuya güven ilkesini esas alan Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi koşulları işlem tarafı olan davalı şirket lehine gerçekleşmiştir. Mahkemece kanıtlanmayan ipotegin kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekir.” YHGK, 24.4.2013 E. 2012/2-1567, K. 2013/579, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, (Kazancı İçtihat Bankası).

³⁰ “Eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir. Eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörülmemiştir. Söz konusu izin bir şekle tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir.

Somut olayda, davalı eşin dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. İpotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır.” YHGK,15.4.2015, E. 2013/2-2056, K. 2015/1201, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, (Kazancı İçtihat Bankası).

³¹ YHGK, 7.12.2021, E. 2018/2-1094, K. 2021/1616, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, (Kazancı İçtihat Bankası).

GÖRÜŞÜMÜZ

TMK'nın 194. maddesinin amacı ailenin ekonomik bütünlüğünün korunmasıdır. Özellikle mali şartlar dikkate alındığında çiftlerin ekonomik koşullarını zorlamadan ev sahibi olmaları son derece güçtür. Ayrıca aile konutu eşler ve çocukların özel hayatını sürdürdükleri yer olduğundan manevi olarak da son derece önemlidir. Aile konutunun hem maddi hem de manevi önemi nedeniyle TMK'nın 194. maddesi ile aile konutu malik eşin birtakım tasarruflarına karşı korunmuştur. Nitekim düzenleme ile aile konutunun devri ve aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması diğer eşin rızasına bağlanmıştır.

Aile konutunun devri ve aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması diğer eşin rızasına bağlayan TMK 194 hükmü, aile konutunun maliki olan eşin tasarruf yetkisine bir kısıtlama getirmektedir. Böylece TMK mad. 194 hükmünde düzenlenen sınırlamanın hukuki niteliğinin tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu kanısındayız.

TMK mad. 194/f.3 uyarınca aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilmektedir. Aile konutu şerhi, şayet eşlerin birden fazla konutu varsa hangisinin aile konutu olduğunun tespitinde ve özellikle malik eşle işlem yapan üçüncü kişiler bakımından aleniyetin sağlanmasında önemli olsa da TMK'nın 194. maddesinin üçüncü fıkrasında malik olmayan eşe aile konutunun şerhini isteme hakkının verilmesi doktrinde bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. İlk tartışma şerhin türüne ilişkin olmakla birlikte TMK mad. 194/f.1'de düzenlenen sınırlamanın tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğundan hareketle, aile konutu şerhinin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin şerh niteliğinde olduğu kanısındayız.

Aile konutu şerhinin etkisi ise ikinci ve önemli tartışma konusudur. Şerhin üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırdığı genel olarak kabul edilmesine rağmen üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan taşınmazlarda iyiniyeti korunacak üçüncü kişinin kim olduğu tartışmalıdır. Bizce üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan taşınmazlarda iyiniyeti korunacak üçüncü kişi malikle işlem yapan üçüncü kişi değildir. Zira TMK mad. 194'te yer alan sınırlama şerhten önce doğduğu ve doktrinde kabul edildiği ve Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere şerh kurucu değil açıklayıcı nitelikte olduğu için üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan konuta ilişkin tapu kaydının yolsuz olduğundan söz edilemez. Böylece hak sahibi eşle işlem yapan üçüncü kişi TMK mad. 1023'teki korumadan yararlanamaz. Şerh, hak sahibi eşle işlem yapan kimse adına yapılan yolsuz tescilden sonra bu kimse ile işlem yapacak olan kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmaktadır. Başka bir deyişle şerh, hak sahibi eşle işlem yapan üçüncü kişinin değil bu kişi ile işleme girişen üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf etmektedir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk.*Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Armutcuoğlu, Can Yalçın. "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17, S. 1-2 (2011): 413-436.
- Baştürk, Adem."Türk Hukukunda Aile Konutu, Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği ve Üçüncü Kişilere Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, S. 53 (2007): 1523- 1549.
- Dalcı Özdoğan, Nurcihan. "Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi İle Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi Kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi?", *ERÜHFDXIII*, S. 2, (2018): 135-167.
- Demirbaş, Feride."Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Kazanımlarına Etkisi Ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması", *ASEAD* 4, S. 12 (2017): 420-427.
- Doğan, Murat."Medeni Kanun'un Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* IV, S.1-4 (2002): 285- 300.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan ve Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Erdem, Mehmet ve Makaracı, Başak Aslı. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Gündoğdu, Fatih."Yargıtay'ın Aile Konutu Şerhinin Üçüncü Kişilere Etkisi İle İlgili İçtihat Değişikliği Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, S.2 (2017): 787-799.
- Gürses, Davut."Aile Konutu Üzerinde Kurulan İpoteğin Eş Rızası Yokluğu Nedeniyle Yolsuz Hale Gelmesinden Kaynaklanan Zarardan Devletin Sorumluluğu", *Bankacılar Dergisi*, S. 106(2018): 69-89.
- Hatemi, Hüseyin ve Kalkan Oğuztürk,Burcu, *Aile Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Hüseyin, İhsan."Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67, S. 3 (2018): 577-604.
- İşleten, Mehtap İpek."Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591, K.2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*13, Sayı: 2 (2014): 927-953.

- Kurt, Leyla Müjde. "Aile Konutu Şerhinin Hukuki Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi* 13, S. 146 (2018): 33-44.
- Namlı, Mert. "Anayasa Mahkemesi'nin Aile Konutu Hakkında Haczedilemezlik Şikayetinin İleri Sürülmesine İlişkin 12.12.2019 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", *Legal Hukuk Dergisi* 18, S. 211 (2020): 3085-3120.
- Oğuzman, Kemal; Seliçi Özer ve Oktay Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Paksoy, Meliha Sermin. "Aile Konutu Üzerinde Yapılan İşlemler Nedeniyle Devletin Sorumluluğu", *Legal Hukuk Dergisi* 17, S. 197 (2019): 2011-2038.
- Şıpka, Şükran, *Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194)*. İstanbul: Beta, 2004.
- Şıpka, Şükran. "Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35, S.1 (2015): 47-58.
- Uçar, Ayhan. "4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: **Aile Konutu** Müessesesi" *AÜEHFD X*, S.1-2 (2006): 395-442.
- Vurucu, Çıdam Nur. *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu Üzerindeki Hukuki İşlemler ve Sınırları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021).
- Yakuppur, Sendi. "Aile Konutu ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 145 (2016): 777-797

MAKTU AYLIKLI İŞÇİLERİN HASTALIK NEDENİYLE ÇALIŞMADIĞI GÜNLERİN ÜCRETİ

*Arzu HACIOĞLU ÇALIŞKAN**

GİRİŞ

İşçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği temel borç, iş görmedir. İş görme, insan emeği anlamında¹, kişiye sıkı surette bağlı bir edim² niteliğindedir. Bu nedenle, iş görme ediminin kural olarak şahsen ifası gerekir (TBK m. 395) ve işçinin hastalığı iş görme ediminin ifasında imkânsızlık yaratır³. İş sözleşmesinin sürekli bir ilişki kurması ve karşılıklı borç doğurması, bu ifa engelinin gerek iş sözleşmesinin sona ermesi gerekse bu sözleşmedeki karşı edim üzerindeki etkisinin ayrıca değerlendirilmesini gerektirir. Nitekim, İş Kanunu m. 24/I'de işçinin sağlık sebepleriyle sözleşmeyi fesih hakkı düzenlenirken; İş Kanunu m. 25/I'de işverenin fesih hakkının yanı sıra işçinin ücret talep hakkı da ayrıca düzenleme konusu yapılmıştır.

İş Kanunu m. 25/I, işin sağlık sebepleriyle ifa edilememesi durumunda, işverenin ücret ödemeye devam etmekle yükümlü olmadığını açıkça düzenleyerek karşı edim riskini işçinin üzerinde bırakmıştır. Ancak, bu esas maktu aylık ücretle çalıştırılan işçiler için geçerli değildir. Zira İş Kanunu m. 49/IV'e göre, *maktu aylıklı işçiler* (Kanun'un deyimiyile *aylık ücretli işçiler*) hasta, iznli veya sair sebeplerle mazeretli oldukları hallerde de aylıklarını tam olarak alır. Ancak buna rağmen, maktu aylıklı işçilere ücret ödenip ödenmeyeceği konusunda uygulamada tereddütler yaşanmaktadır. Bunun sebebi, işçinin maktu aylıklı olup olmadığının tespitinin her zaman kolay olmamasıdır. Ayrıca, işçinin aynı dönem için Sosyal Güvenlik Kurumundan geçici iş göremezlik ödeneği alması, ücretin ödenip ödenmeyeceği ya da ücretin nasıl hesaplanması gerektiği konusunda bir tereddüt yaratmaktadır. Tespit ettiğimiz bu sorunlar çerçevesinde konuyu incelemeden önce, ifa engeli olarak hastalık-tan ne anlaşılması gerektiği üzerinde duracağız.

* Araştırma Görevlisi, İTÜ İşletme Fakültesi, haciogluar@itu.edu.tr.

¹ Fikret, Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 546.

² Bkz. Ayşe Ledün Akdeniz, *İş İlişkilerinde İmkânsızlık* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 78.

³ Ali Nazım Sözer, *Hasta İşçinin İş İlişkisi*, (İzmir: Yayımlanmamış Doktora Tezi, 1981), 12 (Çevrimiçi); Sarper Süzek, *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi*, (Ankara: Savaş Yayınları, 1989), 46; Nurşen Caniklioğlu, *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2002), 105; Akdeniz, *İmkânsızlık*, 83.

I. İFA ENGELİ OLARAK HASTALIK

A. İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU ANLAMINDA HASTALIK

Hastalık, genel anlamıyla sağlığın bozulmasını ifade eder⁴. Sağlık ise, kişinin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönünden tam bir iyilik halinde olması anlamına gelir⁵. Dünya Sağlık Örgütü Anayasasına göre de sağlık, sadece hasta veya sakat olmama halini değil; fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi olma halini anlatır.

Anormal bir bedensel ya da ruhsal durumu ifade eden hastalığın⁶ tıbbi açıdan farklı tanımlarına⁷ rastlamak mümkünse de bu tanımlarda ortak olan, hastalığın bir tedavi gerekliliği doğurmasıdır⁸. Bu gereklilik; bakteri, virüs ya da hatalı genden ileri gelebileceği gibi kazadan da kaynaklanabilir⁹. Keza meslek hastalığı da esasen bir hastalık halidir¹⁰. Bununla birlikte, gebelik ve doğum bir hastalık değildir¹¹. Çünkü gebelik ya da doğum anormal bir bedensel durum değildir¹². Ancak normal seyrinde gitmeyen bir gebelik ve doğuma bağlı rahatsızlıklar ile erken doğum ve düşük ise hastalık olarak kabul edilir¹³. Tamamen estetik kaygılarla yapılan operasyonlar da bu anlamda hastalık olarak nitelendirilmeye uygun değildir¹⁴. Zira burada bir tedavi gerekliliğinden söz etmek mümkün değildir¹⁵. Bununla birlikte bu operasyonlar sırasında gelişen komplikasyonlar, pekâlâ hastalığa yol açabilir.

⁴ “Hastalık”, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁵ “Sağlık”, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁶ Sözer, Hasta İşçi, 7. Caniklioğlu, Hastalık, 8; Barbara Reinhard, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, (München: C. H. Beck, 2022), EFZG §3 Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Rn. 5; Rudi Müller-Glöge, Münchener Kommentar zum BGB (München: C. H. Beck 2020), EFZG §3 Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Rn. 4.

⁷ Bu tanımlar için bkz. Sözer, Hasta İşçi, 6-7.

⁸ Ulrich Koch, Arbeitsrecht von A-Z (München: Beck-Rechtsberater-Deutscher Taschenbuch Verlag, 2022), Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

⁹ Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Hastalığın iş hukukundaki etkisi ve sonuçları bakımından bu durumun doğuştan olması ya da sonradan meydana gelmesi yahut bir kaza sonucu meydana gelmesinin bir önemi olmadığı hakkında bkz. Caniklioğlu, Hastalık, 8.

¹⁰ Ayşe Ledün Akdeniz, Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine (İstanbul: Beta Yayınları, 2015), 25.

¹¹ Sözer, Hasta İşçi, 11; Caniklioğlu, Hastalık, 9. Reinhard, Erfurter Kommentar, EFZG §3 Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Rn. 5.

¹² Sözer, Hasta İşçi, 7. Müller-Glöge, Münchener Kommentar, EFZG §3 Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Rn. 4.

¹³ Sözer, Hasta İşçi, 11; Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

¹⁴ Caniklioğlu, Hastalık, 9. Ayrıca bkz. Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall; Reinhard, Erfurter Kommentar, EFZG §3 Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Rn. 6.

¹⁵ Bununla birlikte örneğin kişinin geçirdiği iş kazası nedeniyle bir estetik operasyon ihtiyacı doğmuşsa (krş. 5510 s. Kanun m. 64/1/a) ya da estetik müdahale, kişinin sosyal hayata katılımını sağlamak bakımından psikolojik açıdan gereklirse, ayrı bir değerlendirmeye gitmek gerekebilir. Bkz. Bernd Spengler, Arbeitsrecht (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022), EFZG §3 Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Rn. 9. Doktrinde Sözer de genel sağlık

Belirtmek gerekir ki, tıbbi anlamda hastalık ile iş ve sosyal güvenlik hukuku anlamında hastalık kavramı birebir örtüşmez¹⁶. Her şeyden önce iş ve sosyal güvenlik hukuku anlamında hastalıktan söz edebilmek için, hastalığın iş göremezliğe neden olması gerekir¹⁷. Her ne kadar İş Kanunu¹⁸ ya da Türk Borçlar Kanunu'nda¹⁹ hastalığın tanımlandığı bir düzenleme yoksa da, "hastalık hali" 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda²⁰ tanımlanmış ve yalnızca sigortalının iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar, hastalık olarak kabul edilmiştir (m. 15/1).

İş göremezlik, esas itibariyle işçinin hastalık nedeniyle iş görme borcunu ifa edememesi ya da çalışmaya devam etmesinin sağlığını kötüleştirme riski taşımasıdır²¹. İşçinin kalp krizi geçirmesi ya da geçirdiği bir ameliyatın ertesinde bir süre istirahat etmek zorunda kalması gibi. Ancak işçinin iş görme yeteneğini etkilemeyen, önemsiz sayılabilecek bir baş ağrısı ya da nezle bu açıdan hastalık olarak nitelendirilmez²². Bunun gibi, kişiyi çalışmaktan alıkoymayan şeker ya da tansiyon gibi hastalıklar da iş göremezliğe neden olmadığı müddetçe bu kapsamda yer almaz²³.

İş göremezliğin tespiti bakımından, işçinin iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme borcunun türü ve kapsamı da belirleyicidir²⁴. Söz gelimi bir tiyatro sanatçısının sesinin kısılması ile bir fabrikada makine başında çalışan bir işçinin sesinin kısılması, iş göremezlik bakımından farklı değerlendirmeyi gerektirir.

Hastalık olarak değerlendirilemeyecek bir diğer hal de, salt hastalık *risikinden* ötürü getirilen karantina uygulamalarıdır²⁵. İşçi bu gibi hallerde çalışmaktan alıkonmuş olsa bile iş görme yeteneğinde bir azalma söz konusu olmadığından, burada da hastalıktan bahsedilemez.

sigortası kapsamında finansmanı sağlanmayan sağlık hizmetlerinden biri olan estetik operasyonlar bakımından benzer bir yaklaşım benimsemek yoluyla bu tür müdahalelerin de sosyal güvence kapsamına alınması gerektiğine işaret etmektedir. Bkz. Ali Nazım Sözer, Türk Genel Sağlık Sigortası (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 268.

¹⁶ Sözer, Hasta İşçi, 7; Caniklioğlu, Hastalık, 7; Cuma Arif Demir, Hastalığın İş İlişkisine Etkisi (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 4.

¹⁷ Sözer, Hasta İşçi, 7; Caniklioğlu, Hastalık, 7.

¹⁸ RG. 10.06.2003, 25134.

¹⁹ RG. 04.02.2011, 27836.

²⁰ RG. 16.06.2006, 26200.

²¹ Caniklioğlu, Hastalık, 9-10; Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Ayrıca bkz. Sözer, Hasta İşçi, 12.

²² Bkz. Sözer, Hasta İşçi, 7.

²³ Ali Nazım Sözer, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 231.

²⁴ Sözer, Hasta İşçi, 13; Caniklioğlu, Hastalık, 11; Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall; Müller-Glöge, Münchener Kommentar, EFZG §3 Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Rn. 7. Ayrıca bkz. Kerime Gökay, İş Sözleşmesinin Sağlık Nedenlerine Dayalı Olarak Feshi, (Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020), 10.

²⁵ Reinhard, Erfurter Kommentar, EFZG §3 Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Rn. 5.

Hastalık kavramının iş kazası ve meslek hastalığı hallerini de kapsayıp kapsamadığı konusunda, iş hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasında bir fark bulunmaktadır: 5510 sayılı Kanun, yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan rahatsızlıkları hastalık olarak kabul etmektedir (Bkz. m. 15/I). Kanun'un bu şekilde dar bir tanım benimsemesi; hastalık, analık, iş kazası ve meslek hastalığı risklerinin ayrı sosyal riskler olarak kabul edilip farklı sigorta kolları olarak düzenlenmesinden ileri gelir. Buna göre her bir sigorta kolundan farklı edimler sağlanabildiği gibi, edimlere hak kazanma şartları da farklılık gösterir²⁶. Örneğin, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği, sürekli iş göremezlik geliri, ölüm geliri, evlenme ödeneği ve cenaze ödeneği sağlanırken (m. 16/I); analık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği ve emzirme ödeneği (m. 16/II, III); hastalık sigortasından ise, geçici iş göremezlik ödeneği sağlanır. Geçici iş göremezlik ödeneği, gerek iş kazası ve meslek hastalığı gerek analık gerekse hastalık sigortasından sağlanan bir yardım olmakla birlikte, bu ödeneye hak kazanma koşulları ilgili sigortalar bakımından farklı şekilde belirlenmiştir. Söz gelimi, iş kazasına uğrayan sigortalı, herhangi bir sigortalılık süresi ya da prim koşulu aranmaksızın geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilirken²⁷; hastalık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanmak için sigortalının, iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olmalıdır (m. 18/I (b)). Yine, iş kazasına uğrayan bir işçiye, iş göremezliğin başladığı ilk günden itibaren iş göremezlik süresince geçici iş göremezlik ödeneği verilirken (m. 18/I (a)); hastalık halinde bu ödenek, iş göremezliğin 3. gününden başlamak üzere her gün için verilir (m. 18/I (b)).

Sosyal güvenlik hukuku bakımından geçerli olan ve dar bir anlam taşıyan hastalık kavramının, iş hukukunda da benimsenip benimsenmeyeceği tartışılabilir. Her ne kadar iş mevzuatında hastalığın tanımlandığı bir düzenleme yoksa da ve İş Kanunu m. 25/I/son'da "*hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi haller*" ifadesi, hastalık kavramının kaza, doğum ve gebelik gibi halleri dışladığı izlenimini uyandırmaktaysa da, iş hukukunda hastalığın istidada ya da kazaya dayanıp dayanmadığının bir önemi bulunmamaktadır²⁸. Nitekim, Yargıtay da aşağıda ele alacağımız İş Kanunu m. 48/II'de geçen "*hastalık*" kavramına iş kazası ve meslek hastalığını²⁹ da dahil etmektedir.

Keza, hastalığın işçinin kusurundan ileri gelip gelmediğinin de bir önemi bulunmamaktadır³⁰. Hastalığın işçinin kusurundan ileri gelmesi, hastalığı ifa

²⁶ Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 409.

²⁷ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik, 409; Sözer, Sosyal Sigortalar, 363; A. Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 442.

²⁸ Sözer, Hasta İşçi, 9; Caniklioğlu, Hastalık, 8 ve aynı sayfada dn. 6.

²⁹ Y9HD, 16.5.2019, E. 2016/1906, K. 2019/11282; Y22HD, 11.1.2016, E. 2014/26459, K. 2016/111.

³⁰ Sözer, Hasta İşçi, 9.

engeli olmaktan çıkarmaz. Bu husus, ancak sözleşmenin feshi ve işçinin ücret talebi hakkı bakımından bir rol oynayabilir³¹.

B. HASTALIĞIN İFA ENGELİ YARATMASI

İş ilişkisinde hastalık, bir ifa engeli niteliğinde olup maddi bir imkansızlığı³² ifade eder. Bu imkânsızlık esasen sübjektif niteliktedir, yani iş görme ediminin ifası yalnızca hastalanan işçi bakımından imkânsızdır. Bununla birlikte, iş görme ediminin kişiye sıkı surette bağlı bir edim olması, burada da objektif bir imkansızlıktan söz etmeyi gerektirir³³. Zira TBK m. 395 uyarınca bizzat çalışmakla yükümlü olan işçi, hastalığı nedeniyle iş göremediği sürede, yerine bir başkasını ikame etmekle yükümlü olmadığı gibi³⁴; işveren, işçinin hastalık nedeniyle çalışmadığı süreyi İş Kanunu m. 64 kapsamında telafi çalışmasına da konu edemez³⁵.

İşçinin hastalığa bağlı iş göremezliği, fiili bir imkânsızlık olduğu kadar hukukidir de. Zira hastalık, işçinin iş görme yeteneğini ortadan kaldırmasa bile işçinin çalışmaya devam etmesi sağlık durumunun kötüleşmesine yol açacaksa işverenin gözetme borcu gereği işçiyi bu halde çalıştırmaması icap eder. Öte yandan, özellikle bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda, enfekte işçinin çalıştırılmaması işçinin kendisini olduğu kadar; bu işçiyle temasta bulunan diğer işçilerin korunması bakımından da bir zorunluluk teşkil eder.

Belirtmek gerekir ki, hastalığa bağlı ifa engeli, hastalığın ortaya çıktığı anda değil; hastalığa bağlı iş göremezliğin başladığı anda söz konusu olur³⁶. Bu açıdan iş göremezlik, hastalıkla beraber ortaya çıkabileceği gibi, işçi hastalığa yakalandıktan bir süre sonra da ortaya çıkabilir³⁷.

Hastalık ifa engeli, iş ilişkisinde kural olarak geçici bir ifa imkansızlığı³⁸ yaratarak sözleşmenin askıya alınması sonucunu doğurur. Zira hastalık pek çok durumda işçinin iş görme edimini yerine getirmesi bakımından kesin ve sürekli bir engel oluşturmaz. İşçi hastalık ortadan kalktıktan sonra çalışmaya devam edebilir. Ancak hastalık ifa engelini ne zaman ortadan kalkacağı çoğu durumda belirsizdir³⁹. Bu belirsizliğe rağmen, imkansızlığın geçici ifa imkansızlığı olarak kabulü, iş hukukunun koruyucu amacına uygun düşer⁴⁰. Bununla beraber işverenin sözleşmeden beklediği menfaati elde edemeyeceği ve beklemeye devam

³¹ Sözer, Hasta İşçi, 9.

³² Süzek, Askı, 46. Ayrıca bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 516.

³³ Bkz. Akdeniz, İmkânsızlık, 11.

³⁴ Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, 584.

³⁵ Akdeniz, İmkânsızlık, 70.

³⁶ Sözer, Hasta İşçi, 12.

³⁷ Sözer, Hasta İşçi, 12.

³⁸ Süzek, Askı, 67-68; Caniklioğlu, Hastalık, 109; Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret (İstanbul: Türkiye Denizciler Sendikası, 1987), 241.

³⁹ Bkz. Süzek, Askı, 68.

⁴⁰ Süzek, Askı, 67-68.

etmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda artık bu imkansızlığın sürekli imkansızlığa dönüştüğünün⁴¹ kabulü gerekir. Hastalık ifa engeli bakımından bu değerlendirme, İş Kanunu m. 25/I'den hareketle yapılabilir⁴². İlgili hüküm, hastalığa bağlı iş göremezliğin işçinin kusurundan ileri gelip gelmemesine göre işverenin haklı nedenle sözleşmeyi feshedebileceği anı tayin eder. İş Kanunu m. 25/I'de öngörülen bekleme süreleri boyunca sözleşmenin askıda kaldığı ve bu nedenle imkansızlığın geçici niteliğini koruduğu⁴³, bu sürelerin aşılmasıyla imkansızlığın sürekli hale geldiği kabul edilebilir. Bu süreler, işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlıklarda ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş günü; bu sebepler dışında işçinin hastalığa yakalanması ya da kazaya uğraması durumunda, işçinin çalışma süresine göre tabi olduğu bildirim süresine eklenecek altı haftadır. Belirtmek gerekir ki, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda, işveren herhangi bir bekleme süresine uymaksızın sözleşmeyi derhal feshedebildiğinden, bu halde imkansızlığın sürekli nitelik taşıdığından söz etmek gerekir.

Ayrıca eklemek gerekir ki, hastalık yalnızca işçinin hastalığa yakalanması sonucu ortaya çıkan bir ifa engeli değildir. İşçinin, örneğin eşi, çocuğu gibi yakınlarının hastalığı da işçiyi iş görmekten alıkoyabilir. Bu bağlamda işçinin kendi hastalığı maddi ifa imkansızlığı olarak bir ifa engeli yaratırken; yakınlarının hastalığı nedeniyle iş görememesi *manevi imkânsızlık*⁴⁴ şeklinde bir ifa engeli yaratır. Esasen bu gibi hallerde bir imkansızlıktan değil; *beklenilmezlikten* söz etmek gerekir⁴⁵. Ancak bu çalışma kapsamında, hastalık, işçinin hastalığı ile sınırlı olarak ele alınmıştır.

II. HASTALIK HALİNDE KARŞI EDİM RİSKİNE KİMİN KATLANACAĞI SORUNU

A. KURAL: İŞ YOKSA ÜCRET DE YOKTUR.

Sürekli bir ilişki kuran iş sözleşmesinde, hastalık ifa engeli, kural olarak geçici ifa imkansızlığı yaratarak iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurur⁴⁶. Sözleşmenin askıya alınmasının genel sonucu ise, sözleşmeden doğan temel borçların askıya alınması, diğer bir deyişle, bu borçların askı süresince durmasıdır⁴⁷. Sözleşmenin askıya alınması ile işverenin ücret

⁴¹ Bkz. Akdeniz, İmkânsızlık, 17.

⁴² Kanunun askı süresini düzenlediği hakkında bkz. Süzek, Askı, 68.

⁴³ Bkz. Süzek, Askı, 68.

⁴⁴ Süzek, İş Hukuku, 517.

⁴⁵ Akdeniz, İmkânsızlık, 163-164.

⁴⁶ Süzek, Askı, 67-68; Caniklioğlu, Hastalık, 109; Süzek, İş Hukuku, 512.

⁴⁷ Süzek, Askı, 97-98; Caniklioğlu, Hastalık, 110; Süzek, İş Hukuku, 512.

ödeme borcundan kurtulmasının sebebi, iş sözleşmesinin sinallagmatik bir sözleşme olmasıdır⁴⁸: Ücret, işin karşılığını oluşturur⁴⁹ ve iş yoksa ücret de yoktur (*ohne Arbeit kein Lohn*)⁵⁰. İşçinin iş görme edimini yerine getirememesi, kendisine yüklenemeyen bir sebepten ileri gelmiş olsa bile bu sonuç değişmez⁵¹. Zira işveren ücret ödeme borcundan kurtulurken; işçi de iş görme borcundan kurtulmuş olur⁵² ve bu nedenle çalışmadığı süreyi daha sonra telafi etmesi de gerekmez⁵³. Nitekim İş Kanunu m. 25/1/son hükmünde de bu esastan hareket edilmiş ve işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi sağlık sebepleriyle işine gidemediği süreler için ücret işlemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

Hastalık halinde karşı edim riskinin işçi üzerinde bırakılması, ücretin sosyal yanı ile ne ölçüde bağdaşır? Hayatın normal seyrinde gündeme gelmesi oldukça olası⁵⁴ bu ifa engelinin, karşılıklı edimlerin değişimi ilkesine indirgenerek ele alınmasının isabet derecesi tartışılabilir. Hemen hemen her iş ilişkisinde karşılaşılabilecek bu ifa engelinin işverence hesaba katılması⁵⁵ ve işverenin buna katlanması gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim bu bakış açısıyla Alman hukukunda işverenler, hastalık halinde altı haftaya kadar ücret ödemeye devam etmekle yükümlü tutulmuşlardır (Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG)⁵⁶ § 3). Keza, işin ifasının işçiden kaynaklanan sebeplerle (hastalık dahil; ancak bununla sınırlı olmayan) geçici olarak imkansızlaşması halinde ücretin düzenlendiği TBK m. 409 hükmü de bu gibi hallerde işverenin “hakkaniyete uygun bir ücret” ödemekle yükümlü olduğunu düzenlemekle karşı edim riskini, İş Kanunu’ndan farklı bir şekilde dağıtmıştır: TBK m. 409’a göre, uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçinin, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edememesi durumunda işveren, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere, TBK m. 409 hükmü, İş Kanunu m. 25/1/son’dan farklı olarak,

⁴⁸ Süzek, Askı, 100; Caniklioğlu, Hastalık, 106.

⁴⁹ Centel, Ücret, 64 vd.; Süzek, Askı, 100; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat veERCÜMENT ÖZKARACA, İş Hukuku Dersleri, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 181, 348; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku, (Ankara: Lykeion Yayınları, 2022), 334. “İş Hukukunda ücret kural olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi ya da taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir”, bkz. Y9HD, 25.03.2021, E. 2020/9011, K. 2021/6982; Y22. HD, 28.04.2015, E. 2014/4997, K. 2015/15488.

⁵⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku, 382; Sözer, Hasta İşçi, 39; Akdeniz, İmkânsızlık, 42.

⁵¹ Süzek, Askı, 100-101.

⁵² Caniklioğlu, Hastalık, 114.

⁵³ Akdeniz, İmkânsızlık, 70.

⁵⁴ Alfred Hueck ve Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, (Berlin und Frankfurt a. M.: Verlag Franz Vahlen, 1963), 329.

⁵⁵ Hueck ve Nipperdey, Arbeitsrechts I, 329.

⁵⁶ Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Hastalık, Bayram ve Tatil Günlerinde Ücret Ödenmesine İlişkin Kanun).

hastalık ifa engeli nedeniyle işin görülmediği durumlarda -belirli şartlar altında ve belirli bir kapsamla sınırlı olarak- işverenin ücret ödemeye devam edeceğini hüküm altına alarak “iş yoksa ücret de yoktur” kuralına bir istisna getirmekte⁵⁷ ve böylece İş Kanunu’nun sunduğu korumanın ötesine geçmiş olmaktadır. Ne var ki bu hüküm, İş Kanunu m. 25/1/son’un özel hüküm olması karşısında, İş Kanunu’na tabi iş ilişkilerine uygulanabilir nitelikte değildir^{58,59}.

Hastalık halinde karşı edim riskinin işçi üzerinde bırakılmasının sebebi, işçinin gelir kaybının sosyal sigorta yardımı ile telafi edilebilmesidir⁶⁰. Gerçekten sigortalı işçinin gerek iş kazası ve meslek hastalığı gerekse bunlar dışında kalan bir hastalığa tutulması halinde, geçici iş göremezlik ödeneği altında kendisine parasal bir yardım yapılır. İş kazası ve meslek hastalığı halleri bir kenara bırakılacak olursa, hastalık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanmak için her ne kadar işçi hakkında belirli bir prim bildirilmiş olması gerekse (bkz. 5510 s. Kanun m. 18/I (b)) ve bu ödenek iş göremezliğin ancak 3. gününden itibaren verilse (5510 s. Kanun m. 18/I (b)) de, kanun koyucu işçinin bu ödeneye hak kazanma *ihtimalini* dikkate alarak hastalık halinde karşı edim riskini İş Kanunu m. 25/1/son hükmü ile işçinin üzerinde bırakmıştır.

Son olarak, İş Kanunu m. 25/1/son hükmünün emredici niteliği üzerinde durmak gerekir. İşçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi sağlık sebepleriyle işine gidemediği süreler için ücret işlemeyeceğini düzenleyen bu hükmün aksi kararlaştırılabilir mi? Bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Zira hüküm, nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla, sözleşmelerle aksi işçi lehine kararlaştırılabilir⁶¹. Nitekim uygulamada, özellikle toplu iş sözleşmeleriyle hastalık halinde de ücretin ödenmeye devam olunacağına kararlaştırıldığı görülmektedir⁶².

⁵⁷ Mehz Kanun bakımından yapılan aynı yöndeki değerlendirme için bkz. Michel Pellascio, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016), OR 324a, Rn. 1.

⁵⁸ Süzek, İş Hukuku, 528-529; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, 672. Mülga kanunlar döneminde aynı yönde tespit için bkz. Centel, Ücret, 242; Süzek, Askı, 104.

⁵⁹ Mülga İş Kanunu ve Borçlar Kanunu döneminde ileri sürülen bir görüşe göre, İş Kanunu m. 25/1/ son hükmünü karşılayan mülga İş Kanunu m. 17/I (b), TBK m. 409’u karşılayan mülga Borçlar Kanunu m. 328 karşısında ölü doğmuş bir hükümdür. Zira BK 328, mülga İş Kanunu m. 17/I (b)’deki imkânsızlık halini değil, ayrıca beklenilmelik halini de kapsamaktadır. Bu durum, beklenilmelik halinde işçiye ücret ödenirken, imkânsızlık halinde ücret ödenmemesi gibi bir sonuç doğurur. Ayrıca mülga İş Kanunu m. 17/I (b), Kanun’un bünyesine de yabancıdır; çünkü Kanun, maktu aylıklı işçilerin hastalığı halinde de ücret alabileceğini öngörmektedir. Bkz. Sözer, Hasta İşçi, 60-61.

⁶⁰ Centel, Ücret, 241. Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, 673; Süzek, İş Hukuku, 528; Hediye Ergin, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, (İstanbul: Beta Yayınları, 2009), 5-6.

⁶¹ Caniklioğlu, Hastalık, 122. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, 673; Özkan Bilgili, “İstirahatlı İşçiye Ücreti Tam Olarak Ödenir (Mi?)”, Legal İSGHD 8, S. 32 (2011): 1342.

⁶² Örneğin, hastalığa bağlı iş göremezlikte Kurumdan geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanan işçilerin, iş göremezliğin Kurum tarafından karşılanmayan ilk 2 günü için işverenin üc-

B. İSTİSNA: AYLIK ÜCRET UYGULAMASI

1. “Maktu” Aylık Ücret

İş Kanunu'nun ücret türlerine göre tatil ücretini düzenleyen 49. maddenin son fıkrasında yer alan “*hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçiler (...)*” şeklindeki nitelendirmeden anlaşıldığı üzere, İş Kanunu m. 25/1/son hükmü, “aylık ücretli işçiler” bakımından uygulanmaz⁶³. Aylık ücret ile çalıştırılan işçilere, hastalık nedeniyle çalışmadıkları durumda dahi aylığı tam olarak ödenir⁶⁴. Nasıl ki TBK m. 409, hastalık halinde işverenin ücret ödeme yükümlülüğünü düzenleyerek “iş yoksa ücret de yoktur” kuralının bir istisnasını oluşturuyorsa, İş Kanunu m. 49/son da benzer şekilde bu kurala bir istisna⁶⁵ getirmektedir.

İşçinin hastalık halinde de ücretini almaya devam etmesi için, aylık ücretle çalıştırılıyor olması gerekir. Bunun için işçinin ücretinin aydan aya ödeniyor olması yetmez; aynı zamanda bu ücretin aylık olarak belirlenmiş olması gerekir. Bir diğer deyişle, *aylık ödemenin değil; aylık ücretin* söz konusu olması gerekir⁶⁶. *Aylık ücret*, bir zamana göre ücret tespit yöntemi olup zaman ölçüsü olarak bir ayın temel alındığı bir ücret türüdür⁶⁷. Oysa *aylık ödeme*, bir ücret tespit yöntemi olmayıp yalnızca ücretin ödenme zamanını ifade eder. Ücretin aylık olarak ödenmesi bakımından, ücretin zamana ya da performansa göre tespit edilmiş olması bir fark yaratmaz⁶⁸. İlgili ay içinde çalışılan saatler/ günler toplanarak ya da ilgili ayda gösterilen performans dikkate alınarak işçinin ücreti hesap edilip aylık olarak (aydan aya) ödenebilir. Bu nedenle aylık ödemeyle karıştırılmaması adına aylık ücret, genellikle “*maktu aylık ücret*” olarak ifade edilir⁶⁹.

Maktu aylık ücret, zaman ölçüsü olarak bir ayın hesabında gün sayısının değil; ayın kendisinin esas alındığı bir ücret türüdür⁷⁰. Bir diğer deyişle, ilgili

ret ödeyeceği; bazı hastalıklarda uzun süren tedavilerde, işçinin ücreti ile geçici iş göremezlik ödeneği arasındaki farkın işverence tama iblağ edileceğine ilişkin hükümlerin yer aldığı bir toplu iş sözleşmesi için bkz. Y9HD, 20.4.2010, E. 2008/23522, K. 2010/11355.

⁶³ Bkz. Y22HD, 07.07.2020, E. 2017/37454, K. 2020/8966.

⁶⁴ Aylık ücretle çalıştığı anlaşılan davacının istirahatli olduğu 3 günlük süre karşılığı ücretinden işverence tek taraflı kesinti yapılmasının yasal dayanağının bulunmadığı yönünde bkz. Y9HD, 16.12.2019, E. 2016/10974, K. 2019/22392.

⁶⁵ Bilgili, “İstirahatli İşçiye Ücreti Tam Olarak Ödenir (Mi?)”, 1349.

⁶⁶ Bkz. Centel, Ücret, 99.

⁶⁷ Müjdat Şakar, İş Hukuku Uygulaması, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 99; Bilgili, “İstirahatli İşçiye Ücreti Tam Olarak Ödenir (Mi?)”, 1344.

⁶⁸ Bkz. Centel, Ücret, 99; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 272. Ayrıca bkz. YİBGK, 04.07.1960, E. 1960/2, K. 1960/17.

⁶⁹ Bkz. Sözer, Hasta İşçi, 59; Süzek, İş Hukuku, 377; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku, 842; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, 621-622; Ekmekçi ve Yiğit, İş Hukuku, 272.

⁷⁰ Centel, Ücret, 99.

ayın 28, 29, 30 ya da 31 gün sürmesinin bir önemi bulunmamaktadır⁷¹. İşçi 31 gün çeken Ocak ayında da, 30 gün çeken Nisan ayında da, 28 gün (artık yıllarda 29 gün) çeken Şubat ayında da aynı miktar ücrete hak kazanır⁷². Ayın uzunluğuna bağlı olarak ücrette eksiltme ya da arttırmaya gidilmeyen⁷³ bu ücret tespit sisteminin tercih nedeni, ücretin kolay bir şekilde hesap edilip muhasebeleştirilmesi ve işçiye sabit bir gelir sağlamasıdır⁷⁴. Maktu aylıklı işçiler hasta, izinli ya da diğer sebeplerle mazeretli olduğu günlerde dahi ücretlerini tam olarak alırken, çalışmadıkları hafta tatili ve ulusal bayram ile genel tatil günleri için ayrıca ücret almazlar (İş Kanunu m. 49/son).

2. Maktu Aylık Ücretin Tespiti Sorunu

Hastalık nedeniyle çalışmadıkları dönemde de ücretlerini almaya devam edecek olan maktu aylıklı işçiler bakımından esas mesele, bu işçilerin aylık ücretle çalıştırılıp çalıştırılmadığının tespitidir. İşçinin sözleşmesinde bu yönde açık bir düzenleme yoksa- ki genellikle bir düzenlemeye rastlanmaz- işçinin maktu aylıkla çalıştığı nasıl tespit edilebilir? Söz gelimi, sözleşmede yer alan “*ücret aylık olarak ödenir*” şeklindeki hüküm, ücretin maktu aylık olarak belirlendiğinin kabulü için yeterli midir? Bu soruya her durumda olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Zira taraflar bu hükümle maktu aylık ücret esasını benimsemek istemiş olabileceği gibi, yalnızca ücretin ödenme zamanını düzenlemek istemiş de olabilir.

Benzer şekilde hastalık halinde ücretin ödenmeye devam olunacağına düzenlenmiş olması da tek başına ücretin maktu aylık olarak belirlendiğini göstermez. Taraflar bu sözleşme hükmü ile yalnızca, nispi emredici bir hüküm olan İş Kanunu m. 25/1/son yerine işçi lehine bir düzenleme getirmeyi amaçlamış olabilir. Bir başka deyişle, işçinin hasta olduğu günlerde ücretini almaya devam etmesini düzenlerken, aynı zamanda maktu aylık ücret uygulamasına geçmeyi hedeflememiş olabilirler⁷⁵. Bununla birlikte, sözleşmede hafta tatili ya da ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin ücrete dahil yönünde hükümler varsa, ücretin maktu aylık olarak kararlaştırıldığı kabulü

⁷¹ Şahin Çil, İş Hukukunda İşçinin Ücreti, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 287; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, İş Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 141; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 79. Maktu aylık ücret uygulamasında Şubat ayı ile Mart ayı arasında bir fark bulunmadığı yönünde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, 647.

⁷² Aylık ücret uygulamasında, 31 gün çeken aylarda ücretin bir gün eksik ödendiğinden bahisile alacak talebinde bulunulmayacağı yönünde bkz. Y9HD, 15.02.2021, E. 2020/5304, K. 2021/3856; Y9HD, 09.06.2014, E. 2012/15883, K. 2014/18548.

⁷³ “Dosya içeriğine göre davacı işçinin aylık maktu ücretle çalıştığı anlaşılmaktadır. Böyle olunca 30 günden fazla çeken aylar için bir yevmiye isteği ücret sistemine aykırılık oluşturur. 28 gün çeken şubat ayı için iki günlük ücretin tenzili nasıl olanak dışı ise 31 gün çeken aylar için bir gün fazla ücret ödeme isteği doğru olmaz”. Bkz. Y9HD, 06.03.2002, E. 2001/17909, K. 2002/3372.

⁷⁴ Centel, Ücret, 98. Maktu aylık ücrette her ay aynı miktarda ücretin işçinin eline geçmesinin sağlandığı yönünde bkz. Y22HD, 24.06.2014, E. 2014/5770, K. 2014/19069.

⁷⁵ Caniklioğlu, Hastalık, 122

gerekir. Yine, fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin sözleşme hükümleri de ücretin maktu aylık olduğunu gösterir.

Sözleşmelerde ücret tespit yöntemine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda, SGK bildirimlerinin her ay 30 gün üzerinden yapılmış olması (ilgili ayın uzunluğuna bağlı olarak 28, 29 ya da 31 olarak değil) da ücretin maktu aylık olarak belirlendiğinin göstergesi olamaz. Zira SGK bildirimlerinin 30 gün üzerinden yapılması, sosyal sigorta mevzuatından kaynaklanan bir zorunluluktur. Çünkü sosyal sigorta uygulamasında bir ay 30 gün olarak değerlendirilir (5510 sayılı Kanun m. 3/I (14)) ve ayda 30 günü aşan prim ödeme gün sayısı bildirilemez (Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği⁷⁶ m. 22/I (b)). Bu nedenle, günlük ücret uygulamasının geçerli olduğu işyerlerinde çalıştırılan işçilerin de SGK bildirimleri 30 gün üzerinden yapılmak zorundadır.

Böyle bir durumda ücretin maktu aylık olup olmadığı, ancak aylık olarak düzenlenen bordrolardan hareketle belirlenebilir. Ücret bordrolarındaki tahakkukların örneğin 26 gün yerine 30 gün üzerinden olması, ücretin maktu aylık olduğunu gösterir. Ayrıca, bordrolardan ücretin aylık olarak ödendiği ve aylık miktarların maktu olduğu açıksa, işçinin raporlu olduğu günlerin ücretinden kesilmesi, işçinin maktu aylıklı işçi olduğu gerçeğini değiştirmez⁷⁷. Benzer şekilde, ücretin maktu aylık olduğu sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmakla birlikte işyerinde puantaj kayıtlarının tutuluyor olması, ücretin maktu niteliğine halel getirmez⁷⁸.

III. MAKTU AYLIK ÜCRETİN GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİ İLE İLİŞKİSİ

A. GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİNİN ÜCRETEN MAHSUBU GEREKLİLİĞİ

Hastalık halinde dahi aylığı tam olarak ödenen maktu aylıklı işçiler bakımından incelenmesi gereken bir husus da, bu işçilerin Kurumdan geçici iş göremezlik ödeneği almaları halidir. Geçici iş göremezlik ödeneği, hastalık nedeniyle iş göremez hale gelen sigortalı işçiye Kurum tarafından yapılan parasal bir yardımdır. Bu ödenek, hem iş kazası ve meslek hastalığı halinde hem de bu haller dışında kalan hastalık hallerinde sigortalılara yapılan bir ödemedir⁷⁹.

Geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanmak bakımından hastalığın, 5510 sayılı Kanun anlamında iş kazası ya da meslek hastalığından ileri gelip gelmemesine göre bir ayırım yapılır: İş kazasına uğrayan ya da meslek hastalığına tutulan sigortalı, herhangi bir sigortalılık süresi ya da prim koşulu aranmaksızın geçici bu ödeneye hak kazanabilirken⁸⁰; bu haller dışında has-

⁷⁶ RG. 12.05.2010, 27579.

⁷⁷ Y9HD, 15.02.2021, E. 2020/5304, K. 2021/3856.

⁷⁸ Y9HD, 09.03.1976, E. 1976/1958, K. 1976/9157.

⁷⁹ Belirtmek gerekir ki geçici iş göremezlik ödeneği yalnızca hastalık ve iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan bir yardım değildir; analık sigortasında da bu ödeneğin sağlandığı bir sigorta türüdür. Bkz. 5510 s. Kanun m. 16/2.

⁸⁰ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik, 409; Sözer, Sosyal Sigortalar, 363; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik, 442.

talanan sigortalının ödeneğe hak kazanabilmesi için, iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primine sahip olması gerekir (5510 s. Kanun m. 18/I (b)). Yine, iş kazası ve meslek hastalığı halinde geçici iş göremezlik ödeneği, iş göremezliğin başladığı ilk günden itibaren iş göremezlik süresince verilirken (5510 s. Kanun m. 18/I (a)); hastalık halinde bu ödenek, iş göremezliğin 3. gününden başlamak üzere her gün için ödenir (5510 s. Kanun m. 18/I (b)).

Hastalık nedeniyle çalışamayan maktu aylıklı sigortalı işçiler, geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanmaları halinde, aynı dönem için hem işverenlerinden ücret hem de Kurumdan geçici iş göremezlik ödeneği alma imkanına kavuşur. Bu ise işçiye aynı dönem için mükerrer bir ödeme yapılması anlamına gelir⁸¹. Hastalık halinde maktu aylıklı işçinin hem çalışmadığı sürenin ücretini tam olarak alması hem de bu süre için Kurumdan geçici iş göremezlik ödeneği alması, çalışarak elde edeceğinden daha yüksek bir kazançta ulaşması sonucunu doğurur ve bu durum çalışmamayı teşvik eder⁸².

Geçici iş göremezlik ödeneğinin esasen Kuruma ödenen primlerin karşılığını oluşturduğu, bu nedenle işçinin her iki ödemeye de hak kazanacağı düşünülebilirse de, kısa vadeli sigorta kollarında primin tamamının işveren tarafından ödendiği dikkate alındığında⁸³, işverenin ödediği primlerin karşılığı olarak işçiye verilen geçici iş göremezlik ödeneğinin, işveren tarafından işçiye ödenecek ücretten indirilmesi menfaatler dengesine uygun düşer. Nitekim İş Kanunu m. 48/II de bu anlayıştan hareket ederek hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Kurum tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin aylık ücretli işçilerin ücretinden mahsup edilebilmesini hüküm altına almıştır⁸⁴.

B. GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİNİN ÜCRETEN MAHSUBU SORUNU

Önemle belirtmek gerekir ki, İş Kanunu m. 48/II, işçinin geçici iş göremezlik ödeneği aldığı süre boyunca işvereni ücret ödemekten kurtarmaz; işverene yalnızca ücretten ödenek miktarınca bir kesintiye gitme imkânı tanır⁸⁵. Zira geçici iş göremezlik ödeneği, işçinin ücretinin tam karşılığını oluşturmaz. Geçici iş göremezlik ödeneği, işçinin 5510 sayılı Kanun'a göre hesap edilecek olan günlük kazancı ve tedavisinin türüne göre değişir⁸⁶. Yatarak tedavilerde

⁸¹ Çil, İşçinin Ücreti, 35; Sözer, Sosyal Sigorta, 236.

⁸² Çil, İşçinin Ücreti, 35; Caniklioğlu, Hastalık, 134; Sözer, Sosyal Sigorta, 237.

⁸³ Bkz. 5510 s. Kanun m. 81/I/c.

⁸⁴ Mülga İş Kanunu'nda işverenin, geçici iş göremezlik ödeneğini mahsup etmesine imkân tanıyan bir düzenleme bulunmadığı için, işverenin böyle bir kesintiye gidip gidemeyeceği tartışma konusu yapılmıştır. Bkz. Centel, Ücret, 244-245; Sözer, Hasta İşçi, 61-63; Caniklioğlu, Hastalık, 133.

⁸⁵ Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin mahsubundan sonra bakiye ücret alacağıının işverence ödenmesi gerektiği yönünde bkz. Y22HD, 15.03.2013, E. 2012/17749, K. 2013/5488. Geçirdiği iş kazası sonucu raporlu olduğu süre kapsamındaki ücretinin bu dönem boyunca geçici iş göremezlik ödeneği aldığı gerekçesiyle ödenmeyen işçiye, bu dönem için geçici iş göremezlik ödeneğinin mahsubu ile ücretinin ödenmesi gerektiği yönünde bkz. Y22HD, 11.01.2016, E. 2014/26459, K. 2016/111.

⁸⁶ Sözer, Sosyal Sigorta, 235, 364; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik, 463.

işçinin günlük kazancının yarısı; ayakta tedavilerde ise bu kazancın üçte ikisi kadardır. Hal böyle olunca, işveren işçinin ücreti ile Kurumdan aldığı geçici iş göremezlik ödeneği arasındaki farkı ödemek⁸⁷, bir başka ifadeyle, geçici iş göremezlik ödeneğini tama iblağ etmekle yükümlü olur⁸⁸. Ayrıca, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan hastalık hallerinde iş göremezliğin ilk 2 günü için yine de tam ücret ödemekle yükümlüdür⁸⁹, zira bu hallerde geçici iş göremezlik ödeneği iş göremezliğin 3. gününden itibaren ödenmekte olduğundan işverenin ilk 2 gün için ücretten kesintiye gitmesi mümkün değildir.

Ne var ki, geçici iş göremezlik ödeneğinin hesaplanması ve Kurum tarafından sigortalıya ödenmesiyle ilgili bazı durumlar, bu mahsubun yapılmasını pratikte güçleştirebilir. Şöyle ki, işveren işçinin geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanıp kazanmadığını her durumda bilemeyebilir. Yukarıda da değinildiği gibi, iş kazası ve meslek hastalığı dışındaki hastalık hallerinde ödeneğe hak kazanabilmek için, iş göremezliğin başladığı tarihten önceki 1 yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primine sahip olmak gerekir (5510 s. Kanun m. 18/I (b)). Bu prim şartının, aynı işyerinde gerçekleşmiş⁹⁰ ya da kesintisiz⁹¹ olması gerekmez. İşveren, işçinin gerekli prim şartını sağlayıp sağlamadığını ise yalnızca kendi nezdinde geçen hizmetler üzerinden kontrol edebildiğinden; işçinin hak sahipliğini her durumda doğru tespit edemeyebilir.

İşveren işçinin geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazandığını tespit etse bile, benzer sebeple, bu ödeneğin miktarını doğru tespit edemeyebilir. Zira işçinin günlük kazancının yarısı ya da üçte ikisi kadar olan geçici iş göremezlik ödeneğine esas günlük kazanç (1) iş kazasında kazanın gerçekleştiği; meslek hastalığında ise iş göremezliğin başladığı tarihten önceki son 12 aydaki⁹² son 3 ay içindeki, (2) bu haller dışında, iş göremezliğin başladığı tarihten önceki 12 aydaki⁹³ prime esas kazançlar toplamının, prim ödeme gün sayısı-

⁸⁷ Sözer, Sosyal Sigorta, 237.

⁸⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku, 382, 844. Akyiğit'e göre, İş Kanunu m. 48 ve 49/son, maktu aylık işçinin iş göremezlik ödeneğini ücret seviyesine çıkararak (tama iblağ edilen) değil; zaten ödenecek ücretten geçici iş göremezlik ödeneği tutarında indirimi öngören bir düzenleme olduğu açıktır, bkz. Ercan Akyiğit, İş Kanunu Şerhi (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 1742.

⁸⁹ Bkz. Demir, Hastalığın Etkisi, 65-70.

⁹⁰ Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik, 475; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik, 463.

⁹¹ Sözer, Sosyal Sigorta, 233.

⁹² Sigortalının henüz 12 aylık çalışması yoksa, çalışmaya başladığı ay içinde iş kazası veya meslek hastalığı yakalanırsa verilecek ödeneğin hesabına esas günlük kazanç; çalışmaya başladığı tarih ile iş göremezliğinin başladığı tarih arasındaki sürede elde ettiği prime esas günlük kazanç toplamının, çalıştığı gün sayısına bölünmesi suretiyle tespit edilir. Sigortalı çalışmaya başladığı gün iş kazasına uğrarsa, bu defa aynı veya emsal işte çalışan benzeri bir sigortalının günlük kazancı esas tutulur. Bkz. 5510 s. Kanun m. 17/II.

⁹³ Geçici iş göremezlik ödeneğine esas tutulacak günlük kazanç hesap edilirken prime esas kazanç toplamının dikkate alınacağı dönem, iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık halinde aynı şekilde (son 12 aydaki son 3 ay) belirlenmişken; 15.04.2021 tarih ve 7316 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle farklılaştırılmış; hastalık hali için daha uzun bir dönem (son 12 ay) belirlenmiştir. Söz konusu değişiklik ve bu değişikliğin haklı eleştirisi için bkz. Güzel, Okur ve Caniklioğlu, 412.

na bölünmesi yoluyla hesaplanır⁹⁴. İşçinin işveren nezdinde çalıştığı dönem dikkate alındığında, işverenin bu hesaplamayı yapabilmesi her durumda mümkün olmayabilir.

İşveren işçinin geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazandığını ve alacağı ödeneğin miktarını hesap edebilecek durumda olsa bile, Kurum sigortalıya ödeme yapana kadar bu ödeneği mahsup edemez. Bilindiği gibi, geçici iş göremezlik ödeneği, buna ilişkin bilgi veya belgelerin Kuruma intikalini takip eden 7 iş günü içinde *geçmiş süreler için* ödenir (Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 40/VIII). İşçinin aylık ücretinin ödendiği an, Kurum henüz işçiye hak ettiği geçici iş göremezlik ödeneğini ödememiş olabilir. Böyle bir durumda işveren, ileride yapılacak olan geçici iş göremezlik ödeneğini dikkate alarak bu ödeneği işçinin ücretinden mahsup ederse, İş Kanunu m. 49/son hükmü uyarınca aylığı tam olarak ödenmesi gereken işçiye eksik ödeme yapmış olur. Bu, maktu aylık ücretle hedeflenen, işçiye sabit gelir sağlama amacını boşa çıkaracağı gibi; ücretin eksik ödenmesi nedeniyle işverenin idari ve hukuki sorumluluğunu da gündeme getirebilir.

İşçinin hem ücretini tam olarak almaya devam edip hem de Kurumdan geçici iş göremezlik ödeneği almasıyla gündeme gelecek mükerrer ödemenin önüne geçmek ne kadar önemliyse, maktu aylıklı işçinin, ücretin muaccel olduğu an tam ücrete kavuşması da o kadar önemlidir. İş Kanunu m. 48/II, ücretin *tam olarak* ödenmesini öngören İş Kanunu m. 49/IV görmezden gelinerek uygulanamaz. İşçinin geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazandığı; ancak bu ödemenin henüz Kurum tarafından yapılmadığı bir durumda, işverenin ileride yapılacak bir ödemeyi ücretten mahsup etmesi, İş Kanunu m. 48/II'nin amaçladığı "mükerrer ödeme" yi engellemenin ötesine geçmek olur. İş Kanunu m. 48/II'nin ratio legisi; işverene tanınan mahsup yetkisinin, Kurum'un işçiye ileride *yapacağı* ödemeyi değil; halihazırda *yapmış olduğu* ödemeyi ücretten indirme yetkisi olarak kabulünü gerektirir. Ücretin çoğu durumda işçinin tek geçim kaynağını oluşturduğu gerçeği karşısında, işçiye ileride yapılacak ödeme gerekçe gösterilerek ücretinden kesintiye gidilmesi kabul edilebilir değildir. Böyle bir uygulama, işçilerin yaşamlarını idame ettirmek için düzenli olarak yapmaları gereken birtakım ödemelerin (kira, fatura vb.) aksamasına yol açabilir. Gerek işverenin işçiyi gözetme borcu gerekse ücretin korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerin altında yatan düşünce, buna engeldir. Bu açıdan, İş Kanunu m. 48/II'ye dayanılarak yapılacak mahsubun, Kurumun halihazırda *yapmış olduğu* ödemelerle sınırlı olduğunun kabulü gerekir.

İşçinin Kurumdan aldığı geçici iş göremezlik ödeneğinin ücretten mahsubu bakımından karşılaşılabilecek bir diğer sorun da, indirime tabi tutulan ücretin

⁹⁴ Ayrıca eklemek gerekir ki iş göremezliğin başladığı tarihten önceki son bir yıl içerisinde 180 günden az prim bildirilmiş olanlara hastalık halinde ödeneğe esas tutulacak günlük kazanç, iş göremezliğin başladığı tarihteki günlük prime esas kazanç alt sınırının iki katını geçemez. Bkz. 5510 s. Kanun m. 17/1/son cümle.

5510 sayılı Kanun kapsamında primlendirilmesidir. İşveren İş Kanunu m. 48/II'ye dayalı olarak işçiye yalnızca ücreti ile geçici iş göremezlik ödeneği arasındaki farkı ödediğinde, yapılan bu ödemenin prime esas günlük kazanç alt sınırının altında kalması söz konusu olabilir. Prime esas günlük kazanç alt sınırının günlük asgari ücret olduğu dikkate alındığında, asgari ücretle çalıştırılan maktu aylıklı işçilerde geçici iş göremezlik ödeneğinin ücretten mahsubu, her zaman bu sonucu doğuracaktır. Bu durumda işveren, prime esas günlük kazanç alt sınırı ile işçiye ödenen ücret arasındaki tutara ait primleri kendisi ödeyerek prime esas kazancı, günlük kazanç alt sınırına yükseltmek durumunda kalacaktır (Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 97/XI, 5510 s. Kanun m. 82/III).

C. GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİNİN ÜCRETEN MAHSUBU YERİNE İŞVERENE İADESİ

Yukarıda izah edildiği gibi, geçici iş göremezlik ödeneğinin ücretten mahsubu her zaman mümkün ya da pratik olmayabilir. İşverenlerin maktu aylık ücret sisteminden beklediği “ücretin kolay hesaplanması ve muhasebeleştirilmesi” şeklindeki yararı, bu mahsup usulünde elde etmeleri güç gözükmektedir. Bu nedenle işverenler geçici iş göremezlik ödeneğinin mahsubu yerine iadesi şeklinde bir uygulamaya gitmeyi tercih etmektedir⁹⁵. Bu uygulamada işverenler işçilere ücretlerini tam olarak ödemeye devam ederken, işçiler Kurumdan aldıkları geçici iş göremezlik ödeneğini işverene iade ederler⁹⁶.

Bu yöntem ile ilgili olarak akla gelebilecek bir soru, işçilerin geçici iş göremezlik ödeneği aldıkları süre boyunca, ücretlerini tam olarak almaya devam etmelerinin, geçici iş göremezlik ödeneğini yersiz hale getirip getirmeyeceğidir. Geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanma şartları 5510 sayılı Kanun m. 18'de belirtilmiştir. Bu şartlar genel olarak, sigortalının hastalık nedeniyle iş görememesi, iş göremezliğin istirahat raporuna dayanması ve sigortalı hakkında yeterli prim (iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan hastalık hallerinde) bildirilmiş olmasıdır. Bunlar arasında, *sigortalının iş göremezlik süresince ücret ya da diğer türlü bir kazanç elde etmemesi* gibi bir şart bulunmamaktadır. Dolayısıyla işçilerin geçici iş göremezlik ödeneği aldıkları dönemde aynı zamanda ücretlerini tam olarak almaya devam etmelerine bir engel yoktur. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde ücret olarak prime tabi tutulacak ödemeler arasında geçici iş göremezlik ödeneği alan sigortalılara istirahatli buldukları sürede verilmesine devam edilen tam ücretin ya da atıfet kabilinden yapılan ödemelerin sayılmış olması da bu sonucu desteklemektedir (m. 97/XI). Geçici iş göremezlik ödeneği ancak, bu ödeneye hak kazanan işçinin, istirahatli olduğu sürede çalıştırılması halinde yersiz hale gelebilir⁹⁷, yoksa işçinin- çalıştırılmadığı müddetçe- bu dö-

⁹⁵ Çil, İşçinin Ücreti, 35.

⁹⁶ Raporlu olduğu dönemde işçiye ücretini tam ödeyen işverenin, işçinin Kurumdan aldığı geçici iş göremezlik ödeneğinin kendisine iadesini talep ettiği bir uyuşmazlık için bkz. Y9HD, 13.04.2015, E. 2014/2973, K. 2015/13994.

⁹⁷ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik, 467; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 265.

neme ilişkin ücretini almaya devam etmesi geçici iş göremezlik ödeneğini yersiz hale getirmez⁹⁸.

Geçici iş göremezlik ödeneğinin mahsubu yerine iadesi pratik gözükse de işverenleri, işçilerin geçici iş göremezlik ödeneği alıp almadığını takip etmek durumunda bırakmaktadır. İşçilerin bu ödeneği alıp almadığı ya da işverene iade edip etmediğinin takibinin, özellikle çok sayıda işçisi bulunan işverenler bakımından ciddi bir zaman ve emek gerektireceği açıktır.

D. GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİNİN SİGORTA PRİMİNE MAHSUBU

Hastalık nedeniyle işine devam edemeyen maktu aylıklı işçilerin geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanması halinde, işverenlerin bu ödeneği işçinin ücretinden indirmek ya da iade talebinde bulunmak dışında sahip olduğu bir diğer imkân, geçici iş göremezlik ödeneğinin Kuruma ödenecek sosyal sigorta primine mahsubudur. 5510 sayılı Kanun m. 18/VI'ya göre, geçici iş göremezlik ödeneğinin, toplu iş sözleşmesi yapılan işyerleri ile kamu idarelerinin işverenleri tarafından Kurum adına sigortalılara ödenerek, daha sonra Kurum ile mahsuplaşmak suretiyle tahsili mümkündür. Kanunda ifade edilen bu mahsup, Kurumun, geçici iş göremezlik ödeneğini Kurum adına işçilere ödeyen işverenin sosyal sigorta prim borcundan bu ödenekleri mahsup etmesidir (Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 40/VII).

5510 sayılı Kanun ile yalnızca toplu iş sözleşmesi yapılan işyerleri ile kamu idarelerinin işverenlerine tanınan bu imkân, 2018/26 sayılı Kurum Genelgesiyle, mahsuplaşma talebinde bulunan tüm işverenlere genişletilmiştir (bkz. 2016/21 sayılı Kurum Genelgesi 6.2.). Bu değişiklik, daha sonra Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'ne de yansıtılmış ve Yönetmelik'in 40. maddesi şu şekli almıştır:

“Mahsuplaşma talebinde bulunan iş yerlerinde çalışan sigortalılara ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği, yapılacak protokol ile sigortalılar için Kuruma ödenecek sigorta primine mahsup edilmek üzere, işverenleri tarafından Kurum adına sigortalılara ödenebilir. İşveren tarafından sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesi hâlinde, Kurum tarafından hesaplanarak bulunacak geçici iş göremezlik ödeneği toplamı, işverenin Kuruma olan borcuna, borcun olmaması hâlinde ise ilk prim borcuna mahsup edilir. İşyerinin kapanmış olması hâlinde ise iade edilir”.

Bu değişikliğin normlar hiyerarşisine uygunluğundan söz etmek mümkün olmasa da, mahsup imkanının tüm işverenlere tanınması, isabetli bir yaklaşım olmuştur. Zira geçici iş göremezlik ödeneğinin sosyal sigorta primi-

⁹⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraça, İş Hukuku, 844. İşverenin işçi istirahatli iken çalışmadığı halde işçiye ücret ödemesinin, geçici iş göremezlik ödeneğini yersiz hale getirmeyeceği; ancak uzun istirahat dönemlerinde işverenin çalışmayan sigortalıya ücretini tam olarak ödemesinin her zaman rastlanılacak bir olay olmadığı yönünde bkz. Güzel, Okur ve Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik, 467.

ne mahsubu bakımından işverenler/ işyerleri arasında kamu-özel sektör işvereni ya da toplu iş sözleşmesi bulunan-bulunmayan işyeri şeklinde bir ayrıma gitmeyi objektif olarak haklılaştıran bir neden bulunmamaktadır.

Sosyal sigorta mevzuatında öngörülen bu yöntem işverenleri, geçici iş göremezlik ödeneğinin ücretten mahsubu ya da işçi tarafından iadesi ile karşılaşabilecekleri zorluk ve risklerden korur. En önemlisi, işçi, ücretini tam olarak almaya devam ederken, ne alacağı geçici iş göremezlik ödeneği ücretinden indirilir ne de Kurum tarafından yapılan ödemeyi işverenine iade etmek durumunda kalır.

Tüm bu yararlarına rağmen bu yöntemin işçi açısından ciddi bir risk içerdiğinden de söz etmek gerekir. Şöyle ki, işverenler işçilere geçici iş göremezlik ödeneği ödemeksizin mahsuplaşma işlemi başlatır ve Kurum geçici iş göremezlik ödeneğini işverenin prim borcundan mahsup ederse, ne olur? Kurumun işverenlerle imzaladığı mahsuplaşma protokolü örneğine⁹⁹ göre, işverenin sigortalının geçici iş göremezlik ödeneğini ödememesi halinde, *sigortalıların* bundan doğacak her türlü zararından *işveren* sorumludur. Bununla amaçlanan, geçici iş göremezlik ödeneğini alamayan işçilerin taleplerini Kuruma değil; kendi işverenlerine yöneltmeleridir. Bu durumun işçi açısından doğurabileceği tehlike dikkate alındığında, en azından mahsup işleminin gerçekleşmesi, işverenin ücretin tam olarak ödendiğini gösteren banka dekontu ya da makbuz vb. belgeleri Kuruma ibraz etmesine bağlanmalıdır.

SONUÇ

İşçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği temel borç olan iş görme, kişiye sıkı surette bağlı bir edim niteliğindedir. Bu nedenle iş görme ediminin, kural olarak şahsen ifası gerekir (TBK m. 395) ve işçinin hastalığı, iş görme ediminin ifasında imkânsızlık yaratır. Bu imkânsızlık, kural olarak geçici nitelikte olduğundan, iş sözleşmesini askıya alır ve işverenin ücret ödeme borcunu askı süresince durdurur. Nitekim İş Kanunu m. 25/I/son'da da işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi sağlık sebepleriyle işine gidemediği süreler için ücret işlemeyeceği açıkça düzenlenmiş durumdadır.

Hastalığa bağlı devamsızlık süresince ücretin işlememesi, esasen iş sözleşmesinin karşılıklı borç doğuran, sinallagmatik niteliğinden kaynaklanır. Zira ücret, işin karşılığını oluşturur ve çalışma yoksa ücret de yoktur. Ancak bu esas, maktu aylık alan işçiler için geçerli değildir. Çünkü İş Kanunu m. 49/IV'e göre maktu aylıklı işçiler hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli oldukları hallerde de aylıklarını tam olarak alır.

Görüldüğü gibi, işçinin hastalık nedeniyle çalışmadığı günlerde ücret alıp alamayacağı, maktu aylıklı işçi olup olmamasına bağlıdır. Ancak bu hususun tespiti her zaman kolay olmayabilir. Özellikle iş sözleşmesinde işçinin

⁹⁹ Bkz. 2016/21 sayılı Kurum Genelgesi, Ek-9.

maktu aylıkla çalıştırılacağına ilişkin açık bir hüküm yoksa, sözleşmede yer alan diğer hükümlerden ya da düzenlenen bordrolardan hareket etmek gerekir. Sözleşmede yer alan ücretin aylık ödeneceği ya da hastalık halinde ücretin kesilmeyeceği gibi hükümler, her durumda maktu aylık ücretin geçerli olduğunu göstermezse de hafta tatili ya da ulusal bayram ve genel tatil ücretinin, aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin hükümler, maktu aylık ücretin varlığına işaret eder.

Maktu aylıklı işçiler bakımından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husus, raporlu oldukları dönem için geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanmalarıdır. Böyle bir durumda hastalık nedeniyle çalışılmayan süre için hem işverenin hem de Sosyal Güvenlik Kurumunun ödeme yapması söz konusu olur ki bu şekilde mükerrer bir ödemeye mahal vermemek için İş Kanunu m. 48/II'de, Kurum tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin, maktu aylıklı işçilerin ücretinden mahsubu düzenlenmiştir. Ancak sorun, bu mahsubun nasıl yapılacağıdır.

İşçinin geçici iş göremezlik ödeneği alması, işverenin ücret ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz; yalnızca işçiye ödeyeceği ücretten, Kurumun yaptığı ödemeyi indirme yetkisi verir. Zira geçici iş göremezlik ödeneği ücretin tam karşılığını oluşturmadığından, aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir. Ancak bu indirim için, işçinin geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanmış olması yetmez; bu ödeneğin Kurumca yapılmış olması gerekir. Ücret ödeme zamanı, işçi henüz geçici iş göremezlik ödeneğini almamışsa, işverenin bu ödeneği ücretten indirmesi mümkün değildir. Aksi halde eksik ücret ödemiş olur. Nitekim uygulamada da işverenler, geçici iş göremezlik ödeneğinin ücretten mahsubu yerine iadesini tercih eder hale gelmişlerdir. İşçilere ücretlerini tam olarak ödemeye devam eden işverenler, işçilerin Kurumdan aldıkları ödeneği kendilerine iade etmelerini talep etmektedir. İşverenlerin işçilerin Kurumdan ödenek alıp almadığını takip etmeleri zaman ve emek gerektireceğinden bu yöntemin de her zaman pratik olmayacağı söylenebilir.

Geçici iş göremezlik ödeneğinin mahsubu ya da iadesi dışında bir diğer seçenek, geçici iş göremezlik ödeneğinin sosyal sigorta prim borcuna mahsubudur. 5510 sayılı Kanun m. 18/6'ya göre, geçici iş göremezlik ödeneği, Kurum adına işveren tarafından ödenebilir; bu şekilde yapılan ödemeler işverenin Kuruma olan prim borcundan mahsup edilir. Bu imkân, 5510 sayılı Kanun ile yalnızca toplu iş sözleşmesi yapılan işyerleri ile kamu idarelerinin işverenlerine tanınmışsa da, 2016/21 sayılı Kurum Genelgesi ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde yapılan değişiklikle, tüm işverenlere genişletilmiştir. Ancak bu yöntem, işçi açısından ciddi bir risk içermektedir. Zira işverenler, geçici iş göremezlik ödeneğini işçilere ödemeksizin mahsuplaşma işlemini başlatabilir. Böyle bir durumda işçilerin mağdur olmasını engellemek adına, işverenlerin ücretin tam olarak ödendiğini gösteren banka dekontu ya da makbuz gibi belge ibrazıyla yükümlü kılınmaları isabetli olabilir.

KAYNAKÇA

- Akdeniz, Ayşe Ledün. *İş İlişkilerinde İmkânsızlık*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Akdeniz, Ayşe Ledün. *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine*. İstanbul: Beta Yayınları, 2015.
- Akyiğit, Ercan. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Akyiğit, Ercan. *İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Bilgili, Özkan. "İstirahatlı İşçiye Ücreti Tam Olarak Ödenir (Mi?)", Legal İSGHD 8, S. 32 (2011): 1339-1372.
- Caniklioğlu, Nurşen. *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2002.
- Centel, Tankut. *İş Hukukunda Ücret*. İstanbul: Türkiye Denizciler Sendikası, 1987.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen; Canbolat, Talat ve Özkaraca, Ercüment. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Çil, Şahin. *İş Hukukunda İşçinin Ücreti*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Demir, Cuma Arif. *Hastalığın İş İlişisine Etkisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Ekmekçi, Ömer ve Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Ergin, Hediye. *Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Eyrenci, Öner; Taşkent, Savaş; Ulucan, Devrim ve Baskan, Esra. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Gökay, Kerime. *İş Sözleşmesinin Sağlık Nedenlerine Dayalı Olarak Feshi*. Ankara: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Güzel, Ali; Okur, Ali Rıza ve Caniklioğlu, Nurşen. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Hueck, Alfred ve Nipperdey, Hans Carl. *Lehrbuch des Arbeitsrechts I*. Berlin und Frankfurt a. M.: Verlag Franz Vahlen, 1963.
- Koch, Ulrich. *Arbeitsrecht von A-Z*. München: Beck-Rechtsberater-Deutscher Taschenbuch Verlag, 2022.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş. *İş Hukuku*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2022.
- Müller-Glöge, Rudi. *Münchener Kommentar zum BGB*. München: C. H. Beck 2020.

- Pellascio, Michel. *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016.
- Reinhard, Barbara. *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. München: C. H. Beck, 2022.
- Sözer, Ali Nazım. *Hasta İşçinin İş İlişkisi*. İzmir: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1981 (Çevrimiçi).
- Sözer, Ali Nazım. *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Sözer, Ali Nazım. *Türk Genel Sağlık Sigortası*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Spengler, Bernd. *Arbeitsrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Süzek, Sarper. *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi*. Ankara: Savaş Yayınları, 1989.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Şakar, Müjdat. *İş Hukuku Uygulaması*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Tuncay, A. Can ve Ekmekçi, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.

SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNUN ÖZEN VE BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ İHLALİ

*Mahmut KABAKCI**

Giriş

Sosyal sigortalar mevzuatının sürekli değişiklikler nedeniyle karmaşıklığı herkesçe malumdur. Bu alanda uzun yıllar deneyimi olan kişiler dahi, konu özellikle yaşlılık sigortası olduğunda beklenen hak sahipleriyle ilgili tabi oldukları esasları mülga mevzuattan kontrol gereği duyarlar. Sigortalıların bu bilgilendirilme, yönlendirilme ihtiyaçlarını dikkate alan kanun koyucu, Sosyal Güvenlik Kurumunun “Hizmet sunduğu gerçek ve tüzel kişileri hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirmek, haklarının kullanılmasını ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak” yükümlülüğünü düzenlemiştir.

Anayasa Mahkemesi 14.01.2021 tarih ve E. 2019/104 K. 2021/3 sayılı kararı ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun yaşlılık aylığı bağlanması koşullarından olarak işten ayrılma şartını içeren hükmünü iptal etmişse de Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) bu karardan hemen sonra yayınladığı 2021/5 sayılı Genelge ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda bu şartın aynen yer aldığı gerekçesiyle işten ayrılma koşulunu uygulamaya devam etmektedir. Bu nedenle emekli olacağı, aylık alacağı inancı ile işten ayrılan sigortalının öncesinde aylık tahsisi koşullarını taşıyıp taşımadığından emin olması büyük öneme sahiptir. Bu konuda SGK E-Devlet Portalında “Ne Zaman Emekli Olurum?” uygulaması varsa da birçok sigortalı işten ayrılmadan önce SGK’ya yazılı başvuru ile tahsis koşullarını teyit ettirmektedir.

5510 sayılı Kanun geçici m. 11 uyarınca, yürürlüğe girmeden önce mevcut sosyal güvenlik kurumlarında (SSK, Bağkur ve Emekli Sandığı) tescili yapılan sigortalılar ve ilk defa tescili yapılacak sigortalılar ile bunların hak sahipleri için ortak bilgi bankası oluşturulmuştur. Bu bilgi bankasına rağmen SGK sigortalı hizmetin çakışan sigortalı numarası ya da isim benzerliği nedeniyle sahibi dışında başka bir sigortalı adına tescil edilmesi ve diğer birçok nedenle sigortalıları yanlış bilgilendirebilmektedir. Sigortalının başvurusu üzerine SGK’nın “yaşlılık aylığı tahsis koşullarını karşıladığınız için tahsis talebinde bulunabilirsiniz” ya da “Mevcut durumunuz ... şeklindedir, ... şart-

* Prof. Dr., İTÜ İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi, mkabakci@itu.edu.tr.

larını karşıladığınız takdirde aylık bağlanacaktır” şeklinde olumlu cevabını esas alarak işten ayrılıp aylık tahsis talebinde bulunan çok sayıda sigortalının başvurusu, gereken koşulları sağlanmadığı gerekçesi ile reddedilmekte yahut olumlu işlemden belirli bir süre sonra hata ile aylık tahsis edildiği bildirilerek iptal ile ödenen aylıkların iadesi istenmektedir.

SGK'nın bu şekilde bir uygulamasının, mevzuattaki özen ve bilgilendirme yükümlülükleri nedeniyle hizmet kusuru oluşturacağından, sigortalıların bu nedenle uğradıkları zararları talep hakkından tereddüt edilmez. Mağdur olan sigortalıların açtıkları tazminat davalarıyla ilgi Yargıtay uygulamasının gelişimi izlendiğinde, başlangıçtaki isabetli kararlara karşın, az da olsa sosyal sigortalar hukukunda geçerli ilkelerle bağdaşmayan gerekçeler ile sigortalılar aleyhine kararlar verildiği de görülmektedir.

1999 tarihli bir HGK kararında “davalı Kurumun davacıya yaşlılık aylığı bağlanabileceğini bildirmesi üzerine, bu bildirimde güvenerek davacı işinden ayrıldığı için ve Kurum bilahare hesabı yanlış yaptığını ve aylık bağlanamayacağını bildirmesi nedeniyle, davacının işinden ayrılıp işsiz kalmasından dolayı Kurumdan gerçek zararını istemesi mümkündür. Zira, Kurumun eylemi sigortalı yönünden haksız fiil teşkil eder” değerlendirmesi ile “... yasal yükümlülükler uyulmaması nedeniyle oluşan yanlış işlemlerin sigortalı tarafından fark edilip giderilmesini beklemek, bu anlamda uzman kuruluşu rağmen sigortalının hataları bilecek durumda olduğunu kabul etmek, hakkaniyete uygun bir yaklaşım olarak kabul edilemez” gerekçesi isabetlidir.

Ancak kararlar günümüze doğru incelendiğinde “Gerçekten yaşlılık aylığının yasal koşulları 506 sayılı Yasanın 60. ve geçici 81. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Davalı Kurumun, davacıya yanlış bilgi vermekle kusurunun bulunduğu açık olmakla birlikte, davacının da yasayı bilmemesi mazeret sayılmaz” gerekçesi ile SGK ile sigortalıyı eşit derecede kusurlu kabul eden kararlardan sonra, daha yeni kararlarda SGK'nın sigortalıyı yanlış bilgilendirmiş olması dikkate alınmaksızın, Kurumun red işleminin mevzuata uygun olduğu durumda tazminat talepleri reddedilmektedir. Yargıtay'a göre “her ne kadar davacı Kurumun kendisini yanlış bilgilendirmesinden ötürü aylığı geç aldığını iddia etmekte ise de herkes kendi durumunu bilebilecek durumda olup kimsenin kendi hatasından yararlanması düşünülemez”. Bize göre böyle davada kusurun değerlendirilmesinde işlemin mevzuata uygun olup olmadığından değil, Kurumun sigortalıyı yanlış bilgilendirmesinin nedenlerinden hareket ile olmalıdır.

Bu çalışmada sigortalı ile Kurum arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ile buna bağlı olarak Kurumun özen ve bilgilendirme yükümlülüklerinin kapsamı incelendikten sonra, sigortalıların bu yükümlülükler aykırı Kurum işlemleriyle ilgili olası talepleri ortaya konulacaktır.

II. İdare Hukuku Nitelikli Bir İlişkide Sorumluluğun Özel Hukuk Hükümlerine Göre Belirlenmesi

Kurum, işveren ve sigortalı taraflarından oluşan sosyal sigorta ilişkisi hakkında 5510 sayılı Kanunun 92. maddesi uyarınca zorunluluk ilkesi geçerlidir. Bunun anlamı, mevzuatta düzenlenen hak ve yükümlülüklerle ilişkin özel hukuktaki irade serbestisinin aksine her üç tarafın mevzuattaki şartların dışında bir tasarrufta bulunmalarının mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla sosyal sigorta ilişkisinin idare hukuku nitelikli bir hukuki yapı olduğundan söz edilir¹. Buna karşın Kurum tarafından yanlış bilgilendirdiği için yaşlılık aylığı tahsis talepleri reddedilen sigortalıların maddi ve manevi tazminat talebiyle açtıkları davalarda Yargıtay, Kurumun sorumluluğu açısından yanlış bilgilendirmeyi haksız fiil olarak nitelendirmektedir². Özel hukuka dahil Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiil sorumluluğunun, idare hukuku nitelikli sosyal sigorta ilişkisinde Kurumun sigortalılara karşı sorumluluğuna ilişkin uygulanabilirliği haklı olarak sorgulanabilir.

1. Kurumun özen ve bilgilendirme yükümlülüğünün kaynağı

Kurumun özen ve bilgilendirme yükümlülüğünü ihlali durumunda hukuki sorumluluğunun ne surette belirleneceği, sosyal sigorta ilişkisinde bu yükümlülüklerin hukuki dayanakları ile doğrudan ilişkilidir. Ülkemizde sosyal sigortalar hukukunun temel düzenlemesi olan 5510 sayılı Kanun incelendiğinde sadece işveren ve sigortalıların değil, Kurumun da hak ve yükümlülüklerinin emredici bir yapıda düzenlendiği görülür. Ancak 5510 sayılı Kanun düzenlemelerinde Kurumun işveren ve sigortalılar hakkındaki işlemlerinde özen yükümlülüğü ve onları bilgilendirmesi hakkında açık bir hüküm yoktur. Mevzuatımızda Kurumun özen ve bilgilendirme yükümlülüğünün kaynağı 5502 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu iken³, 2018 yılında büyük oranda bu Kanunun yerini alan 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin⁴ 403 vd. maddeleri olmuştur. Kararnamenin ilgili hükümleri 5502 sayılı Kanundaki düzenlemelerin hemen hemen tekrarı niteliktedir.

¹ Sosyal sigorta ilişkisinin hukuki niteliği hakkında bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 2021, s. 68; Sözer, 1991, s. 19-22; Centel, s. 10; Tuncay/Ekmeççi, s. 98; Doğan, 1993, 328; Brodil/Windisch-Graetz, 2021, s. 19.

² Yargıtay'ın konuyla ilgili tüm kararlarında Hukuk Genel Kurulunun 1999 tarihli kararına dikkate alınacak ilkeler olarak işaret etmektedir: "Davalı Kurumun davacıya yaşlılık aylığı bağlanabileceğini bildirmesi üzerine, bu bildirimde güvenerek davacı işinden ayrıldığı için ve Kurum bilahare hesabı yanlış yaptığını ve aylık bağlanamayacağını bildirmesi nedeniyle, davacının işinden ayrılıp işsiz kalmasından dolayı Kurumdan gerçek zararını istemesi mümkündür. Zira, Kurumun eylemi sigortalı yönünden haksız fiil teşkil eder", HGK 8.12.1999 E. 1999/10-995 K. 1999/1011

³ RG. 20.05.2006, 26173.

⁴ Bakanlıklar Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 15.07.2018, 30479.

Kararnameye göre Kurumun görevlerinden biri de “Hizmet sunduğu gerçek ve tüzel kişileri hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirmek, haklarının kullanılmasını ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak”tır (m. 405/2, b). Burada açıkça bilgilendirmeden söz edilmiştir, diğer yandan “haklarının kullanılmasını ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak” görevinin Kurumun sigortalılara ve işverenlere karşı işlemlerinde özen yükümlülüğünü içerdiğinden tereddüt edilmez. Kurumun sosyal sigorta ilişkisinin sigortalı ve işveren taraflarının hakları ile yükümlülükleriyle ilgili işlemlerini kolaylaştırması, mevzuat hükümlerini uygularken azami özenini gerektirir⁵.

Bilgilendirme yükümlülüğüne Kurumun görevleri maddesinden başka, Kararnamenin devamında Kurumun alt birimleri olan Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğünün (m. 414/1, g), Sigorta Primleri Genel Müdürlüğünün (m. 415/1, d) ve Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğünün (m. 416/1, c) görevleri olarak da ayrıca yer verilmiştir. Genel olarak Kurumun bir görevi, Kurum organizasyonundaki tüm alt birimlerin de görevi anlamına geldiği halde, Kararnamede sigortalıların ve işverenlerin hak ve yükümlülükleriyle ilgili doğrudan işlem muhatabı olan bu birimlerin görevleri arasında bilgilendirmeye tekrar yer verilmesi, uygulamada bilgilendirmenin gereklerine uygun biçimde ifa edilmesini güvence altına almak içindir.

Bu şekilde emredici bir hükümde Kurumun işlemlerinde özen ile muhataplarını bilgilendirme yükümlülüğünün kabulü, yukarıda girişte işaret edilen sosyal sigortalar mevzuatının karmaşıklığıyla ilgilidir. Çünkü bu alanda yapılacak hatalar, doğrudan insan hayatına temas etmektedir. Sigortalıların ve işverenlerin sosyal sigorta hak ve yükümlülükleriyle ilgili doğru adımları atabilmeleri, Kurumun aktif yönlendiriciliğinin olmadığı durumda neredeyse imkansızdır. Her ne kadar Yargıtay 21. Hukuk Dairesi bir kararında “Davalı Kurumun, davacıya yanlış bilgi vermekle kusurunun bulunduğu açık olmakla birlikte, davacının da yasaı bilmemesi mazeret sayılmaz”⁶ gerekçesiyle Kurum ile sigortalı eşit derecede kusurlu kabul edilmişse de bize göre sosyal sigorta mevzuatının uygulanışında “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” genel ilkesi diğer hukuk dallarında olduğu derece katı dikkate alınmaz. Kanun koyucu uygulamada sosyal sigorta mevzuatının sorunsuz işleyişindeki güçlüğü farkındadır ki bir yandan Kuruma sigortalıları ve işverenleri bilgilendirme yükümlülüğü getirmiştir. Hukuk Genel Kurulunun 1999 tarihli kararındaki “... yasal yükümlülüklere uyulmaması nedeniyle oluşan yanlış işlemlerin sigortalı tarafından fark edilip giderilmesini beklemek, bu anlamda uzman kuruluşa rağmen sigortalının hataları bilecek durumda olduğunu kabul etmek, hakkaniyete uygun bir yaklaşım olarak kabul edilemez” isabetli

⁵ Sözer, 2021, s. 176.

⁶ Y21HD 09.02.2012 E. 2010/5547 K. 2012/1342.

tespiti, Kurumun bilgilendirme gereğine işaret eder. Ve maalesef aşağıda ayrıca incelenecek olan, borçlar hukukunun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel esaslarından ayrılarak, Kurumun kendi hatasından kaynaklanan yersiz ödemeleri dahi rücu edebilmesinin kabulü (5510 sK m. 96/1, b) ancak Kurumu koruma saiki ile açıklanabilir.

2. Yükümlülüklerin konusu ile kapsamı

Mevzuatımızda Kurumun özen yükümlülüğü dolaylı ve bilgilendirme yükümlülüğü de doğrudan ifade edilmişse de özellikle bilgilendirme açısından konusu ile kapsamı hakkında bir açıklık yoktur. Konuyla ilgili yabancı ülkeler hukukları incelendiğinde isabetli bazı örneklerle rastlanmaktadır. Bu kapsamda Alman sosyal sigortalar sisteminin genel esaslarını düzenleyen SGB I hükümlerine işaret etmek isteriz. Kanunda ardı ardına maddeler olarak halkı bilgilendirme (§ 13), danışma (§ 14) ve bilgilendirilme (§ 15) yükümlülüklerine yer verilmiştir.

Halkı bilgilendirme yükümlülüğü belirli bir muhatabı olmaksızın, kamuoyunun sosyal sigorta sisteminin temel konularında, örneğin yaşlılık aylığı bağlanması koşulları, analık sigortasından sağlanan edimler gibi, mevzuat değişikliği gibi durumlarda bilgilendirilmesidir, yoksa belirli bir kişinin subjektif hak alanını ilgilendirmez⁷. Bilgilendirmenin muhatabı bütün halktır, dolayısıyla bilgilendirme Kurumun internet sayfası, basılı broşürler, televizyon ve radyo yayınları vb. kanallar ile yapılabilir. Danışma ve bilgilendirilme yükümlülükleri, halkın bilgilendirilmesinden farklı olarak genel değil kişilerin bireysel durumlarına ilişkindir. Bilgilendirilme işlev olarak, halkın bilgilendirilmesinde olduğu gibi sosyal sigortalara ilişkin konularda, somut bir işlem bağlamında olmaksızın aydınlatmayı, yönlendirmeyi içerir. Halkın bilgilendirilmesi bütünüyle Kurumun tasarrufundadır ancak bilgilendirilme ise sigortalıların ve hak sahiplerinin doğrudan Kuruma yönelttikleri talepleri üzerine gerçekleşir.

Danışmada ise sigortalı ya da hak sahiplerinin belirli bir hak ya da yükümlülükle ilgili kendi somut koşulları bağlamında durumuyla, yapması gerekenlerle ilgili yönelttiği bir sorunun cevaplanması söz konusudur⁸. Aşağıda incelenen Kuruma karşı maddi ve manevi tazminat talepli davalara ilişkin Yargıtay kararlarına konu olan olaylar, Kurumun Alman hukukundaki deyimi ile danışmanlığı faaliyetinde ilgilileri hatalı bilgilendirmesi, yönlendirmesi şeklinde cereyan etmiştir.

Bu ülkede sigorta kurumunun danışma ve bilgilendirilme yükümlülükleriyle ilgili kusurlu davranışlarından olumsuz etkilenen kişilerin düzeltme talep hakkı içtihat hukuku ile kabul edilmiştir. Düzeltmede, yanlış işlem ade-

⁷ Schmidt, in HB FA Sozialrecht Kap. 1 Rdn. 5-6.

⁸ Schmidt, in HB FA Sozialrecht Kap. 1 Rdn. 10.

ta hiç yapılmamışçasına olması gereken duruma iade söz konusudur. Keza Alman Medeni Kanununun (BGB) haksız fiile ilişkin bölümünde, kamu görevlilerinin görevlerini ifada kasten ya da ihmal ile verdikleri zararlardan sorumlulukları düzenlenmiştir (§ 839). Buna göre sigorta Kurumun bilgilendirme ve danışma faaliyetlerinde hatalı işlemler ile ilgililerin bir zararına neden olmaları durumunda, ortaya çıkan zararın giderimi özel hukuktaki sorumluluk nedenlerinden biri olan haksız fiil hükümlerine göre yapılmaktadır⁹.

Türk sosyal sigorta mevzuatında bilgilendirme yükümlülüğüne yer verildiği halde, yükümlülüğüm kapsamında ilgili bir açıklık yoktur. Bu konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme şeklinden hareket ile bir yorumda bulunabiliriz. Kararnamede ilkin genel olarak Kurumun görevleri arasında bilgilendirme yükümlülüğüne yer verildikten sonra, devamında Kurumun Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün "Sigortalı ve hak sahiplerini sosyal güvenlik mevzuatından doğan hakları ve ödevleri konusunda bilgilendirmek", Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün "İşverenleri sosyal güvenlik mevzuatından doğan hakları ve ödevleri konusunda bilgilendirmek" ve Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü'nün de "Genel sağlık sigortalıları ile hak sahiplerini ve işverenleri genel sağlık sigortası mevzuatından doğan hakları ve ödevleri konusunda her türlü iletişim araçları ile bilgilendirmek" ile görevli oldukları düzenlenmiştir. Kurumun her bir Genel Müdürlüğü özetinde birbirinin tekrarı niteliğindeki bu hükümlerden, 5510 sayılı Kanun ile ilgili mevzuatta o Genel Müdürlüğün sorumluluk alanını ilgilendiren düzenlemeler, dolayısıyla sigortalının yahut işverenin bilgilendirilmesi gereken konuların kapsamını oluşturur. Örneğin Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü bakımından 5510 sayılı Kanunun 60-78, Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü için de 79 vd. düzenlemelerindeki konular sigortalıları ve diğer ilgilileri bilgilendirmeleri gereken hususlardır.

Alman hukukundaki halkın bilgilendirilmesi, sigortalı ya da diğer ilgililerin talepleri üzerine bilgilendirmesi ve danışma ayrımlarına karşın mevzuatımızda salt bir bilgilendirmeden söz edilmiştir. Düzenleme tarzı itibarıyla bir açıklık yoksa da Kuruma bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesi amaçları dikkate alındığında, bunun Alman hukukundaki tüm alternatifleri kapsadığı sonucuna ulaşılır. Buna göre bilgilendirme yükümlülüğü, Kurumun hem mevzuat değişikliklerinde yayımlayacağı genelgeler, tv ve radro kamu spotları, internet portalı, basılı broşürler ve elverişli tüm kanallardan kamuoyunu bilgilendirmesini hem de sigortalı ya da işverenlerden gelecek genel yönlendirilme yahut somut bir sorunla ilgili yöneltilecek sorunun yanıtlanması taleplerinin karşılanmasını gerektirir.

⁹ Schmidt, in HB FA Sozialrecht Kap. 1 Rdn. 21-23.

3. Sosyal sigorta mevzuat boşluklarının özel hukuk ile doldurulması

Sosyal sigorta mevzuatında açıkça Kurumun bilgilendirme yükümlülüğü düzenlendiği halde, bu yükümlülüğün kusurlu biçimde ihlali durumunda uygulanacak yaptırımlar konusunda bir açıklık yoktur. Sosyal sigortalar hukukunun idare hukukuna dahil olduğu, sosyal sigorta ilişkisinin bir idari borç ilişkisi niteliğinde bulunduğu ortak görüşü dikkate alındığında, bilgilendirme yükümlülüğünün Kurum tarafından ihlalinde uygulanacak yaptırımların idare hukukundaki hizmet kusuru esaslarına göre belirlenmesi, ilk akla gelir. Ancak Yargıtay konuyla ilgili açılan tazminat davalarında somut bir gerekçe ortaya koymaksızın Kurumun haksız fiil sorumluluğundan hareket ile değerlendirmekte bulunmaktadır. Yukarıda incelenen Alman Medeni Kanun'u § 839 benzeri bir hüküm Türk Borçlar Kanunu'nda olmadığından, konunun özellikle incelenmesi gerekir.

4 sayılı Kararnamenin 403/2. maddesi "Bu Bölümde Kuruma görev ve yetki veren diğer mevzuatın hükümlerini uygulamak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî açıdan özerk, 5502 sayılı Kanunda ve bu Bölümde hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tabi Sosyal Güvenlik Kurumu kurulmuştur" hükmünü amirdir. Bu madde hukuk tekniği açısından istisnai, özel bir düzenlemedir. Çünkü kamu tüzel kişiliğini haiz bir kurum, hukuki statüsü bakımından işlemlerinde idare hukukuna tabidir, ilgili mevzuatta düzenlenmeyen hususlarda genel idare hukuku esaslarına tabi olur. Sosyal Güvenlik Kurumunun ilgili özel mevzuatta açıkça düzenlenmeyen konularda özel hukuk hükümlerine tabi olması, sosyal sigorta ilişkisinin hukuki niteliğiyle ilgilidir. Sosyal sigorta ilişkisi hukuken bir idare hukuku borç ilişkisidir¹⁰ ancak faaliyet konusu olarak sosyal risklere karşı özel hukuktaki sigorta tekniğine dayalı güvence amacı nedeniyle özel hukuk ile yakından ilişkilidir. Bu ilişki, modern hukukta sosyal güvenliğin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesine neden olmuştur.

Kurumun kuruluş maddesinde özel hukuk hükümlerine yapılan bu atıf, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali sonucu sigortalı ve işverenlerin uğradıkları zararların tazmininde Borçlar Kanunu'na başvurulmasına imkan verir. Her ne kadar 6098 sayılı Kanunda Alman Medeni Kanun'u § 839 benzeri bir hüküm yoksa da idare hukuku borç ilişkisi nitelikli sosyal sigorta ilişkisinin tarafları arasında bir özel hukuk sözleşmesel ilişkisinden söz edilemeyeceğinden¹¹, Kurumun sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesi gerekir.

¹⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 68; Tuncay/Ekmekçi, s. 98; Sözer, 1991, s. 20; Doğan, 1993, s. 429.

¹¹ Sosyal sigorta ilişkisi sözleşmeler hukukundaki gibi icap-kabul ile emredici kanun hükümleri gereği mevzuattaki koşulların gerçekleşmesi ile kendiliğinden doğduğundan, bu ilişkiye sözleşmeler hukukunun uygulanması olanaklı değildir.

Kurumun sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine göre değerlendirilmesi, Borçlar Kanunundaki hükümlerin sosyal sigorta ilişkisinin idari sözleşme niteliğine uygun olduğu ölçüde yapılmalıdır. Örneğin sosyal sigortalar hukukunda geçerli zorunluluk ilkesi gereği sosyal sigortalar kamu düzenini ilgilendirdiğinden, haksız fiilde zarar görenin, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat etmesi yükümlülüğünün uygulanışında (TBK m. 50), HMK 25. maddedeki genel kural delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi değil, resen araştırma ilkesi geçerli olacaktır.

III. Bilgilendirme Yükümlülüğünün İhlali Nedeniyle Uğranılan Zararların Tazmini

“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür” (TBK m. 49/1). İstisna nitelikteki bazı Yargıtay kararlarında geçen “her ne kadar davacı Kurumun kendisini yanlış bilgilendirmesinden ötürü aylığı geç aldığını iddia etmekte ise de herkes kendi durumunu bilebilecek durumda olup kimsenin kendi hatasından yararlanması düşünülemez” tespiti¹² dikkate alındığında, Kurumun hatalı bilgilendirmesinin haksız fiilin hukuka aykırı ve kusurlu bir davranış olma unsuru bağlamında ayrıca bir incelemeyi gerektirmektedir.

Ayrıca incelenmesi gereken bir konu da hatalı bilgilendirme nedeniyle ortaya çıkan zararın kapsamıdır. Çünkü uygulamada zarar olarak mahrum kalınan emekli aylığı gibi sigorta edimleri talep edildiği halde, Yargıtay müspet zarar yaklaşımı ile hatalı bilgilendirme ertesinde kişinin kendisine Kurum tarafından aylık bağlanacağı inancı ile attığı adımların sonucu mahrum kaldığı haklar olarak, belirli süreli iş sözleşmelerinin işverence haksız feshi halinde talep edilebilecek bakiye süre tazminatı ile benzer ele almaktadır.

1. Yanlış bilgilendirmenin hukuka aykırı fiil niteliği

Yukarıda incelendiği üzere mevzuatta Kuruma bilgilendirme yükümlülüğü yüklenmesi ile amaç, sigortalıların ve hak sahiplerinin mevzuattan doğan haklarını efektif biçimde kullanmaları ve yükümlülüklerini de doğru biçimde yerine getirmelerinin kolaylaştırılmasıdır. Buna göre Kurumun bilgilendirmesi çoğu durumda ilgilinin mevzuat kapsamındaki talebinin, işleminin öncüsü olmaktadır. Haksız fiil olarak hatalı bilgilendirmede maddi unsurunun ne olduğunun tespiti, bilgilendirme ve bunu takip eden Kurum işleminin birbirlerinden farklı, bağımsız olmalarının dikkate alınmasını gerektirir.

Kurumun hatalı bilgilendirmesi ertesinde, bu bilgilendirmeyi esas alarak Kuruma aylık tahsis talebinde bulunan ve talepleri bilgilendirmenin hatalı yapıldığı, tahsis şartlarını karşılamadığı gerekçesi ile reddedilen sigortalıla-

¹² Y21HD 22.10.2015 E. 2014/25214 K. 2015/19047.

rın ve hak sahiplerinin açtıkları tazminat davaları hakkında, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin hatalı bilgilendirmenin varlığını göz ardı eden, Kurumun red işleminin somut maddi ve hukuki koşullarda hukuka uygunluğunun araştırılmasını kabul eden kararları vardır. Örneğin 21.05.2008 tahsis talebinin reddi gerekçelerini dikkate alarak yaptığı 16.07.2009 tarihli ikinci tahsis talebi de bu defa başka gerekçelerle reddedilen davacı sigortalının açtığı tazminat davasında Yüksek Mahkeme “her ne kadar davacı Kurumun kendisini yanlış bilgilendirmesinden ötürü aylığı geç aldığını iddia etmekte ise de herkes kendi durumunu bilebilecek durumda olup kimsenin kendi hatasından yararlanması düşünülemez. Yapılacak iş; davalı Kurumdan davacının sigortalılık sürelerindeki farklılıkların nerden kaynaklandığı sorulup, 16.07.2009 tarihli tahsis talebine istinaden yaşlılık aylığı şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmeli, şayet davacının aylık şartları oluşmuş olmasına rağmen ek prim ödemeye zorlanmışsa ancak bu nedenle uğradığı zararı giderebileceğinden” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Buna göre Yüksek Mahkeme Kurumun hatalı bilgilendirmesini, sigortalının kendi maddi koşullarını ve tabi olduğu hukuki şartları bilebilecek durumda olması nedeniyle haksız fiil olarak değerlendirmemekte, aksini kabulün sigortalının kendi kusurundan menfaat elde etmesi anlamına geleceğini vurgulamaktadır. Yargıtay’ın bu yaklaşımında şayet Kurumun red işlemi hukuka uygun ise, sigortalının öncesinde hatalı bilgilendirilmiş olması haksız fiil oluşturmaz. Oysa hatalı bilgilendirme nedeniyle tazminat talepli davalarda, sigortalının zararına neden olan haksız fiil Kurumun tahsis talebini reddetmiş olması değil, sigortalıyı reddedilen talebini yapmaya yönlendiren hatalı Kurum bilgilendirmesidir. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında tartışılmıştır. Bazı Kurul üyelerinin isabetli “davanın kurumun hatalı işleminden kaynaklanan tazminat davası olduğu bu sebeple dava şartlarının tazminat davası koşulları yönünden değerlendirilmesi gerekirken ölüm aylığı koşulları yönünden değerlendirilme yapılmasının yerinde olmadığı” itirazına karşın, Kurul çoğunluğu hatalı bilgilendirmeyi değil ertesindeki Kurumun red işleminin hukuka uygunluğunu denetlemiştir¹³.

Kurumun yanlış bilgilendirmesi sonucu haklarını kullanamayan yahut yükümlülüklerini mevzuata uygun biçimde ifade edemeyen kişi bakımından artık Kurumun hukuka aykırı bir fiilinden söz edilir. Burada çıkış noktası, mevzuatta Kuruma sigortacı olarak verilen görevleri yerine getirmek dışında sigortalıları bilgilendirmesi, bilgilendirmenin konusu sigortalılık işlemlerinden bağımsız bir görev olarak yüklenmiştir. Hatalı bilgilendirme ertesinde, Kurumun bilgilendirmesine güvenerek, bunu esas alarak Kurumdan işlemde bulunmasını talep eden sigortalı açısından zarara neden olan eylem, talebinin reddedilmiş olması değildir, Kurum zorunluluk ilkesi gereği önceki yanlış

¹³ YHGK 20.04.2016 E. 2014/21-817 K. 2016/531.

bilgilendirmesine dayanarak daha sonra mevzuattaki şartlara aykırı işlem tesis edemez. Sigortalının zararına neden olan fiil, kendisini Kurum tarafından reddedilen işlemi talebe sevk eden hatalı bilgilendirmedir.

Bilgilendirmenin sigortalı ve diğer ilgiler açısından borçlar hukuku anlamında bir haksız fiil oluşturması, bunun hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Bilgilendirmenin hukuka aykırılığı ise, kanun koyucunun bilgilendirmeden olan amacından anlaşılır. Kanunun lafzına göre bilgilendirmenin amacı, Kurum hizmet sunduğu gerçek ve tüzel kişilerin haklarını kullanılmalarının ve yükümlülüklerini yerine getirmelerinin kolaylaştırılmasıdır. Tersinden Kurum hatalı bilgilendirme ile ilgililerin haklarını doğru zamandan önce kullanmak istemelerine neden olursa yahut sigortalının azami derecede lehine olacak şartlara yönlendirmez ise bilgilendirme hukuka aykırıdır, dolayısıyla yanlış bilgilendirilen açısından haksız fiil oluşturur.

2. Hatalı bilgilendirmede kusur

Haksız fiilin maddi unsuru olarak hukuka aykırı fiilin tamamlayıcısı, manevi unsur olarak fiili gerçekleştiren tarafın kusurlu olmasıdır. Kusur hem haksız fiilin bir unsurudur hem de tazmin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde öncelikli faktördür. Kanuna göre “Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle de kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler” (m. 51). Bu nedendir ki “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır” (m. 50).

Sosyal sigorta ilişkisinde Kurumun hak ve yetkileri gözetildiğinde, gerekçesi ne olursa olsun bilgilendirilen tarafın kast ya da ihmal ile Kurumu yanıltıcı bir yönlendirmesinin bulunmadığı her durumda¹⁴, yanlış bilgilendiren Kurum kusurlu kabul edilir. Kurumun kasten hatalı bilgilendirmesi hayatın olağan akışına aykırı bir ihtimaldir, uygulamada karşılaşılmaması beklenmez. İhmalin derecesi açısından ise Kurumun sosyal sigorta ilişkisinde mevzuatta tanınan hak ve yetkileri itibariyle belirleyici, otorite konumu ve buna bağlı özen yükümlülüğü dikkate alınmalıdır.

Her ne kadar Yargıtay’ın bir kararında yanlış bilgilendirilen tarafın kendi durumunu bilebileceği, yasayı bilmemesinin mazeret sayılmayacağı gerekçesiyle Kurum ve sigortalıyı eşit derecede kusurlu kabul eden değerlendirmesi¹⁵ varsa da bu istisnadır, içtihat olarak uygulama isabetle Kurumun sos-

¹⁴ Aksine Kurumun hatalı bilgilendirmesi ve işlemde ilgilinin ağır ya da hafif ihmali etkili oldu ise, “Kurum araştırırsa idi fark edebilirdi” gibi bir gerekçe ile sorumlu tutulması hakkaniyete uygun düşmez. Örneğin “hak sahibi davacılar çift ölüm aylığı bağlanamayacağı ve dolayısıyla yersiz aylık ödemesi yapıldığı taraflar arasında uyumsuzluk dışı olup, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun yürürlüğünden önce her iki sosyal güvenlik kurumuna başvurarak kendilerine, üstelik çakıştığı için kısmen iptal edilmesi gereken hizmetlere karşın çift ölüm aylığı bağlatan davacıların kusurlu davranışlarının varlığı belirgin olduğu gibi iyi niyetlerinden edilemeyecektir”, Y10HD 12.02.2015 E. 2014/13518, K. 2015/1973.

¹⁵ “Gerçekten yaşlılık aylığının yasal koşulları 506 sayılı Yasa’nın 60. ve geçici 81.maddesinde açıkça belirtilmiştir. Davalı Kurumun, davacıya yanlış bilgi vermekle kusurunun bulunduğu

yal sigorta ilişkisindeki uzman konumundan hareket iledir. Yargıtay'a göre (hatalı bilgilendirme ilişkin) "... konu hakkında sigortalıyı bilgilendirme gereğini yerine getirmeksizin; başlıca görevi olan sigortalılık bilgilerini düzenli şekilde kayda geçirmek, aylık bağlama işlemini de aynı titizlik içinde yürütme yükümlülüğüne aykırı davranmıştır. Yanlış işlemlerin, sigortalı tarafından fark edilip giderilmesini beklemek, bu anlamda uzman kuruluşa rağmen, sigortalının hataları bilecek durumda olduğunu kabul etmek, hakkaniyete uygun bir yaklaşım olarak kabul edilemez"¹⁶.

Yargıtay'ın bu değerlendirmesi isabetlidir. Kurumun hatalı bilgilendirmesinin kaynağı, Kurum adına bilgilendirmeyi gerçekleştiren personelinin özen yükümlülüğüne aykırı hareket ile ihmalden gerçekleşir. Yargıtay kararlarına yansıyan bazı olaylarda¹⁷ bilgilendirmedeki hatanın nedeni olgu hakkında sigortalının Kuruma açıkça yazılı beyanda bulunduğu, Kurum ilgilinin bu beyanını dikkate alsa idi doğru bilgilendirmede bulunacağı durumlarla dahi karşılaşılmaktadır. Böyle bir durumda Kurumun tazmin sorumluluğunun kapsamı açısından ağır kusurlu olduğundan tereddüt edilmemelidir.

Haksız fiil nitelendirmesi bakımından kusurun derecesinin bir önemi yoktur, kusurun derecesi tazminat sorumluluğunun kapsamının bakımından önemlidir. Ancak Kurumun tüm bilgilere erişim imkanı gözetildiğinde, tazminat sorumluluğunun kapsamı açısından her hatalı bilgilendirmede Kurum ağır kusurlu kabul edilmeli, zararın tamamından sorumlu kabul edilmelidir. Yargıtay'ın isabetle belirttiği üzere "Kurumun, davacıya yaşlılık aylığı bağlanabileceğini bildirmesi üzerine, buna güvenerek işinden ayrılan ve işlemlerde yanlışlık yapıldığı için aylık talebinin iptaline yönelik bildirim sonucunda, işinden ayrılarak işsiz de kalmış olan sigortalının, Kurumdan bu işlemde kaynaklı gerçek zararının tazminini istemeye hakkı vardır".

açık olmakla birlikte, davacının da "yasayı bilmemesi mazeret sayılmaz." Öte yandan davacı yaşlılık aylığı alamadığı dönemde eski işinden başka bir işyerinde çalışmak konusunda çaba sarfettiğini de kanıtlayamamıştır. Bu durumda maddi zararın doğumunda ihmalinin olduğu, diğer bir ifadeyle müterafik (bölüşük) kusurunun bulunduğu ortadadır. Şu halde maddi zarar tutarından Borçlar kanunu 44. maddesi uyarınca uygun bir indirim yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde istemin kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir" Y21HD 09.02.2012 E. 2010/5547 K. 2012/1342.

¹⁶ Çok sayıda karardan biri Y10HD 06.03.2015 E. 2014/13778 K. 2015/3997.

¹⁷ Örneğin "Sigortalı K3, 03.10.2005 tarihli dilekçeyle emekliliğe hak kazanıp kazanmadığını sormuş; 07.12.2005 tarihli dilekçesinde ise kendi adıyla aynı isimli kişiye ait olarak görünen Bağ-Kur sigortalılık süresinin kendisine ait olmadığını, hizmetlerinin buna göre belirlenmesini istemiştir. 06.01.2006 tarihli Kurum yazısında ise, işten ayrılarak yazılı talepte bulunması halinde, yaşlılık aylığı bağlanabileceği bildirilmiştir. Ancak, davacıya ait olduğu kabul edilen sigorta sicil numaralarından bir kısmının aynı adlı başka bir sigortalıya ait olduğunun sonradan belirlenmesi üzerine, aylıklar iptal edilerek, 15.02.2006-16.04.2007 tarihleri arasındaki dönemde yersiz ödenen yaşlılık aylığının geri alınması için takibe geçilmiştir" Y10HD 20.10.2009 E. 2009/11103 K. 2009/15867.

3. Zararın ispatı ile tazminat tutarı

Kurumun hatalı bilgilendirmesiyle ilgili açılan tazminat davalarında en çekişmeli husus zararın belirlenmesi konusudur. Bu konuda uygulamada çekişmelere neden olan, zararın hatalı bilgilendirme ile eş zamanlı olarak değil, bilgilendirme esas alınarak yapılan tahsis taleplerinin Kurum tarafından reddi üzerine ortaya çıkmasıdır. Ancak burada zararın reddedilen emeklilik aylığı ya da gelir olmadığına dikkat edilmelidir çünkü aylık ve gelirlerin tahsis koşullarıyla ilgili Kurumun bir tasarrufu mümkün olmayıp, her halükârda mevzuattaki şartların karşılanması gerekir.

Yanlış bilgilendirilen kişilerin zararı, Kurumun kendisine bilgilendirme-deki şartlarda aylık tahsis edeceği inancı ile attığı adımların sonucudur. Kanundaki aylık tahsis koşulu olarak işten ayrılma, zararın kaynağıdır. Mevzuatta tahsis koşulu olarak işten ayrılma şartı olmasa idi Kurumun hatalı bilgilendirdiği ve akabinde tahsis taleplerini reddettiği kişilerin, bir zararından söz edilemezdi. Çünkü burada zarar kişinin Kurum doğru bilgilendirse idi içinde bulunacağı durum ile yanlış bilgilendirmesi sonucu içinde bulunduğu durum arasındaki farktan oluşur¹⁸. Bu fark ise, emeklilik amacı ile işinden ayrılan kişinin yoksun kaldığı gelirdir. Yoksun kalınan gelirin, bağlanacak emekli aylığı ile karıştırılmaması gerekir.

Yanlış bilgilendirilen kişi çalışmıyorsa ya da Bağkur sigortalılığında olduğu üzere yaşlılık aylığı tahsis talebine rağmen gelir getirici faaliyetini kesintisiz sürdürebiliyorsa, hatalı bilgilendirmenin sonucu bir zararından söz edilemez.

Yargıtay'a göre "... zararın hesaplanma yönteminde Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi uyarınca çalışmamaktan dolayı tasarruf edilen giderler (ulaşım, giyim ve somut çalışma ilişkisine göre araç, gereç ve malzeme giderleri gibi) ile sigortalının kazanmaktan kasten kaçındığı gelirler sebebiyle hesaplanacak zarar miktarından uygun bir oranda hakkaniyet indirimi de yapılması gerekirken, yazılı şekilde, yaşlılık aylığını alamadığı dönemdeki ücret ve ikramiye bedeli gözetilerek ... maddi tazminata hükmedilmesi" gerekir¹⁹. Yargıtay'ın tazminatın tutarı açısından bakiye süre tazminatına dair esaslardan hareket etmesi isabetlidir, tazminat hukukunun genel ilkelerinden tazminatın zenginleşme aracı olmaması ile uyumludur.

Hatalı bilgilendirilen sigortalı, Kuruma aylık tahsisi talebi için attığı adımların sonucu mevcut gelirinden mahrum kalmakta ise de mahrum kalınan tutarın tamamı zarar değildir²⁰. Çünkü işten ayrılan kişinin yeni yaşam

¹⁸ Ekmekçi, 2011, s. 401-403, Sözer, 2012, s. 176.

¹⁹ Y10HD 13.11.2018 E. 2016/10525 K. 2018/9300.

²⁰ "Zararın hesaplama biçimine gelince; davacı işten ayrıldığı tarihten, yaşlılık aylığı hak ettiği tarihe kadar eski işinde çalışmamaktan kaynaklanan gerçek zararını Kurumdan isteyebilir.

koşulları, çalıştığı dönemden farklıdır, ulaşım gibi belirli konularda giderlerden kurtulmuştur. Keza Kurum tarafından tahsis talebi önceki bilgilendirmenin hatalı olduğu gerekçesi ile reddedilen kişinin bu amaçla ayrıldığı işine dönmesi, yeni bir işte başlaması yahut diğer gelir getirici bir faaliyette bulunarak kazanç imkanı varsa, kazanç imkanı miktarınca zarardan kurtulduğu, hatta daha yüksek gelir elde edebildiği durumda bir zararının bulunmadığı söylenir. Buna göre hatalı bilgilendirme ertesinde tahsis talebinin reddi tarihinden, ileride tüm şartların karşılanarak yeniden tahsis talebi ile aylığın bağlandığı tarihe kadar olan dönemde kişinin varsa gelirleri mahsup ile dikkate alınır, fiilen geliri bulunmamakla birlikte kişinin kazanmaktan kasten kaçındığı gelirler varsa, hesaplanacak zarar miktarından uygun bir oranda hakkaniyet indirimi yapılır.

4. Manevi tazminat

Yargıtay'ın Kurumun hatalı bilgilendirmesi nedeniyle açılan tazminat davalarında maddi tazminata ilişkin isabetli yaklaşımın aksine, manevi tazminat talepleri kategorik olarak reddedilmekte, manevi tazminatın niteliği gereği yapılması gereken hakim somut olay özelindeki denetiminin, takdirinin önü kapatılmaktadır. Yargıtay'a göre "Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde düzenlenen manevi tazminat, zarara uğrayanın ruhi ıstırabını dindirecek, onda huzur ve tatmin duygusu yaratmak amacıyla zarar görene ödenmesi gereken bir miktar paradan ibaret olup; ilkeleri 22.06.1966 gün ve 7/7 sayılı YİBK kararının gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Yaşlılık aylığının bağlanmaması, bir süre işsiz kalması şeklinde gerçekleşen somut olayda, Borç Kanununun 49. maddesindeki şartların oluşmadığı gözetilerek manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekir"²¹. Yüksek Mahkemenin bütün bozma kararlarında bozma gerekçesi bire bir bu şekildedir, manevi tazminatın hukuki koşullarıyla ilgili somut dava özelinde bir değerlendirmede bulunulmamaktadır. Öğretide haklı olarak eleştirildiği üzere bize göre Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımı isabetsizdir²².

Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin bölümünde iki ayrı manevi tazminat düzenlemesi vardır. Bedensel zararlarda manevi tazminatın düzen-

Kuşkusuz, gerçek zarar hesabı yapılırken net kazanç dikkate alınmalıdır. Ancak, davacının tazminat istediği tarihler arasında çalışması varsa, aldığı ücret miktarı tazminattan indirilmelidir. Ne var ki, bu işyerinden aldığı ücret ayrıldığı işyerinden aldığı ücretten az ise, aradaki fark maddi tazminatın belirlenmesinde esas alınmalıdır. Ayrıca, davacının kasten kazanmaktan feragat ettiği miktar ile çalışmamaktan dolayı tasarruf ettiği kısım için, belirlenen zarar miktarından uygun bir oranda hakkaniyet indirimi yapılması gerekir" Y10HD 13.07.2009 E. 2008/11781 K. 2009/12872

²¹ Çok sayıda karardan biri Y10HD 26.09.2011 E. 2011/8831 K. 2011/12358.

²² Ekmekçi, 2011, s. 399-400. Yazar, incelediği olay özelinde "... sigortalı, Kurumun hatalı işlemi sonucu yaşlılık aylığına yaklaşık dört yıl sonra kavuşmuştur. Kurumun sebebiyet verdiği bu 'eziyet'in huzur ve tatmin duygusu yaratmayı hak ettiği..." görüşü kuşkusuz isabetlidir.

lendiği 56. maddeye göre (mülga 818 sK m. 47) “Hakim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir”. Hukuki nitelik itibariyle Kurumun hatalı bilgilendirmesiyle ilişkili manevi tazminat istemlerinin değerlendirilmesi ise Bölümün devamındaki, genel olarak bir haksız fiil sonucu “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini talep edebilir” hükmüdür (m. 58, mülga 818 sK m. 49).

Yargıtay kararında işaret edilen 22.06.1966 tarih ve 7/7 sayılı içtihadı birleştirme kararı incelendiğinde, istihdam edenin kusursuz sorumluluğunun mülga 818 sayılı Kanunun 47. maddesi düzenlenen bedeni zarara bağlı manevi tazminatı kapsayıp kapsamadığının tartışıldığı, mülga Kanunun 49. maddesindeki (şimdi 58) manevi tazminata ilişkin herhangi bir değerlendirme içermediği görülmektedir. Aslında Yargıtay da hatalı bilgilendirmeye bağlı talep edilen manevi tazminatın hukuken 6098 sayılı Kanunun 58. maddesindeki (mülga Kanun m. 49) şartlara tabi olduğunun farkındadır. Mülga 818 sayılı Kanun dönemine ilişkin şablon kararda, içtihadı birleştirme kapsamında 47. maddeden söz edildikten sonra, 49. maddedeki koşulların gerçekleşmediği açıklanmaktadır.

Bu yaklaşım isabetli değil, her iki madde de manevi tazminatı düzenlese de konuları farklıdır, bedeni zararlara ilişkin manevi tazminat düzenlemesi manevi tazminata ilişkin özel bir hükümdür. Çünkü vücut bütünlüğü ihlal edilen kişinin duyacağı ızdırıp, herhangi bir haksız fiil sonucu kişilik hakları zedelenen kişi ile aynı olamaz. Bedeni zararlara ilişkin manevi tazminatın genel hükümden ayrı, özel olarak düzenlenmesi ile amaç, kişilik hakları arasında beden bütünlüğünün en önde gelmesi, biricik olmasıdır. Örneğin bu nedenledir ki 6098 sayılı Kanunda genel olarak haksız fiil sorumluluğunda yansıma yolu ile zarar kabul edilmediği halde, ağır bedensel ihlal durumunda yakınlarının yansıma yolu ile zarar niteliğinde manevi tazminat talep hakları kabul edilmiştir (m. 56/2).

Buraya kadar olan açıklamalardan, Kurumun olumlu bilgilendirmesi üzerine aylık tahsisi için gereken adımları atan, örneğin işten ayrılan ve bu surette hayatında yeni bir döneme hazırlanan sigortalı ya da hak sahibinin tahsis talebinin yine Kurum tarafından önceki bilgilendirmenin hatalı olduğu gerekçesi ile reddedildiği durumda, duyacağı hüsrana, az ya da çok onurunun kırılması duygusu, somut olayın gerçekleşme koşullarına bağlı olarak kişilik haklarının ihlali niteliğindedir. Burada Kurumun sosyal sigorta ilişkisinin otorite tarafı olarak özen yükümlülüğünün derecesi ve bir kamu kurumu olarak işleyişinin ve işlemlerinin hukuka uygunluğu yolunda vatandaşlardaki haklı inanç göz önünde bulundurulduğunda, tahsis talebi Kurum tarafından hatalı bilgilendirildiği için reddedilen sigortalı ve hak sahiplerinin hakimnin takdirine bağlı olarak az ya da çok manevi tazminat talep hakkı kabul edilmelidir.

Hakim manevi tazminatı takdir ederken somut olayın koşullarını dikkate almalıdır. Kurumun ağır kusuru halinde manevi tazminat tutarı daha yüksek takdir edilebilir, örneğin Yargıtay kararlarına yansıyan olaylarda olduğu üzere bilgilendirmede Kurumun hatasına neden konu hakkında, zaten sigortalı Kuruma yazılı beyanda bulunduğu halde bu hiçbir surette dikkate alınmaksızın, adeta ezbere hareket ile hatalı bilgilendirmede bulunulan haller²³. Kurumun zincirleme hatalı bilgilendirmede bulunması, Kurumun hatalı bilgilendirmesi ertesindeki süreç nedeniyle sigortalının ya da hak sahibinin tahsis koşullarının gerçekleşeceği tarihin, normal şartlarda mümkün olan tarihten çok sonraya kalarak gecikmesi ve diğer bazı özel şartlar hâkim tarafından manevi tazminatın takdirinde dikkate alınacak özellikli durumlardır.

IV. Kurumun Kendi Kusurundan Kaynaklanan Yersiz Ödemeleri Rücu

Kurum hatalı bilgilendirmesi ilgili sigortalı ya da hak sahibinin tahsis talebi tarihinde her zaman anlaşılabilir. Uygulamada ilgiliye yapılan tahsisin hatalı olduğunun Kurum tarafından yıllar sonra fark edilebildiği gözlenmektedir. Ya da önceden bir bilgilendirme aşamasından geçilmeksizin sigortalı ya da hak sahibi tahsis talebinde bulunmuştur ve Kurum ilgilinin tahsise ilişkin fiili şartlarını işlemlerinde özen yükümlülüğüne rağmen yanlış tespit ederek, hak kazanma koşullarını karşılamadığı halde tahsisi gerçekleştirmiştir. Böyle bir durumda Kurum tarafından yapılan ödemelerin yersizdir, yersiz ödemeler borçlar hukukundaki sebepsiz zenginleşme niteliğindedir ve sebepsiz zenginleşmenin ortaya çıkış şartları itibariyle ödemeyi alan kişi iyiniyetli zenginleşendir. Yukarıda hatalı bilgilendirme nedeniyle uğranılan zararların Kurum tarafından tazmininin, özel hukuk kapsamındaki haksız fiil hükümlerine göre olacağı açıklamaları göz önünde bulundurulursa, Kurumun kendi hatası ile yaptığı yersiz ödemeleri Türk Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere (m. 79 vd.) göre rücu, hukuken olasıdır.

Sosyal sigortalarda geçerli zorunluluk ilkesi, yersiz ödemenin dayanağı hatalı tahsis Kurumun kendi hatasından kaynaklansa bile, haklı güvenin korunması gibi bir hukuki gerekçe ile hatalı işleme sıhhat kazandırılmaz, hatanın anlaşılması üzerine tahsisin iptal edilmesi gerektiğinden şüphe yoktur. Tartışılması gereken, hatalı tahsis tarihi ile hatanın fark edilip işlemin iptal edildiği tarih arasındaki döneme ilişkin uygulanacak hükümleridir. Bu konu mülga mevzuattan farklı olarak 5510 sayılı Kanunda özel olarak düzenlenmiştir (m. 96/1, b). Her ne kadar ortada emredici, yorum ve kıyasa kapalı özel bir düzenleme varsa da bu hükmün olması gereken hukuk açısından doğru bir değerlendirme için borçlar hukukunun genel hükümlerine bir ön bakış gerekir.

²³ Avusturya hukukunda sigortalının sigortalılık durumuyla ilgili konularda Kurumun bir talebi olmaksızın dahi bilgi vermek yükümlülüğü vardır, Brodil/Windisch-Graetz, 2021, s. 55.

Borçlar Kanunu özel hukukun adeta anayasasıdır. Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşenin sorumluluğu ile iadenin kapsamına ilişkin genel hükmüne göre, sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür. Zenginleşen, zenginleşmeyi iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmışsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa, zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür (m. 79). Buna göre sebepsiz zenginleşen, zenginleşmede iyi iniyetli olduğu ölçüde iade borcundan kurtulur, zenginleştiği miktarın elinde kalan kısmını iade ile sorumluluktan kurtulur. Ancak şu üç halde sebepsiz zenginleşen elinde kalana bakılmaksızın, sebepsiz zenginleştiği tutarın tamamını iade etmekle yükümlüdür: (1) Kendisine yapılan kazandırmanın yersiz olduğunu daha bu tarihte farkındaysa, (2) yersiz zenginleştiği tutarı iade sorumluluğundan kurtulma saiki, başka deyişle iyiniyetli olmaksızın elinde çıkarmışsa ya da (3) somut olayın koşulları itibariyle elden çıkarma anında ileride bunu geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerektiğinin kabul edilebildiği durumlar. Sosyal sigorta ilişkisinde Kurumun kendi kusurundan kaynaklanan yersiz ödemeleri rücu hakkı sebepsiz zenginleşmeye ilişkin bu üç ihtimal bağlamında incelendiğinde, her üç ihtimal bakımından da bir iade yükümünden söz edilemez. Özellikle ülkemizin genel geçim koşulları ile aylık ve ücret tutarları dikkate alındığında, bunun harcanmasının iyiniyetli olmadığı söylenemez. Keza mevzuat gereği hatalı işlemin Kurumun özen yükümlülüğüne aykırı davranış ile kendi hatasından kaynaklandığı dikkate alınırsa, Yargıtay'ın deyimi ile "yasal yükümlülükler uyulmaması nedeniyle oluşan yanlış işlemlerin sigortalı tarafından fark edilip giderilmesini beklemek, bu anlamda uzman kuruluşa rağmen sigortalının hataları bilecek durumda olduğunu kabul etmek, hakkaniyete uygun bir yaklaşım olarak kabul edilemez".

Borçlar hukukunun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin bu genel ilkelerine rağmen, 5510 sayılı Kanunda ister yersiz ödemeyi alanın isterse de kendisinin kusurundan kaynaklansın Kurumun tüm yersiz ödemeleri talep hakkının kabulü, kusurun ve borçlar hukukunda sebepsiz zenginleşenin iyiniyetinin sadece geçmişe dönük rücu edilebilecek süre ile faiz konusunda ayırıcı unsur olması, ancak Kurumun mali açıdan korunması amacı ile açıklanır. 5510 sayılı Kanununun 96. maddesine göre yersiz ödeme ilgilinin kusurundan kaynaklandığında geçmişe dönük 10 yıl içindeki ödemelerin fiili ödeme tarihlerinden itibaren faizi ile talep edilebilirken, Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanan yersiz ödemeler ise hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, bildirimden itibaren iki yıl içinde faizsiz olarak geri alınmaktadır.

Hukuk devleti ilkesi Kurumların da vatandaşlar ile aynı esaslara tabi olmasını gerektirir. Sosyal Güvenlik Kurumunun kamu düzenini ilgilendiren

işlevi gözetildiğinde bazı konularda kamu yararı gerekçesi ile istisna, özel düzenlemeler düşünülebilir. Ancak burada Kurumun kuruluş maddesindeki açık düzenleme bulunmayan konularında özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı atfi dikkate alınmalıdır. Özel hukukta geçerli dürüstlük kuralı ile Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşmede iadeye ilişkin iyiniyeti ölçüt alan düzenlemesi karşısında, sosyal sigorta ilişkisinde otorite kullanan Kurumun kamu hizmetinde özen yükümlülüğünü ihlal etmesine rağmen karşı tarafın güveninin korunması dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz.

5510 sayılı Kanununun 96. maddesi isabetle Anayasa Mahkemesine taşınmışsa da anayasaya aykırılık itirazı reddedilmiştir²⁴: “Kural, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun uğradığı kamusal zararın giderilmesi amacıyla sebepsiz zenginleşmede geri verme konusuna ilişkin özel bir düzenleme niteliğinde olup, ilgililerin kasıtlı veya kusurlu davranışları nedeniyle kendilerine yapılan fazla veya yersiz ödemeye bağlanan sonuçları öngörmektedir. Kuralın, ilgililerin kusurlu veya kasıtlı hareketleriyle Kurum tarafından Kanun'a aykırı şekilde yapılan ödemelerin geri alınmasıyla Kurum'un gider kaybının önlenmesini ve Kurum'un aleyhine sebepsiz zenginleşmeye engel olunmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Böyle bir düzenlemenin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu da açıktır”.

Anayasa Mahkemesinin bu ret gerekçesi, konuyu salt 96/1, a hükmünde düzenlenen ilgililerin kusurlu veya kasıtlı hareketlerinden kaynaklanan yersiz ödemelerle sınırlı değerlendirmesi nedeniyle eksiktir, hatalıdır. Zaten ilgililerin kurusundan kaynaklanan yersiz ödemelerin Kurumca rücu, Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel hükümlerinin de gereğidir. Hukuken tartışılması gereken, Kurumun kendi kusuruna dayanan yersiz ödemeleri rücu hakkı olup, 96/1, b düzenlemesidir. Bu düzenlemeye ilişkin bir bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun 12.12.2019 tarih ve 2016/4384 sayılı kararına karşı yazılan karşı oy yazısı, 96/1, b hükmüyle ilgili eleştirilerimizle paraleldir: “5510 sayılı Kanununun 96. maddesi ile daha evvel Kanunda yer almayan yeni bir düzenleme getirilmiş olup, sebepsiz zenginleşmenin istirdati düzenlenmiştir. Sebepsiz zenginleşme davası hakkaniyete dayanan bir dava türüdür. Bunun doğal sonucu olarak da yanlış intibak nedeniyle iyi niyetli kişilere yapılan ödemelerin geriye alınmasında, iyi niyet temel prensiplerindedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle başvurucunun, geçmişe yönelik borç çıkartılmasına dair işlemlerin mülkiyet hakkının ihlali olduğu...”.

Sonuç

Ülkemiz koşullarında sosyal sigortalardan bağlanan aylık ve gelirlerin miktarı, çoğu durumda başka bir gelir kaynağı olmaksızın yaşamını sürdür-

²⁴ AYM 12.07.2017 E. 2017/44 K. 2017/118.

cek düzeyde değildir, bu nedenle birçoğu için emeklilik yaşamda yeni bir dönemin başlangıcı değil, ek gelirdir. Sosyal sigortalardan emeklilik ve diğer sigorta kollarından tüm edimler herkes için olmazsa olmaz bir güvencedir, bu nedenle Kurum tarafından kamusal bir hizmet olarak idare hukuku borç ilişkisi esasları ile zorunluluk ilkesinin gereklerine uygun, özenle ifası gerekir. Bu ise Kurumun tüm işlemlerinde azami derece özenini gerektirir. Özen yükümlülüğünün derecesi, ilişkinin diğer tarafları sigortalı ve işveren ile olan eşitsizlik gözetildiğinde özel borç ilişkileri ile karşılaştırılmaz. İşte mevzuatta düzenlenen Kurumun hizmet sunduğu gerçek ve tüzel kişileri hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirmesi, haklarının kullanılmasını ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırması, özen yükümlülüğünün Kanuna bir yansımasıdır.

Kurumun bilgilendirme yükümlülüğünü ifada kusur ile ilgililerin zararına neden olması Yargıtay'ın isabetli nitelendirmesinde olduğu üzere haksız fiil niteliğindedir. Kurumun özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarından uğranılan zararların haksız fiil hükümlerine göre tazmini gerekçesi, sosyal sigorta mevzuatında bu konuda özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte Kurumun kuruluş maddesindeki "5502 sayılı Kanunda ve bu Bölümde hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tabi" hükmüdür. Bu surette idare hukuku borç ilişkisi kapsamındaki zararın tazmini konusunda özel hukuktaki haksız fiil hükümlerine başvurulması, sosyal sigortaların kamu hukukuna dahil olsa da hak ve yükümlülükleri bakımından özünde özel hukuktaki gibi sigorta tekniğine dayanmasıdır.

Özen yükümlülüğünü ihlal ile bilgilendirmede hata sonucu ilgililerin uğradıkları zarar, yanlış bilgilendirme esas alınarak yapılan talebin Kurum tarafından reddedilmesi değil, hatalı bilgilendirme nedeniyle ortaya çıkan şartlar ile bilgilendirme doğru olsa idi olması gereken şartlar arasındaki farktır. Bu çoğu durumda kişinin emekli olabileceği, kendisine aylık bağlanacağı inancı ile tahsis talebinin yasal koşulu olarak işten ayrılması şeklinde ortaya çıkar. Tazminatın tutarının belirlenmesinde, belirli süreli sözleşmenin işverence haksız feshi halinde ortaya çıkan bakiye süre tazminatına dair esaslardan hareket ile belirlenmesi 6098 sayılı Kanunun "Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler" (m. 50/2) hükmüne uygundur.

Yargıtay'ın hatalı bilgilendirme nedeniyle açılan tazminat davalarında manevi tazminat taleplerini, somut olay özelinde kişilik haklarının ihlali yönüyle bir değerlendirmeye tabi tutmadan kategorik olarak reddetmesi, manevi tazminatın niteliği itibarıyla hukuka uygun değildir.

Kurumun sigortalılara ve diğer hak sahiplerine özen yükümlülüğüne aykırı, kendi kusurlu davranışı ile yersiz ödemede bulunduğu durumda, 5510

sayılı Kanunun 96/1, b maddesi Kuruma rücu hakkı tanıdısa da bu, olması gereken hukuk açısından isabetli değildir. İdare hukuku borç ilişkisi niteliğindeki sosyal sigortada, düzenleme olmayan konularda özel hukuk hükümleri uygulanabildiğine göre, borçlar hukukunun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel esaslarının aksine Kurumun kendi hatasına rağmen yersiz ödemeyi her halükarda rücu hakkı, dürüstlük ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Bize göre 5510 sayılı Kanunun 96/1, b maddesi, 6098 sayılı Kanunun 79 vd. maddeler ile uyumlu hale getirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Brodil, Wolfgang /Michaela Windisch-Graetz (2021) Sozialrecht in Grundzügen, 9. Auflage, Facultas Verlag, Wien.
- Centel, Tankut (2021) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Doğan, Kübra, 1993, "Sosyal Sigortalar İlişkisinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme", İş Hukuku Dergisi, C. III S. 3, s. 428 vd.
- Ekmekçi, Ömer (2011) "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi, Kamu İşletmeleri İşveren Sendikası, Ankara, s. 319 vd.
- Güzel, Ali/ Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Handbuch des Fachanwalts Sozialrecht (HB FA Sozialrecht) (2016) Ed. Hassel, Rupert/Detlef Gurgel/Sven-Joachim Otto, 5. Auflage, Luchterhand Verlag, Köln.
- Sözer, Ali Nazım (1991) Sosyal Sigorta İlişkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir.
- Sözer, Ali Nazım (2021) Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Tuncay, A. Can/Ömer Ekmekçi 2015, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul.

HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN POZİTİF KORUNMASI BAĞLAMINDA KATLANMA VE GÖRÜNÜŞ TEMSİLİ

*Mine KAÇMAZ ADAK**

GİRİŞ

İşlem hayatının yoğunluğu ve hızı karşısında çoğu zaman kişilerin tüm hukuki işlemlerini bizzat gerçekleştirmeleri mümkün olmamaktadır. Bu nedenle de söz konusu işlemlerin gerçekleştirilmesi için temsil kurumuna başvurulmaktadır. Temsil kurumuna başvuru bu durumlarda esas olarak temsil olunan açık veya örtülü irade beyanı aracılığıyla temsilciye temsil yetkisi vermektedir. Temsil yetkisine dayalı olarak temsilci üçüncü kişilerle temsil olunanın bilgisi ve iradesi dahilinde temsil işlemleri yapmakta ve bu işlemler sonucunda temsil olunan hak ve borç sahibi olmaktadır. Bununla birlikte temsil ilişkisinin ortaya çıkışı her zaman bu şekilde gerçekleşmeyebilmektedir. Öyle ki temsil olunanın temsil yetkisi vermeye ilişkin açık veya örtülü bir irade beyanı bulunmamasına rağmen, sözde bir temsilcinin temsil olunan adına hareket etmesi halinde belirli koşulların gerçekleşmesi kaydıyla bir temsil ilişkisinin varlığından söz edilebileceği belirtilmektedir. Ancak görünüş ve katlanma temsili olarak adlandırılan bu durumlarda bir temsil ilişkisinin mevcut olup olmadığı, mevcut ise bunun hangi koşulların gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacağı ve ne tür hukuki sonuçların ortaya çıkacağı öğretide tartışmalıdır. Bu çalışmada da Alman ve Türk-İsviçre hukuklarındaki durum karşılaştırılmalı olarak ele alınarak söz konusu sorular cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

I. HUKUKİ GÖRÜNÜŞ ve HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN KORUNMASI

Bir hakkın doğması, bir hukuki sonucun gerçekleşmesi için hukuken öngörülmüş olan birtakım olguların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu olgular hem şeklen hem de maddi olarak mevcut olmalıdır. Diğer bir deyişle hem hakka veya hukuki sonuca ilişkin görünüş söz konusu olmalı hem de bu görünüşün arkasında ona karşılık gelen maddi olgular bulunmalıdır. Bununla birlikte bu her zaman mümkün olmamakta ve bazı durumlarda hakka veya hukuki sonuca ilişkin görünüş mevcut olsa dahi görünüşe karşılık gelen maddi olgular mevcut olmamaktadır. Gerçekte mevcut olmayan bir hukuki

* Arş. Gör., Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, minekacmaz11@gmail.com

duruma işaret eden dış olgunun meydana getirdiği bu görünüş “hukuki görünüş” olarak tanımlanmaktadır¹. Hukuki görünüş durumunda görünüş ile gerçeğin farklılaşması söz konusudur. Görünüş ile maddi durumun birbiri ile uyumsuz olduğu bu tür durumlarda esasen hak doğmamakta veya hukuki sonuç meydana gelmemektedir². Ancak bazı hallerde söz konusu görünüşe dayanarak işlem yapan üçüncü kişilerin korunması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bunun temelinde işlem güvenliğinin korunması düşüncesi yer almaktadır³. Öyle ki görünüşe dayalı olarak gerçekleştirilen işlemlerin hükümsüz sayılması halinde işlem güvenliği zarar görmüş olmaktadır. Görünüşe dayanarak işlem yapan üçüncü kişilerin ve dolayısıyla işlem güvenliğinin korunması ihtiyacının söz konusu olduğu böyle durumlarda “hukuki görünüşe güvenin korunması” kavramı karşımıza çıkmaktadır. Hukuki görünüşe güvenin korunması ilk olarak görünüşün gerçeğe uygunmuşçasına değerlendirilmesi yani pozitif koruma şeklinde gerçekleşmektedir. Bu halde görünüşe dayanarak işlem yapan kişiler görünüşle gerçek durumun birbirine uygun olması ihtimalinde sahip olacakları hak ve borçlara sahip olmaktadır. Bu, “hukuki görünüş sorumluluğu” (Rechtsscheinhaftung) olarak ifade edilmektedir⁴. Hukuki görünüşe güvenin pozitif olarak korunmadığı durumlarda ise, görünüşe gerçeğe uygunmuş gibi sonuç bağlanması söz konusu değildir. Dolayısıyla görünüşe dayanarak yapılan işlemin hükümsüz kalması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte bu tür durumlarda görünüşe dayanarak işlem yapan kişinin olumsuz zararının tazmin edilmesi söz konusu olabilmektedir. Burada hukuki görünüşe güvenin negatif olarak korunduğu ifade edilmekte ve bu durum “güven sorumluluğu” olarak adlandırılmaktadır⁵.

Hukuki görünüşe güvenin pozitif olarak korunması hak sahibi olmayan kişiden taşınırın iyiniyetle kazanılması, tapu siciline güven dolayısıyla aynı hak kazanılması, alacağın devri gibi çeşitli konularla bağlantılı olarak gündeme gelmektedir. Temsil de hukuki görünüşe güvenin pozitif olarak korunması ile ilişkili bir diğer alanı oluşturmaktadır. Temsil alanında hukuki görünüşe güvenin pozitif olarak korunmasının gerek Alman hukukunda gerek Türk- İsviçre hukukunda BGB 170, 171, 172, HGB 15 ve TBK m. 41/II (Art. 33/III), TBK m. 42/III (Art. 34/III OR) gibi çeşitli hükümlerde yasal olarak düzenlemeye kavuşturulduğu görülmektedir. Bununla birlikte temsil

¹ Hüseyin Ülgen, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), 1,3.

² Ülgen, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, 2.

³ a.g.e., s. 2.

⁴ Claus - Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, (Berlin: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1970), 9. Ancak burada sorumluluğun ifa yükümlülüğü olarak anlaşılması gerektiği aksi takdirde burada sorumluluk hukuku anlamında bir sorumluluğun söz konusu olmadığı ifade edilmektedir. Ülgen, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, 19.

⁵ Bernhard, Berger, “Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, (2002): 201- 220.

alanında kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen yargı kararlarıyla gelişen ve pozitif korumanın gündeme gelip gelmeyeceğinin tartışılmalı olduğu iki durum daha bulunmaktadır. Bunlar katlanma ve görünüş temsilidir. Aşağıda bu iki durumda pozitif korumanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bu durumlara ilişkin yargı kararları ve öğretilerdeki görüşler de dikkate alınarak değerlendirilecektir.

II. KATLANMA VE GÖRÜNÜŞ TEMSİLİ

A. KATLANMA VE GÖRÜNÜŞ TEMSİLİ AÇISINDAN ÖNEMLİ BİR KAVRAM OLARAK İÇ VE DIŞ TEMSİL YETKİSİ

Katlanma ve görünüş temsilinin hukuki niteliği ve sonuçlarının anlaşılabilmesi açısından öncelikle bu konuda önemli bir role sahip olan iç ve dış temsil yetkisi kavramlarına yer verilmesi daha yerinde olacaktır. Temsil olunanın temsil yetkisi vermeye yönelik, varması gerekli, tek taraflı irade beyanının kime yöneltilmesi gerektiği konusu Alman ve Türk- İsviçre hukukunda farklılık göstermektedir. BGB 167'ye göre temsil yetkisinin temsilciye veya işlem yapılacak olan üçüncü kişiye yöneltilecek bir irade beyanı ile verilmesi mümkündür⁶. Türk- İsviçre hukukunda ise bu konuya ilişkin bir açık düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle temsil yetkisinin üçüncü kişiye yönelik bir irade beyanı ile de verilip verilemeyeceği tartışmalıdır. Hakim görüş, işlem yapılacak üçüncü kişiye yöneltilen bir beyan ile temsil yetkisi verilebilmesini kabul etmemektedir⁷. Üçüncü kişiye yöneltilen beyanla temsil yetkisi verilmesi Türk- İsviçre hukukunda hakim görüş tarafından kabul görmemekle beraber bu beyan yine de önemli hukuki sonuçlara sahiptir. Öyle ki TBK m. 41/II (Art. 33/III OR) gereği üçüncü kişilerin bu beyana güveni korunmakta ve gerçek durum ve üçüncü kişiye yönelik beyan arasında farklılık bulunması durumunda bu kişiye yönelik beyan dikkate alınmaktadır. Azınlık görüş ise, temsile ilişkin hükümlerin temsil yetkisinin temsilciye yöneltilmesini şart koşmadığını belirtmektedir⁸.

⁶ Claudia Schubert, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 167, 9. Aufl., (München: C.H. Beck, 2021), N.13; Wolfgang Hau ve Roman Poseck, BeckOK BGB § 167, 62. Edition, (München: C.H. Beck, 2022), N. 6.

⁷ Roger Zaech ve Adrian Künzler, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI., 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung (Art. 32-40 OR), 2. Aufl., (Bern: 2014), N. 32; Arnold F. Rusch, Rechtsscheinlehre in der Schweiz, (Zurich: Dike Verlag, 2010), 81; Necip Kocayusufpaşaoğlu; Hüseyin Hatemi; Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 638; M. Kemal Oğuzman; M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 221; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Yetkin Basımevi 2019), 489; Turhan Esener, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, (Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1961), 44-45.

⁸ Selahattin Sulhi Tekinay; Sermet Akman; Haluk Burcuoğlu; Atilla Altıp, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 173.

Hem temsilciye hem de üçüncü kişiye yönelik beyanla temsil yetkisi verilmesinin kabul edildiği Alman hukukunda temsil yetkisi vermeye ilişkin beyanın temsilciye yöneltilmesi halinde iç temsil yetkisi, üçüncü kişiye yöneltilmesi halinde ise dış temsil yetkisi söz konusu olmaktadır⁹. Gerek temsilciye gerek üçüncü kişiye yönelik beyanın varlığı halinde temsil ilişkisine vücut veren bir hukuki işlem söz konusudur. Hakim görüş tarafından üçüncü kişiye yönelik beyanla temsil yetkisinin verilemeyeceğinin kabul edildiği Türk-İsviçre hukukunda temsil yetkisi vermeye ilişkin beyanın temsilciye yöneltilmesi Alman hukukunda olduğu gibi iç temsil yetkisi olarak nitelendirilmektedir. Temsilciye temsil yetkisi verildiğinin üçüncü kişiye bildirilmesi ise, dış temsil yetkisi olarak anlaşılmaktadır. Bununla birlikte üçüncü kişiye yapılan bu bildirim, temsilciye yapılan beyandan farklı olarak hukuki işlem niteliği taşımamaktadır¹⁰. Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında dış temsil yetkisinin aslında Türk-İsviçre hukukunda Alman hukukundan farklı bir anlam ve içeriğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bu farklı içeriğe rağmen dış temsil yetkisi kavramının Türk-İsviçre hukukunda hem yargı kararlarında hem de öğretide yerleşik bir biçimde kullanıldığı görülmektedir. Bu noktada dış temsil yetkisi kavramının bu farklılık dikkate alınarak kullanılması gerektiğine vurgu yapılmaktadır¹¹.

B. KATLANMA TEMSİLİ

1. Genel Olarak

Temsil olunanın, bir başkasının temsil yetkisi bulunmaksızın kendisinin temsilcisi gibi hareket ettiğini bildiği ve bunu önleme olanağına sahip olmasına rağmen önlemediği, üçüncü kişilerin de bu durumdan haklı olarak temsil yetkisinin varlığına ilişkin bir sonuç çıkardığı hallerde katlanma temsilinden söz edilmektedir¹².

⁹ Esener, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, 41.

¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan Ve Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 643-644.

¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan Ve Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 643-644.

¹² Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 39; Georg Zikos, Die Vollmacht nach schweizerschem Recht (Zurich: 1966), 36; Matthias Schneider, Die rechtsgeschäftliche Haftung für den Accountmissbrauch im Internet, (Berlin: Peter Lang, 2015), 75; Zaech ve Künzler, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 127; Frank Peters, "Zur Geltungsgrundlage der Anscheinsvollmacht", AcP 179 (1979), s. 216-217; Michael Müller-Brockhausen, Haftung für den Missbrauch von Zugangsdaten im Internet, (Baden-Baden: Nomos, 2014), 142; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan Ve Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 641; Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 221; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 492; M. Murat İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, (İstanbul: XII Levha, 2009), 118-119.

2. Yargı Kararlarında Katlanma Temsili

Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin hukuki görünüş temsilini tartışırken öncelikle katlanma temsilinden yola çıktığı görülmektedir. Federal Mahkeme ise, sıklıkla görünüş temsilini incelemekte ve en azından görünüş temsili olduğunu belirlemek için katlanma temsilini yalnızca alternatif veya ikincil olarak incelemektedir¹³. Aşağıda da yer verileceği üzere mahkemeler gerek görünüş gerek katlanma temsilinde temsil olunana karşı bir ifa talebinin varlığını kabul ettiğinden böyle bir incelemenin yapılması şaşırtıcı değildir¹⁴. Nitekim pratik olarak da görünüş temsilinin ilk olarak incelenmesi daha avantajlıdır. Öyle ki yargı kararlarına göre görünüş temsili temsil olunanın bir üçüncü kişinin kendisi adına temsilci olarak hareket ettiğini ihmalî dolayısıyla fark etmemiş olması halinde söz konusu iken, katlanma temsili bu hususu biliyor olması halinde söz konusudur. Bilmeye ilişkin bu içsel özelliğin ispatı ise pratikte oldukça zordur. Dolayısıyla karar verilirken kural olarak öncelikle görünüş temsilinin tartışılması daha kolay bir yol olarak ortaya çıkmaktadır. Katlanma temsili ise daha ziyade temsilci yalnızca bir kez temsil olunan adına hareket ettiğinde incelenmektedir¹⁵. Buna dayalı olarak da içtihatlarda katlanma temsilinin hukuki görünüş temsilinin spesifik bir görünüş biçimi olarak kabul edildiği söylenebilecektir¹⁶.

3. Öğretide Katlanma Temsili

Katlanma temsilinin yargı kararlarıyla şekillenmiş bu yerleşik tanımına rağmen hukuki niteliği öteden beri tartışmalıdır. Tartışma esas olarak katlanma temsili durumunda hukuki işleme dayalı bir temsil ilişkisinin mi yoksa hukuki görünüş temsilinin mi mevcut olduğuna ilişkindir.

a. Hukuki İşlem Teorisi

Konuya ilişkin ilk görüş olan "hukuki işlem teorisi" görüşü, katlanma temsilinden söz edilen hallerde esas olarak bir örtülü yetkilendirmenin mevcut olduğunu kabul etmektedir¹⁷. Zira yetkilendirme bilincinin veya iradesi-

¹³ BGH NJW-RR 1996, 371. (Claudia Großfeld, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, (Münster: Lit Verlag, 2002), 18).

¹⁴ Großfeld, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, 18.

¹⁵ Buna ilişkin bir örnek karar için bkz. NJW- RR 1997, 1276 (Großfeld, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, 20). Mahkemeler görünüş temsili açısından temsilcinin temsil olunan adına birden çok kez hareket etmiş olmasını arama eğilimindedir.

¹⁶ Großfeld, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, 18.

¹⁷ Christian Conrad, Die Vollmacht als Willenserklärung: Rechtsschein und Verkehrsschutz im Recht der gewillkürten Stellvertretung, (Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2012), 154; Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, 84. dn. 5' te ve Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 40, dn. 30'da anılan yazarlar. Canaris'in hukuki işlem teorisi görüşüne ilişkin eleştirileri için bkz. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 40 vd.

nin bulunmaması bir irade beyanının varlığının kabul edilmesine engel değildir. Bu gibi hallerde hukuki işleme dayalı bir yetkilendirmenin varlığının kabul edilmesi dolayısıyla hukuki görünüş temsiline yer ve ihtiyaç yoktur.

b. Hukuki Görünüş Teorisi

Bugün için hakim görüş olan hukuki görünüş teorisine göre ise, katlanma temsili hallerinde hukuki görünüşe dayalı bir temsil ilişkisi söz konusudur¹⁸. Katlanma temsilde örtülü bir yetkilendirme yoktur. Zira temsil olunanın davranışının beyan değeri temsil yetkisinin verilmesine ilişkin değildir. Aksine önceden verilmiş olan temsil yetkisine ilişkindir¹⁹. Diğer bir ifadeyle katlanma aslında önceden verilmiş olan temsil yetkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır²⁰. Bu görüşe göre, katlanma temsili durumunda hukuki görünüşe dayalı bir temsil ilişkisinin söz konusu olabilmesi için aşağıda anılacak olan şartların gerçekleşmesi gereklidir. İlk olarak hukuki görünüş olgusu bulunmalıdır. Diğer bir deyişle temsil yetkisine sahip olmayan sözde temsilci temsil olunan adına hareket etmeli ve temsil olunan sözde temsilcinin bu davranışlarını bilmesine ve önleme imkanına sahip olmasına rağmen buna müsamaha göstermelidir²¹. İkinci olarak hukuki görünüş temsil olunana isnat edilebilmelidir. Bunun için öncelikle temsil olunanın fiil ehliyetine sahip olması gerektiği belirtilmektedir²². Buna ek olarak temsil olunanın sözde temsilcinin kendisi adına hareket ettiğini bilmesi²³ ve imkanı olmasına rağmen müdahale etmemesi şartı aranmaktadır²⁴. Üçüncü olarak işlem karşı

¹⁸ Wolfgang Fikentscher, Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, AcP 154 (1955): 14 vd.; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 40; Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, 85, dn. 10'da anılan yazarlar; İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 122; Neuner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 50 N. 86; Hau ve Poseck, BeckOK BGB § 167 N. 14.

¹⁹ Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, (München: C.H. Beck, 2022), 172.

²⁰ Florian Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2018), 265.

²¹ Hukuki görünüş olgusunun ortaya çıkması açısından temsilcinin temsil olunan adına hareket etmesinin bir süreklilik arz etmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüş temsilcinin davranışının sürekli olmasını aramaktadır. Zikos, Die Vollmacht nach schweizerschem Recht, 37; Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, 90, Müller-Brockhausen, Haftung für den Missbrauch von Zugangsdaten im Internet, 142; Tobias Ahlering, "Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB", StudZR Wissenschaft Online 2/2018 (2018): 320. Diğer görüş davranışın bir defa gerçekleşmesini dahi katlanma temsiline ortaya çıkması açısından yeterli görmektedir. BeckOK BGB/Schäfer BGB § 167, N. 15; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan Ve Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 641.

²² Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, 97; Neuner BGB AT § 50 N. 88; MüKoBGB/Schubert BGB § 167, N. 121; Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, (Berlin 1996), N. 1286.

²³ Neuner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 50 N. 88; Ahlering, "Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB", 320.

²⁴ Zikos, Die Vollmacht nach schweizerschem Recht, 37; Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, 97; Müller-Brockhausen, Haftung für den Missbrauch von Zugangsdaten im Internet, 142; İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, s. 120 vd.

tarafının diğer bir deyişle üçüncü kişinin güveni korunmaya değer olmalıdır. Bunun için işlemin karşı tarafının temsil olunanın katlanma niteliği taşıyan davranışlarını bilmesi ve dürüstlük kuralına göre haklı olarak temsilcinin temsil yetkisine dayalı olarak hareket ettiği sonucunu çıkarması gerekmektedir²⁵. Son olarak ise, üçüncü kişinin temsil işlemine ilişkin davranışları temsil yetkisinin varlığına duyulan güven ile nedensel olmalıdır²⁶. Yani temsil işlemi temsil yetkisinin mevcut olduğuna güvenilerek yapılmış olmalıdır. Tüm bu şartların kümülatif olarak mevcut olması halinde hukuki görünüş teorisine göre hukuki görünüşe dayalı bir temsil ilişkisinin varlığından söz edilmektedir.

Katlanma temsiline söz konusu olduğu hallerde hakim görüş temsil olunanın sözde temsilcinin üçüncü kişi ile yapmış olduğu hukuki işlemle bağlı tutulması gerektiğini kabul etmektedir²⁷. Diğer görüş ise, temsil olunanın sözde temsilci tarafından yapılan işlemle bağlı tutulmasını yerinde bulmamaktadır²⁸. Temsil olunanın yalnızca işlemin karşı tarafının olumsuz zararını tazmin etmesinin gündeme gelebileceğini belirtmektedir.

c. Kanaatimiz

Kanaatimizce burada görüşlerin değerlendirilmesine geçilmeden önce Alman ve İsviçre-Türk hukuku açısından bir ayrıma gidilmesi daha isabetli görünmektedir. Öyle ki Alman hukukunda İsviçre- Türk hukukundan farklı olarak işlem yapılacak olan üçüncü kişiye yönelik bir beyan ile temsil yetkisi verilmesi imkanı bulunmaktadır. Dolayısıyla Alman hukukunda temsil olunanın sözde temsilcinin kendi adına işlem yapmasına müsamaha göstermesi işlemin karşı tarafını oluşturan üçüncü kişi tarafından örtülü olarak bir yetki verilmesi olarak değerlendirilebilecektir. Bu durumda ise temsil olunanın katlanma davranışı örtülü yetkilendirme ve dolayısıyla da bir hukuki işlem niteliğine sahip olacaktır. Buna bağlı olarak da Alman hukukunda katlanma temsiline söz edilen hallerde hukuki görünüş temsiline başvurmayaya yer olmayacaktır. Ancak yukarıda da işaret edildiği üzere İsviçre- Türk hukukunda dış temsil yetkisi açısından durum farklıdır. Zira hakim görüşüne göre dış temsil yetkisi kavramı esasen Alman hukukundan farklı bir anlam ve içe-

²⁵ Merkt, "Die dogmatische Zuordnung der Duldungsvollmacht zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsscheintatbestand", 639; Ahlering, "Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB", 320.

İşlemin karşı tarafının temsil yetkisinin mevcut olduğu sonucunu çıkarabilmesi için temsil olunanın yalnızca hareketsiz kalmasının yeterli olup olmadığına ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 120.

²⁶ Ahlering, "Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB", 320; Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, N. 1287.

²⁷ Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., (München: C.H. Beck, 2020), § 50 N. 93; İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 119.

²⁸ İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 119; Neuner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 50 N. 93.

riğe sahiptir. Buna bağlı olarak da üçüncü kişinin Alman hukukunda olduğu gibi temsil olunanın davranışlarını temsilciye örtülü olarak temsil yetkisi verilmesi şeklinde değerlendirmesi ve böylelikle dış temsil yetkisinin verilmiş olması mümkün değildir. Burada temsil olunanın müsamaha gösterme şeklindeki davranışları üçüncü kişiler açısından ancak temsil yetkisine ilişkin bir bildirim niteliği taşıyabilir. Temsil yetkisi bulunmamasına rağmen temsil yetkisine ilişkin bir bildirim yapılması ise TBK m. 41/II (Art. 33/III OR) kapsamında değerlendirilir. Buna bağlı olarak da aslında temsil yetkisi verilmemiş olmasına rağmen temsil olunanın bildirim teşkil eden davranışları dolayısıyla oluşan hukuki görünüşe güven korunur ve bildirim kapsamında temsil yetkisinin mevcut olduğu varsayılır²⁹.

C. GÖRÜNÜŞ TEMSİLİ

1. Genel Olarak

Temsil olunan bir başkasının kendisinin temsilcisiymiş gibi hareket ettiğini bilmemekle birlikte gerekli özeni göstermiş olsaydı bu durumu bilebilecek ve önleyebilecek idiye ve karşı taraf dürüstlük kuralına göre temsil olunanın bu davranışlarından söz konusu kişinin temsil olunanın temsilcisi olduğu sonucunu çıkarabiliyorsa, görünüş temsili gündeme gelir³⁰. Katlanma temsiline aksine görünüş temsiline temsil olunan sözde temsilcinin kendisi adına temsilci sıfatıyla hareket ettiğinden haberdar değildir³¹. Buna karşın gerekli özeni göstermesi halinde bu durumu öğrenme imkanına sahiptir. Dolayısıyla görünüş temsiline bir özen yükümlülüğüne aykırılıktan söz edilmektedir³².

²⁹ Her ne kadar söz konusu hükümlerde yalnızca temsil yetkisinin içeriği ve derecesinden söz edilse de hakim görüş temsil yetkisinin varlığının da evleviyetle bildirimle ilgili olarak kabul edilebileceğini kabul etmektedir.

³⁰ Staudinger/Schilken, 2019, N. 31; Wolfgang Hau ve Roman Poseck, BeckOK BGB § 167, 62. Edition, (München: C.H. Beck, 2022), N. 17; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 39; Zikos, Die Vollmacht nach schweizerschem Recht, 36; Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, 101; Schneider, Die rechtsgeschäftliche Haftung für den Accountmissbrauch im Internet, 77; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan Ve Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 642; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 490; Esener, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyetle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, 51; Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 221, dn. 642; İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 123.

³¹ Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 39; Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, 83; Hanno Merkt, "Die dogmatische Zuordnung der Duldungsvollmacht zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsscheintatbestand", AcP 204 (2004): 640; Schneider, Die rechtsgeschäftliche Haftung für den Accountmissbrauch im Internet, 77; Tobias Ahlering, "Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB", StudZR Wissenschaft Online 2/2018, (2018): 320; İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 123.

³² Ulf Werba, Die Willenserklärung ohne Willen, (Berlin: Duncker & Humblot, 2005), 162; Schneider, Die rechtsgeschäftliche Haftung für den Accountmissbrauch im Internet, 77.

2. Yargı Kararlarında Görünüş Temsili

Görünüş temsiline gelişim gösterdiği Alman hukukunda yargı kararları temsil olunanın temsilcinin yapmış olduğu işlemle bağlı tutulması yönünde ağırlık kazanmış durumdadır³³. Diğer bir deyişle sözde temsilci tarafından yapılan işleme sanki temsil yetkisi mevcutmuş gibi muamele edilmesi söz konusudur. Bununla birlikte ne Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin ne de Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında dogmatik bir gerekçeye diğer bir ifadeyle hukuki görünüş düşüncesinin temsil alanında neden uygulanabilir olduğuna dair bir açıklamaya yer vermediği görülmektedir. Alman Federal Mahkemesi yalnızca hukuk güvenliği, işlem güvenliği ve BGB 170 vd.' daki hukuki düşüncelere işaret etmektedir. Mahkeme dogmatik gerekçelendirme yerine görünüş temsiline her somut olaydaki olgusal şartları ile ilgilenmektedir³⁴. Alt derece mahkemeleri de Federal Mahkeme'nin bu anlayışını benimsemekte ve sürdürmektedir³⁵.

3. Öğretide Görünüş Temsili

Öğretide ise görünüş temsiline hukuki görünüş temsili olarak kabul edilip edilemeyeceği ve ne gibi sonuçlar doğuracağı oldukça tartışmalıdır³⁶. Burada temel olarak iki yaklaşım ön plana çıkmaktadır. İlki hukuki görünüş bakış açısını esas alarak temsil olunanın sözde temsilcinin yapmış olduğu işlemle bağlı tutulması yönündedir. Bununla birlikte temsil olunanın temsilcinin yapmış olduğu işlemle bağlı tutulması sonucuna ilişkin farklı gerekçelerin ileri sürüldüğü görülmektedir. İkincisi ise, temsil olunanın ifa yükümlülüğüne yol açması dolayısıyla görünüş temsiline reddetmekte ve culpa in contrahendo ilkesi temelinde bir zararın tazmini yükümlülüğünün söz konusu olduğunu kabul etmektedir.

a. İfa Yükümlülüğünü Kabul Eden Görüş

Öğretide ağırlıklı bir kesim görünüş temsiline ilişkin olarak yargı kararlarındaki yaklaşımı benimsemekte ve temsil olunanın işlemin karşı tarafına karşı bir ifa yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmektedir³⁷. Temsil olunanın sözde temsilcinin yapmış olduğu işlemle bağlı olmasını dogmatik olarak gerekçelendirmeye yönelik olarak da bu görüş içerisinde çeşitli yaklaşımlar söz konusudur.

³³ Großfeld, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, 18.

³⁴ a.g.e., 19.

³⁵ a.g.e., 19.

³⁶ Großfeld, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, 21.

³⁷ Canaris ise görünüş temsiline ticaret hukuku ile sınırlı olarak kabul etmektedir. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 48, 191.

a.1. Hukuki Görünüş Yaklaşımı

Hukuki görünüş yaklaşımı hukuki görünüşe yol açan kişinin gerçek temsil yetkisi verilmesinde olduğu gibi temsil ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerin sahibi olacağını kabul etmektedir³⁸. Burada işlem güvenliği menfaati ve işlemin karşı tarafının güveninin korunması düşüncesi ön plandadır³⁹. Hukuki görünüş yaklaşımının benimsenmesi halinde görünüş temsilinden söz edilebilmesi için tıpkı katlanma temsilinde olduğu gibi birtakım şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Hukuki görünüş olgusu yani temsil yetkisi bulunmayan sözde temsilcinin temsil olunan adına hareket etmesi ilk şartı oluşturmaktadır⁴⁰. İkinci olarak hukuki görünüş temsil olunana isnat edilebilir olmalıdır. Diğer bir deyişle temsil olunanın sözde temsilcinin kendisi adına hareket etmesini önleyebilecek davranışları gerçekleştirilmesi ondan beklenebilir olmalıdır⁴¹. Bu noktada sözde temsilcinin söz konusu davranışlardan men edilmesi tek başına yeterli görülmemektedir. Temsil olunanın işlem yapılan tarafa bildirimde bulunma şeklinde ek tedbirlere başvurması gerektiği ifade edilmektedir⁴². Bu iki şarta ek olarak işlemin karşı tarafının güvenin korunmaya değer olması ve işlemin karşı tarafında uyandırılan güvenin bu kişinin yapmış olduğu temsil işlemi ile nedensel olması şartları katlanma temsilinde olduğu gibi burada da aranmaktadır.

a.2. Hukuki İşlem Görüşü

Hupka ve Flad, ilk kararlarında görünüş temsili hallerinde temsil olunanın davranışlarını örtülü temsil yetkisine ilişkin bir irade beyanı olarak değerlendirme eğilimi gösteren Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihadını takip etme yolunu seçmişlerdir⁴³. Yazarlar burada kanunun örtülü temsile ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiş olmasından yola çıkmış ve temsil yetkisi vermenin esas olarak herhangi bir şekle tabi olmadığına özellikle de açık irade beyanını gerektirmediğine vurgu yapmışlardır. Dolayısıyla da yazarlara göre temsil olunanın davranışlarının temsil yetkisi verilmesine ilişkin

³⁸ Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 11 N. 44; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 50 N. 97, dn. 184' te anılan yazarlar. Katlanma temsili konusunda hukuki görünüş sorumluluğunun varlığını kabul eden Canaris, görünüş temsili konusunda ikili bir ayırım yapmakta ve medeni hukuk alanında görünüş temsilinin ifa yükümlülüğüne diğer bir deyişle hukuki görünüş sorumluluğuna yol açmayacağı görüşünü kabul etmektedir. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 49 vd.

³⁹ Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 50 N. 97.

⁴⁰ Hukuki görünüş olgusunun gerçekleşmiş sayılması için sözde temsilcinin temsil olunan adına hareket etmesinin süreklilik arz etmesinin gerekli olup olmadığı katlanma temsilinde olduğu gibi burada da tartışmalıdır.

⁴¹ Zaech ve Künzler, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, N.53; İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 123.

⁴² Köhler, BGB Allgemeiner Teil, N. 44.

⁴³ Schneider, Die rechtsgeschäftliche Haftung für den Accountmissbrauch im Internet, 89.

bir fiil olarak değerlendirilmesi mümkündür. Görünüş temsilini yine hukuki işlem ile bağlantılı olarak açıklamaya çalışan Manigk ise, bu bağlamda *“ihmale dayanan irade beyanı” (fahrlässigen Willenserklärungen)* kavramını ortaya koymuştur⁴⁴. Buna göre Manigk, bir davranışın irade beyanı olarak nitelendirilmesini, davranışta bulunanın gerekli özeni göstermiş olması halinde, davranışının bir irade beyanı olarak ortaya çıktığını fark etmiş olması gerektiği gerçeğine dayandırmaktadır. Bu doğrultuda da temsil olunanın davranışlarını bir tür ihmale dayanan irade beyanı olarak nitelendirmekte ve örtülü olarak temsil yetkisinin verilmiş olduğunu kabul etmektedir. Görünüş temsilini hukuki işlem teorisi ile açıklamaya çalışan bir diğer yazar olan Craushaar ise, beyan sahibi farkında olmasa dahi davranışları dışı karşı bir irade beyanı niteliği taşıyorsa, bir irade beyanı olarak kabul edileceğini belirtmekte ve temsil olunan tarafından hukuki görünüş olgularının bilinmesinin veya bilinmesinin gerekmesinin önemli olmadığını ifade etmektedir⁴⁵. Pawlowski de benzer şekilde görünüş temsilini açıklamada hukuki işlem teorisine başvurmuştur. Yazara göre temsil yetkisi işlemin karşı tarafına karşı temsilciyi meşrulaştırmaya yönelik bir yetkilendirme fiili niteliği taşımaktadır⁴⁶. Dolayısıyla önemli olan temsilcinin yetkilendirilmesi ise, hukuki işleme dayalı temsil yetkisi ile görünüşte temsil yetkisi arasında ayırım yapmaya gerek bulunmamaktadır. Ayrıca beyan iradesi veya bilinci bulunmaksızın da irade beyanının söz konusu olabileceği genel olarak kabul gördüğünden temsil olunanın beyan bilincine sahip olmadan temsil yetkisi vermesi de mümkün olmalıdır.

a.3. Örf ve Adet Hukuku Temelli Yaklaşım

Bazı yazarlar görünüş temsilini örf ve adet hukuku temelli olarak açıklamaya çalışmaktadır⁴⁷. Ancak bir hukuki kurumun örf ve adet hukuku olarak kabulünden bahsedilebilmesi için öncelikle uzun bir süre boyunca düzenli bir uygulamanın olması ve ikinci olarak da uygulanan hukuki ilkeye ilişkin olarak içtihatlarda ve toplumda ortak bir kanaatin bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, görünüş temsili hukuki kavramına yönelik sıkça dile getirilen eleştiriler göz önünde bulundurulduğunda, genel bir hukuki kanaatten söz etmenin zor olduğu ifade edilmektedir⁴⁸. Nitekim görünüş temsilini kabul edenlerin arasında dahi bunun uygulama alanı konusunda fikir birliğinin bulunmamasının bunu destekler nitelikte olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla görünüş temsilinin örf ve adet hukuku temelinde açıklanması zor görünmektedir.

⁴⁴ a.g.e., 89 vd.

⁴⁵ Schneider, Die rechtsgeschäftliche Haftung für den Accountmissbrauch im Internet, 90 vd.

⁴⁶ Hans Martin Pawlowski, “Die gewillkürte Stellvertretung, Eine juristische Entdeckung der deutschen Rechtswissenschaft”, JZ (1996): 125 vd.

⁴⁷ Heinrich Stoll, Aus dem Rechtsleben, Haftung aus Bescheinigung, AcP 135 (1932): 89, 108.

⁴⁸ Großfeld, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, 23.

a.4. BGB 171, 172 ve HGB 56' nın Kıyasen Uygulanması Yaklaşımı

Diğer bazı yazarların ise, görünüş temsilini dogmatik olarak gerekçelendirmek için BGB 171/1, 172/1 ve HGB 56 hükümlerini kıyasen uygulama yoluna başvurduğu görülmektedir⁴⁹. Bu yaklaşım söz konusu hükümlerin hukuki görünüş olgusu olarak değerlendirilmesi anlayışıyla yakından ilişkilidir⁵⁰. Bununla birlikte kıyas yapılabilmesi kanunda düzenlenen ve düzenlenmeyen olguların karşılaştırılabilir olmasını gerektirmektedir. Öğretinin bir kısmı tarafından ise buna tereddütle yaklaşılmaktadır. Öyle ki sözü edilen hükümlerde hukuki görünüş olguları görülsede dahi, önemli bir yapısal farklılık söz konusu olduğu belirtilmektedir. Zira bu hükümlerde temsil olunanın bilinçli ve amaca yönelik bir davranışı mevcuttur. BGB 171' de temsil olunan yetkilendirmeye ilişkin bildirimde bulunmaktadır. BGB 172'de ise bir yetki belgesinin düzenlenmesi söz konusudur. Yine HGB 56'da temsil olunan temsilciye temsilci olarak hareket etmesini sağlayan bir pozisyon vermektedir. Öte yandan görünüş temsilinde bu hükümlerdeki kasıtlı yapma eyleminden farklı olarak basit bir ihmalin söz konusu olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla BGB 171, 172 ve HGB 56 hükümlerindeki olguların görünüş temsilinin olgularıyla kıyaslanabilir olmadığı ve temsil olunanın işlemle bağlı olmasının kıyasen uygulama ile açıklanamayacağı ifade edilmektedir⁵¹.

a.5. Dürüstlük Kuralı İlkesi Temelli Yaklaşım

Öğretideki bir kısım yazar ise birçok kararda benimsenen yaklaşımı takip etmekte ve temsil olunana yönelik ifa talebini dürüstlük kuralından (§ 242 BGB) türetmektedir. Burada bir kesim dürüstlük kuralını görünüş temsili için yeterli bir gerekçe olarak görürken⁵², diğerleri BGB 242' yi BGB 170 vd. veya hukuki görünüş teorisi⁵³ ile birleştirme yoluna gitmektedir. Bir diğer grup ise, BGB 242' yi çelişkili davranış yasağıyla somutlaştırmakta ve temsil olunanın davranışlarıyla çelişkili davranış yasağının ihlal edildiğini düşünmektedir. Zira temsil olunan davranışlarıyla önce bir yetkilendirme görünüşü yaratmakta, daha sonra ise temsil yetkisinin bulunmadığını ileri sürmektedir⁵⁴. Bununla birlikte bu yaklaşım dürüstlük ilkesinin çok genel olması ve görünüş temsilinin kabul edilebilmesi için güvenilir kriterler sağlamaması gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵⁵. Ayrıca bu durumun BGB 242 'nin BGB 170

⁴⁹ Götz Craushaar, Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Scheinvollmacht, AcP 174 (1974): 3.

⁵⁰ Großfeld, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, 24.

⁵¹ Peter Bader, Duldungs- und Anscheinvollmacht, (Frankfurt am Main: Peter Lang, 1979), 184; Staudinger-Schilken, 13. Aufl. § 167 N. 31; Wolf- Dietrich Wenzel, Die Anscheinvollmacht, (Aachen 1995), 97, 99.

⁵² Staudinger-Schilken, 13. Aufl. § 167 n. 32; Großfeld, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, 24, dn. 84'te anılan diğer yazarlar.

⁵³ Großfeld, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, 24, dn. 86' da anılan yazarlar.

⁵⁴ Wenzel, Die Anscheinvollmacht, 131 vd. ve Großfeld, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, 25, dn. 87'de anılan diğer yazarlar.

⁵⁵ Peters, "Zur Geltungsgrundlage der Anscheinvollmacht", 231 vd.

vd. ve HGB 56 ile veya hukuki görünüş teorisi ile birleştirilmesi halinde de değişmeyeceği, bu yaklaşımların görünüş temsili durumunda ifa yükümlülüğünü haklı çıkarmak için uygun bir temel oluşturmadığı da ifade edilmektedir. Öyle ki bu görüşe göre culpa in contrahendonun da temelini oluşturan ve üçüncü tarafa sadece olumsuz zararın tazmini imkanı sağlayan BGB 242' nin nasıl olup da birdenbire olumlu zararın tazminine de imkan vermesi gerektiğinin hiçbir açıklaması yoktur.

b. Culpa in contrahendo İlkesi Temelinde Güven Zararlarının Tazmini Yükümlülüğünü Kabul Eden Görüş

Yukarıda yer alan ve temsil olunanın sözde temsilcinin yapmış olduğu işlemle neden bağlı olması gerektiğini açıklamaya çalışan görüşlerin aksine öğretilerdeki diğer görüş görünüş temsili kurumunu reddetmektedir⁵⁶. Bu görüşün temsilcileri, görünüş temsiliinde temsil olunana yönelik ifa talebinin güven sorumluluğu sistemine uymadığını ileri sürmektedir. Öyle ki Alman Medeni Kanunu bu bağlamda yalnızca olumsuz zararın tazminine imkan vermektedir. Bu görüşün savunucularından Flume ayrıca gerekli özenin gösterilmemesinin bir ifa talebine yol açmasının irade özerkliği ilkesiyle de çeliştiğini belirtmektedir⁵⁷. Bu bağlamda üçüncü kişiye yalnızca culpa in contrahendo ilkesine göre olumsuz zararın tazminine ilişkin bir talep hakkı tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bununla birlikte culpa in contrahendo sorumluluğu temsil olunan ve üçüncü kişi arasında sözleşme öncesi bir ilişkinin varlığı gerektirmektedir. Bu noktada bir görüş temsil olunan ve üçüncü kişi arasında böyle bir sözleşme öncesi temasın bulunmadığını ifade etmektedir⁵⁸. Diğer görüş ise, sözleşme öncesi güven ilişkisinin temsil olunanın kendisine isnat edilebilir davranışlarıyla yaratıldığı kanaatinde. Öyle ki temsil olunan üçüncü kişinin sözde temsilcinin kendisi adına hareket etmeye yetkili olduğuna inanmasına neden olmakta ve böylece bir güven durumu yaratmış olmaktadır⁵⁹. Bu ilişkiden de temsil olunan açısından hukuki görünüşü ortadan kaldırmaya yönelik önlemleri alma yükümlülüğü doğmaktadır⁶⁰. Ancak culpa in contrahendo temelindeki çözüm, olumsuz zararın tazmininin üçüncü kişiyi yeterince korumadığı itirazıyla karşı karşıyadır⁶¹. Flume ise, bu itiraza karşı BGB 179 ve kanunkoyucunun bu hükme için değerlendirmesine işaret etmektedir. BGB 179/II' ye göre, yetkisiz temsilci, bilerek yetkisiz olarak hareket etmesi durumunda üçüncü kişiye karşı seçime bağlı olarak ifayla yükümlü olur. Öte yandan yetkisiz temsilci yalnızca ihmali sonucunda

⁵⁶ Staudinger-Schilken, 13. Aufl. § 167 N. 31. Canaris ise, medeni hukuk alanında görünüş temsili kurumunun varlığını kabul etmemektedir. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 48 vd.

⁵⁷ Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2; Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. (Berlin, Heidelberg, New York: 1979), § 49 4.

⁵⁸ Peters, "Zur Geltungsgrundlage der Anscheinsvollmacht", 235 vd.

⁵⁹ Hans Wolfgang Waldeyer, Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung, (Münster: 1969), 101; Wenzel, Die Anscheinsvollmacht, 123.

⁶⁰ Wenzel, Die Anscheinsvollmacht, 123.

⁶¹ Peters, "Zur Geltungsgrundlage der Anscheinsvollmacht", 225; Waldeyer, Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung, 102 vd.

yetkiye sahip olduğunu varsayarak hareket ederse, üçüncü kişi ondan yalnızca olumsuz zararının tazminini talep edebilir. Flume, yetkisiz temsilci yalnızca bile- rek yetkisiz olarak hareket ettiğinde ifadan sorumlu tutulurken, temsil olunanın ihmal ile hareket etmesi halinde de ifa ile yükümlü tutulmasının bir çelişkili ya- ratacağını ifade etmektedir⁶². Bu yaklaşıma göre görünüş temsili durumunda üçüncü kişi temsilciye karşı BGB 179' a dayalı ve temsil olunana karşı da culpa in contrahendoya dayalı bir talep hakkına sahip olmalıdır. Temsil olunana yönelik culpa in contrahendoya dayalı bu talep olumsuz zararın tazminiyle sınırlıdır.

c. Kanaatimiz

Görünüş temsiline dogmatik temeli ve hukuki sonuçlarına ilişkin değer- lendirme yapılırken katlanma temsiline de ifade edildiği üzere yine Alman ve Türk- İsviçre hukuku bakımından ikili bir ayrıma gidilmesi daha isabetli olacaktır. İlk olarak Alman hukuku açısından değerlendirme yapıldığında kanaatimizce hukuki işlem görüşünün benimsenmesi daha yerinde görün- mektedir. Zira katlanma temsiline sözü edilen duruma benzer bir durumun burada da geçerli olduğu söylenebilecektir. Öyle ki görünüş temsiline de aslında gerekli özenin gösterilmemesi dolayısıyla sözde temsilcinin davranış- larına müsamaha gösterilmesi söz konusudur. Burada temsil olunanın gereki- li özeni göstermemesi dolayısıyla sessiz kalması, katlanma temsiline olduğu gibi yine bir örtülü irade beyanı olarak değerlendirilebilecektir. Zira olayın özelliği ve mevcut şartlar açısından dürüstlük kuralı gereği sessiz kalınma- ması gereken bir durumda, susmanın örtülü bir irade beyanı olarak değer- lendirilmesi mümkündür⁶³. Buna bağlı olarak da temsil olunanın temsilcinin yapmış olduğu işlemle bağlı olması sonucu ortaya çıkmaktadır.

Türk- İsviçre hukukunda ise yine katlanma temsili başlığında da deği- nildiği üzere dış temsil yetkisi kavramı temsil yetkisinin bildirilmesi ile ilişki- li olduğundan burada Alman hukukundan farklı olarak örtülü irade beyanı ile üçüncü kişiye yönelik olarak temsil yetkisi verilmesi imkanı bulunmamakta- dır. Buna bağlı olarak da burada hukuki görünüş teorisi devreye girmektedir. Temsil olunanın ihmali dolayısıyla sözde temsilcinin kendisi adına hareket etmesi karşısında hareketsiz kalması işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişi açısından bir bildirim niteliği taşıyacaktır. Temsil yetkisi verilmemiş olma- na rağmen örtülü olarak bildirimde bulunulmuş olması dolayısıyla da üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığına ilişkin güveninin korunması gerekecektir. Sonuç olarak TBK m. 41/II (Art. 33/III OR) kapsamında üçüncü kişinin temsil olunan tarafından yaratılan hukuki görünüşe olan güveni korunacak ve tem- sil yetkisi bildirimde uygun kapsamda mevcutmuş gibi temsil olunan işlemle bağlı olacaktır.

⁶² Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts § 49 4.

⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan Ve Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 146.

SONUÇ

Katlanma ve görünüş temsili durumlarında pozitif korumanın söz konusu olup olmayacağını belirlebilmesi için önce hukuki nitelendirmenin yapılması daha isabetli görünmektedir. Bu noktada dış temsil yetkisi belirleyici bir role sahiptir. Zira dış temsil yetkisi Alman ve Türk- İsviçre hukukunda farklı anlam ve içeriğe sahiptir. Dolayısıyla görünüş ve katlanma temsili- nin dogmatik temeli ve hukuki sonuçları açısından yapılacak değerlendirme de bu farklılık dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu bağlamda dış temsil yetkisi- nin işlemin yapılacağı üçüncü kişilere yönelik olarak da temsil yetkisinin verilebilmesi anlamını taşıdığı Alman hukukunda, temsil olunanın davranış- larının işlemin karşı tarafını oluşturan üçüncü kişilerce temsil yetkisinin verilmesine ilişkin bir örtülü irade beyanı olarak değerlendirilmesi ve bu şekilde anlaşılması mümkündür. Dolayısıyla katlanma temsili olarak anılan durumda işlemin karşı tarafının, temsil olunanın sözde temsilcinin kendi adına hareket etmesine müsamaha göstermesini temsilciye örtülü olarak temsil yetkisi verilmesi şeklinde değerlendirmesi mümkündür. Bu bağlamda da Alman hukukunda katlanma temsili olarak anılan durumlarda esasen örtülü bir yetkilendirmenin mevcut olduğu söylenebilecektir. Örtülü bir irade beyanı ile yetkilendirmenin gerçekleştiği bu tür durumlarda hukuki görü- nüş teorisine başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Görünüş temsili için de benzer bir durumun geçerli olduğu söylenebilecektir. Öyle ki görünüş temsi- linde de aslında gerekli özenin gösterilmemesi dolayısıyla sözde temsilcinin davranışlarına müsamaha gösterilmesi söz konusudur. Burada temsil oluna- nın gerekli özeni göstermemesi dolayısıyla sessiz kalması, katlanma temsi- linde olduğu gibi yine bir örtülü irade beyanı olarak değerlendirilebilecektir. Zira dürüstlük kuralı gereği sessiz kalınmaması gereken bir durumda sus- manın örtülü bir irade beyanı olarak değerlendirilmesi mümkündür. Sonuç olarak Alman hukukunda gerek katlanma gerekse görünüş temsili durumlarda örtülü bir yetkilendirmenin varlığını kabul etmenin daha yerinde oldu- ğu ve buna bağlı olarak da bu iki durum açısından hukuki görünüş teorisine başvurmaya ihtiyaç bulunmadığı söylenebilecektir.

Türk – İsviçre hukukunda ise, hakim görüşe göre temsil yetkisinin ancak temsilciye yönelik olarak verilmesi mümkündür. Buna bağlı olarak da burada temsil olunanın hareketsiz kalmasının üçüncü kişiye yönelik olarak örtülü irade beyanıyla temsil yetkisinin verilmesi olarak değerlendirilmesi imkanı bulunma- maktadır. Temsil olunanın gerek bilerek gerek ihmali sonucunda sözde temsilci- nin kendisi adına hareket etmesi karşısında sessiz kalması ancak temsil yetkisi- ne ilişkin bir bildirim olarak nitelendirilebilecektir. Gerçekte temsil yetkisi ve- rilmemiş olmasına rağmen bildirim yapılması ise üçüncü kişiler nezdinde bir hukuki görünüşün yaratılmasına neden olmaktadır. Bu durumda üçüncü kişile- rin söz konusu hukuki görünüşe güveninin korunması gerekmektedir. Bu da TBK m. 41/II (Art. 33/III OR) gereğince temsil yetkisinin bildirim kapsamında mevcut kabul edilmesi yoluyla gerçekleşmektedir. Sonuç itibariyle de temsil olunan sözde temsilcinin yapmış olduğu temsil işlemi ile bağlı olmakta ve hukuki görünüşe güven pozitif olarak korunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Ahlering, Tobias. "Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB", StudZR Wissenschaft Online 2/2018 (2018): 296-323.
- Bader, Peter. Duldungs- und Anscheinsvollmacht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1979.
- Bernhard, Berger. "Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung", Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, (2002): 201- 220.
- Canaris, Claus – Wilhelm. Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. Berlin: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1970.
- Conrad, Christian. *Die Vollmacht als Willenserklärung: Rechtsschein und Verkehrsschutz im Recht der gewillkürten Stellvertretung*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2012.
- Craushaar, Götz. "Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Scheinvollmacht". AcP 174 (1974): 2–25.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Basımevi 2019.
- Esener, Turhan. *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil*. Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1961.
- Faust, Florian. Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2018.
- Fikentscher, Wolfgang. *Scheinvollmacht und Vertreterbegriff*, AcP 154 (1955): 1-21.
- Flume, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Band 2; Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York: 1979.
- Großfeld, Claudia. *Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht*. Münster: Lit Verlag, 2002.
- Hau, Wolfgang ve Poseck, Roman. *BeckOK BGB § 167*, 62. Edition. München: C.H. Beck, 2022.
- Inceoğlu, M. Murat. *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*. İstanbul: XII Levha, 2009.
- Kindl, Johann. *Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung*. Berlin: Augsburg, Univ., Habil.-Schr, 1999.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona ve Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Köhler, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2022.

- M. Kemal Oğuzman; M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Merkt, Hanno. "Die dogmatische Zuordnung der Duldungsvollmacht zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsscheintatbestand". *AcP* 204 (2004): 638-659.
- Neuner, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Aufl. München: C.H. Beck, 2020.
- Pawlowski, Hans Martin. "Die gewillkürte Stellvertretung, Eine juristische Entdeckung der deutschen Rechtswissenschaft", *JZ* (1996): 125-132
- Peters, Frank. "Zur Geltungsgrundlage der Anscheinsvollmacht", *AcP* 179 (1979): s. 214-244. Müller-Brockhausen, Michael. *Haftung für den Missbrauch von Zugangsdaten im Internet*. Baden- Baden: Nomos, 2014.
- Rusch, Arnold F. *Rechtsscheinlehre in der Schweiz*. Zurich: Dike Verlag, 2010.
- Schneider, Matthias. *Die rechtsgeschäftliche Haftung für den Accountmissbrauch im Internet*. Berlin: Peter Lang, 2015.
- Schubert, Claudia. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 167, 9. Aufl. München: C.H. Beck, 2021.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atila. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Ülgen, Hüseyin. *Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.
- Waldeyer, Hans Wolfgang. *Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung*. Münster: 1969.
- Wenzel, Wolf- Dietrich. *Die Anscheinsvollmacht*. Aachen 1995.
- Werba, Ulf. *Die Willenserklärung ohne Willen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- Zaech, Roger ve Künzler, Adrian. *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI., 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung (Art. 32-40 OR), 2. Aufl. Bern: 2014.

BOŞANMA DAVASINDA EŞLERDEN BİRİNİN ÖLMESİ VE MİRASÇILARIN DAVAYA DEVAM ETMESİ HALİNDE SAĞ KALAN EŞİN KUSUR DERECESESİ

*Merve Buse KALAYCI ÖLÇÜM**

GİRİŞ

Boşanma kararının kesinleşmesi ile evlilik birliği boşanma sebebiyle sona erer ve eşler birbirlerine mirasçı olamaz. Boşanma kararının kesinleşmesine kadar evlilik ilişkisi ve eşin kanuni mirasçılığı devam eder ve eşlerden birinin ölmesiyle sağ kalan eş mirasçı olarak kalır¹. Boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesiyle, evlilik kendiliğinden sona erdirmekte ve boşanma davasının konusu kalmamaktadır². Bu durumda, sağ kalan eş, ölen eşe mirasçı olmaktadır³. Bu kuralın istisnası, Türk Medeni Kanunu (TMK) m.181/2 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve sağ kalan eşin kusurunun ispatlanması halinde sağ kalan eş, ölen eşe mirasçı olamaz.

Sağ kalan eşin, mirasçılık sıfatının ortadan kalkması için, derdest bir boşanma davası olması, dava esnasında eşlerden birinin ölmüş olması, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve ölen eşin mirasçılarının sağ kalan eşin boşanma davasında kusurlu taraf olduğunu ispatlanması koşulları aranmaktadır⁴.

Ölen eşin mirasçılarının açılmış olan davayı devam ettirme hakkı, diğer eşin kusurunun ispatı ile sınırlı olup ıslahla başka bir davaya dönüştürülmesi söz konusu değildir⁵. Boşanma davası sırasında ölen eşin mirasçılarının diğer eşin kusurunun saptanmasına ilişkin bağımsız bir dava açma hakları yoktur⁶.

* Av., Antalya Barosu, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, mervebusekalayci@gmail.com.

¹ Zahit İmre ve Hasan Erman, Miras Hukuku, (İstanbul: D&R Yayınları, 2018), 50; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, Miras Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 153.

² Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), 277.

³ Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020), 44.

⁴ Gökçen Topuz, "Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçılarının Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar", TAAD, Yıl:3, Sayı:10 (2012):69-94, (s.74 ve s.86)

⁵ Ömer Uğur Gençcan, Son İçtihatlarla Göre Hazırlanmış Boşanma Usul Hukuku Bilimsel Açıklama- Yargıtay Uygulaması, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019), 272.

⁶ Gençcan, Son İçtihatlarla Göre Hazırlanmış Boşanma Usul Hukuku Bilimsel Açıklama- Yargıtay Uygulaması, 280.

Mirasçılardan sadece birinin dahi davaya devam etmesi mümkündür⁷. Ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmemeleri halinde, hakim davaya kendiliğinden devam edemez. Evlilik, boşanma ile değil, ölümle sona ermektedir. Bu durumda hakim, “davanın konusu kalmadığından boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığına” dair karar verir. Kanunda mirasçılardan mevcut davaya devam etmeleri söz edildiğinden, mirasçılar davayı takip etmeyip sonradan pişman olup yeni bir dava açma imkanları yoktur⁸.

Ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmesi halinde ise, konusuz kalan boşanma davası, TMK m.181/2 gereğince, kusur tespiti davasına dönüşmektedir. Bir diğer deyişle, devam edilen dava, boşanma davası olmayıp, boşanmada sağ kalan eşin kusurlu olup olmadığına belirlenmesine yönelik tespit davasıdır. Bu tespit davasının sonucunda, sağ kalan eşin kusur derecesine göre, mirasçılık hakkı etkilenecek hatta sona erebilecektir. Eşlerin kusur denetiminin yapıldığı boşanma sebepleri bakımından bu tespit yapılabilir.

Bu tebliğde öncelikle kusur kavramından bahsedilerek kusur denetimi yapılabilen davalar ile yapılamayan davalar üzerinde durularak TMK m.181/2 hükmünün uygulama alanı belirlenecek, Yargıtay kararlarına göre, iki eşinde kusurlu olduğu hallerde, karşımıza çıkan üç ihtimaller incelenecektir. Bunlar, sağ kalan eşin ölen eşe göre daha fazla kusurlu olması, sağ kalan eşin ölen eşe göre az kusurlu olması bu kusurun boşanmaya sebep verecek derecede olmaması ve sağ kalan eşin ölen eşe göre az kusurlu olması bu kusurun boşanmaya sebep verecek derecede olmasıdır.

I. KUSUR

A. KUSUR TANIMI

Doktrinde kusur, “hukuka aykırı bir fiil işleyen failinin, belli bir zihin ve ruh halini ifade eder. Bu zihin ve ruh hali, kanun ahlak veya akitle men veya emredilen şey kast, ihmâl, tedbirsizlik veya dikkatsizlikle yapmak veya yapmamak” şeklinde tanımlanmıştır⁹. Kusur, “hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimine”¹⁰ veya “hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır (ihmal)”¹¹ şeklinde doktrinde tanımlanmıştır. Eşlerin kusur denetiminin yapıldığı boşanma dava sebepleri fazladır: zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç

⁷ Gençcan, Son İctihatlarla Göre Hazırlanmış Boşanma Usul Hukuku Bilimsel Açıklama- Yargıtay Uygulaması, 243.

⁸ Ahmet Kılıçoğlu, Medenî Kanun’umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2003), 22.

⁹ Seçkin Topuz, Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012), 167.

¹⁰ Fikret Eren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014), 569.

¹¹ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 53.

işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ve terk. Bu sebeplere dayanan boşanma davasında, TMK m.181/2 uygulama alanı bulur. Boşanmaya karar vermesi için bu fiilleri işleyen eşin kusurlu olarak yani bilerek ve isteyerek yaptığını kanaat getirmiş olmalıdır. Bu fiilleri işleyen eşin kusurlu olması gerekir¹².

Kusur kavramı ile hakimin bu konuda nasıl bir belirleme yapacağına önceden kesin bir ölçü koymak ve buna göre tespit yapmak mümkün değildir. Eşlerden birinin sadakatsiz davranışının mı, diğerinin onuru kırıcı tepkilerinin mi daha ağır kusur teşkil edeceği meselesinin nasıl ve ne şekilde çözümlenmesi gerektiğine yönelik görüşünü ilgili kararında açıklamıştır: *“Kusur, çoğu kez kişilerin sosyal ve kültürel yapılarına, değer yargılarına ve çevrelerine göre değişen bir ölçüde soyut, görelî bir kavramdır. O halde önceden şu ya da bu eylemin ya da davranışın daha ziyade kusur veya daha az kusur olarak kabulü ve bu konuda kesin, değişmez, nesnel bir ölçü konulması olanak dışıdır. Bu nedenle Türk Medeni Kanununun 134. maddesine dayanılarak açılan boşanma davalarında, taraflardan hangisinin tutum ve davranışının daha ziyade kusur sayılacağını, başka bir söyleyişle kusurun daha ziyade hangi tarafa ait olduğunu saptamak ve değerlendirmek hâkimin takdir yetkisine aittir. Elbette hâkim bu konudaki takdir yetkisini ve hakkını olayların kendi yapılarına ve oluşlarına özgü yönleri içinde kullanacaktır. Kuşkusuz önceden somut bir kural koymak, belli bir ölçü getirmek, hâkimin takdir yetkisini ve hakkını önleyici ve bağlayıcı nitelik taşıyacağından, sakıncalı bir uygulama sayılmak gerekir”* şeklinde açıklanmıştır¹³. Başka bir kararda¹⁴, bu karara atıf yaparak, tarafların kusurlu davranışlarının belirlenmesi gerektiği ve *“kusurluluk durumlarını ise “kusursuz, az kusurlu, eşit kusurlu, ağır kusurlu veya tam kusurlu eş” şeklinde belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yine Yargıtay, 03.07.1978 tarihli, 5/6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla da “kimin daha fazla kusurlu olduğunu tayin hususunda önceden bir ölçü konulamayacağına ve bu hususta bir içtihadı birleştirmeye gidilemeyeceğine” karar vererek her bir boşanma davasında tarafların kusurluluk durumlarının kendine özgü ve o evliliğe münhasır olduğunu”* belirtilmiştir.

Türk hukukunda boşanma hukukunun dayandığı esas, evlilik birliğinin sarsılmasıdır. Evlilik birliğinin sarsılması esasını kusur¹⁵ esasıyla birlikte

¹² Topuz, “Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçılardan Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar”, 177.

¹³ Yargıtay’ın 03.07.1978 tarihli, 5/6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (Tuğçe Tekben, “Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma Üzerine Bir İnceleme” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı’ya Armağan Özel Sayısı, 18, S. 2, (2021): 1077-1129. (s.1114-1115).

¹⁴ YHGK 11.11.2020, E. 2020/2-244, K. 2020/881 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.25.08.2022).

¹⁵ Yazara göre, boşanmada uygulama alanı bulan ilkeler, kusur ilkesi, irade ilkesi, temelden sarsılma ilkesi, elverişsizlik ilkesi, eylemlî ayrılık ilkesidir. Kusur ilkesine göre, boşanma davası açma hakkı, eşlerden birinin kusurlu olması halinde kusurlu olmayan eşe tanınması olup TMK “kusur ilkesine” zina, hayata kast, pek kötü davranış veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk gibi boşanma sebeplerinde kusursuz veya daha az kusurlu eşe dava açma hakkıdır (Ebru Ceylan, “Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk” Legal Hukuk Dergisi 16, no.190 (2018): 4561 – 4588 (s.4570).

uygulanmakta olup eşlerin boşanma için kusur denetiminin yapılmadığı hal-ler çok istisnai hallerdir¹⁶. Burada kusur denetimi yapılabilen davalar ve yapılamayan davaları ayırmakta fayda vardır.

B. KUSUR DENETİMİ YAPILMAYAN DAVALAR

Kusur unsurunun aranmadığı boşanma davalarında, ölen eşin mirasçılari tarafından davaya devam edilerek sağ kalan eşin kusuru yönünden bir inceleme yapılıp yapılamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kusur unsurunun koşul vakia olarak düzenlenmediği boşanma sebeplerine dayalı açılan boşanma davalarında, ölen eşin mirasçılarının davaya diğer eşin kusurunun tespiti bakımından devam etmesi mümkün değildir. Aksi görüşün kabulü, eşlerin dayandığı boşanma sebebinin mirasçılar tarafından değiştirilmesi; murisin ileri sürmediği kusur iddiasının mirasçılar tarafından ileri sürülmesine yol açacağı belirtilmektedir¹⁷.

Anlaşmalı boşanma (TMK m. 166/3) ve TMK m.166/4 hükmü boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmesine rağmen ortak hayat yeniden kurulamadığı için boşanma davası açılmış ise bu davalar bakımından kusur denetimi yapılmamaktadır. Ayrıca akıl hastalığına dayanan boşanma davasında, dava devam ederken davacının ölmesi, davalı akıl hastasının kusuru, davacının mirasçuları tarafından ispatlanamayacağından, bu sebeple TMK m.181/2 hükmü uygulanmayacağı belirtilmektedir¹⁸. Ancak davacının kusuruyla akıl hastalığına yakalanan davalı eşin boşanma davasında ölmesi ihtimalinde, m.181/2 hükmü uygulanabilecek, bir diğer deyişle davalı eşin mirasçuları davacı eşin kusurunu ispat ederek davacının mirasçılığını engelleyebileceklerdir¹⁹.

Anlaşmalı boşanma, eylemli ayrılık sebebiyle boşanma (TMK m.166/4) ve akıl hastalığı sebebiyle boşanma davalarında, hakim davanın konusu kalmadığından boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığına dair kararı vermesi yeterli olup ayrıca sağ kalan eşin kusurlu olmadığına ilişkin tespit kararı verilmesi davanın mahiyetine uygun düşmeyecektir²⁰.

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında, Türk Medeni Kanunu'nun m.181/2 hükmüne göre, ölen eşin mirasçılarının hak ve yetkileri, murisleri-

¹⁶ Topuz, Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, 189.

¹⁷ Hülya Taş Korkmaz, " Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (2015): 1413-1482, (s.1459); Topuz, Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi,183.

¹⁸ Aytuğ Ceyhan Çakır, Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018), 95; Gençcan, Son İchtihatlarla Göre Hazırlanmış Boşanma Usul Hukuku Bilimsel Açıklama- Yargıtay Uygulaması, 249.

¹⁹ Çakır, Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı, 95.

²⁰ Gençcan, Son İchtihatlarla Göre Hazırlanmış Boşanma Usul Hukuku Bilimsel Açıklama- Yargıtay Uygulaması, 249.

nin sağlığında davacı veya davalı sıfatıyla kendilerine tanına hak ve yetkilerle sınırlı olduğu, eğer dava anlaşmalı boşanma davası (TMK m. 166/3) olarak açılmışsa, bu durumda çekişmeli boşanma davası bulunmadığı, Türk Medeni Kanunu'nun m.181 hükmüyle mirasçılara tanınan davayı devam ettirme hakkı için devam ettirilen davada sağ kalan eşin kusurunun ispatlanması zorunlu olduğu, bu ise ancak "Sağ kalan eşin kusurunun ispatlanma olanağı bulunan" davalarda gerçekleşeceği, anlaşmalı boşanma davasında, sağ kalan eşin kusurunu ölen eş bile tartışmaz ve tartışmaya açmazken ölenin mirasçılarının bunu gerçekleştirmesi kabul edilemeyeceği, mahkemece davalının ölümü ile evlilik birliği sona erdiğinden konusuz kalan boşanma davası hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve anlaşmalı boşanma davasında (TMK m. 166/3) kusur belirlemesi yapılması mümkün olmadığından, davalı mirasçısının kusur belirlemesine yönelik talebinin reddine karar verilmiştir²¹.

Doktrindeki diğer bir görüş ise, kusur unsurunun koşul vakia olarak düzenlenmediği bir boşanma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarında da dava esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından davaya sağ kalan eşin kusurunun tespiti için devam edilebilir. Bu görüşe gerekçe olarak Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümle ölen eşin mirasçılara doğrudan özel bir hak tanıdığı ve söz konusu hükümde boşanma sebepleri arasında bir ayırım gözetilmemesi gösterilmektedir²².

C. KUSUR DENETİMİ YAPILAN DAVALAR

Kusur tespiti yapılabilecek boşanma davalarında, dava sırasında eşlerden biri ölürse, onun mirasçıları bu davaya devam ederek kusurun tespitini isteyebileceklerdir. Mirasçıların davaya devam ettiklerinde savunmaları ne olacaktır? Davaya devam eden mirasçılar, ölen eşin iddia ve savunmalarına bağlı mıdır?²³ Boşanma davası devam ederken, eşlerin birbirlerine yönelik kusur iddia ve savunmalarına dayanak yaptıkları vakialara bakılması gerekir. Şayet mirasçılar, devam ettikleri davada taleplerinin haklı olduğunu göstermek için, ölen eşin boşanma davasında kendisine dayanak yaptığı maddi vakialara dayanıyorlarsa, davanın sebebi aynı olacaktır. Bu şekilde olmayıp da, mirasçılar, boşanma davasında ileri sürülen maddi vakialardan başka delillere dayanıyorlarsa, dava sebebinin (yani dayandıkları vakiaların) da değişmiş olduğunu kabul etmek gerekir²⁴. Doktrindeki görüşe göre, mirasçı-

²¹ Y. 2. H.D. 17.3.2021, E.2021/769, K.2021/2334 ve Y. 2. H.D. 18.3.2019, E.2018/7133, K.2019/2956, (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.04.06.2022).

²² Mehmet Akif Tutumlu, "Boşanma Davası Sürerken Davacının Ölümü Nedeniyle Mirasçıların Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları", Ankara Barosu Dergisi, S.2 (2002):111-128 (s.113); Taş Korkmaz, "Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi", 1458.

²³ Topuz, "Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar", 87-88.

²⁴ Topuz, "Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar", 89-90.

lar sadece boşanma davasında ileri sürülen vakıalar çerçevesinde, sağ kalan eşin kusurlu olduğunu ispat edebilir. Aksi takdirde mirasçılarının diğer boşanma sebeplerine dayanarak davaya devam etmelerinin kabulü, boşanma davasında eşler dışında, eşlerden birinin ölümü halinde mirasçılarının da taraf olacağı anlamına geleceği, kanun koyucunun amacı, mirasçılarının boşanma davasının tarafı haline getirmek olmadığı belirtilmektedir²⁵. Bir başka görüş ise, gerekçe olarak ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilebileceği durumlarda, ölen eşin mirasçılarının gerçek olmayan vakıaları davaya dahil etmek suretiyle sağ kalan eşi miras hakkında yoksun bırakmalarına sebebiyet verebilir²⁶.

Ölen eş, boşanma davasının davacısı durumunda olup da boşanmanın hukuki sebebini karşılayacak vakıaları dava dilekçesinde ve cevaba cevap dilekçesinde belirtmiş ise, mirasçılar ancak bunun delillerini ortaya koyabileceklerdir²⁷. Ölen eş, boşanma davasının davalısı durumunda olup da netice talebinde davanın reddini istemiş ise, onun mirasçıları, boşanma davası açan eşin ileri sürmüş olduğu iddiaları geçersiz kılmaya yönelik deliller haricinde başka vakıalara dayanamayacak ve başka kusur isnatlarında bulunamayacaktır²⁸. Yargıtay, dava veya cevap dilekçesinde usulünce ileri sürülmeyen ve dayanılmayan vakıalar, mirasçılar tarafından öne sürülemeyeceğini belirtmektedir²⁹.

Eşlerden birinin vefatı sebebiyle konusuz hale gelmiş olan boşanma davasında, sağ kalan davacı eş, TMKm.181/2 hükmün uygulandığı davalarda feragat edemeyecektir. Boşanma davasının konusuz kalmasından sonra davacının feragat etmesi, ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmelerini engelleyeceğinden, bu durum TMKm.181/2 hükmün amacıyla bağlaştırmayacaktır³⁰. Davacı sağ kalan eş, davadan feragat etse bile, bu feragat sonuç doğurmayacaktır³¹.

²⁵ Topuz, "Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar", 91.

²⁶ Taş Korkmaz, "Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi", 1422.

²⁷ Taş Korkmaz, "Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi", 1422-1423.

²⁸ Taş Korkmaz, "Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi", 1422-1423.

²⁹ **Y 2. H.D. 2.6.2021, E. 2021/2924, K. 2021/4292** (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.04.06.2022).

³⁰ Kudret Aslan, "Davadan Feragat, Ölen Eşin Mirasçılarının TMK m. 181/2 Hükmüne Göre Davayı Devam Ettirmesine Engel Olabilir mi?", Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi 18, 51(2022): 3 - 68 (s.50).Yazar, davacı sağ kalan eşin feragat etmek suretiyle mirasçılarının davaya devam etmelerinin engellenmesini dürüstlük kurlarına aykırı olduğunu ve hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir.

³¹ Kudret Aslan, "Davadan Feragat, Ölen Eşin Mirasçılarının TMK m. 181/2 Hükmüne Göre Davayı Devam Ettirmesine Engel Olabilir mi?", 41.

D. KUSUR DERECEŚİ

1. GENEL OLARAK

TMK m.181/2 hükmünde, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi için “diğer eşin kusurunun ispatlanması” şartından bahsedilmiştir. Sağ kalan eşin, mirasçılık sıfatını kaybetmesi için boşanma davasında “kusurlu taraf” mı yoksa “asıl kusurlu taraf” mı olması gerekir? Sağ kalan eş, ölen eşine oranla daha az kusurlu ise, kanuna göre mirasçılık sıfatını kaybedecek midir?³² Bu soruların cevabını, kanun metninden, sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesi için kusurun derecesinin ne olması gerektiği anlaşılmamaktadır. Sağ kalan eşin kusur derecesi ile ilgili net bir belirleme yoktur. TMK m.181/2 hükmündeki kusuru ağır kusur olarak kabul edildiğinde, sağ kalan eşin boşanmaya sebep olaylarda az kusurlu veya eşit kusurlu olması halinde ölen eşe mirasçı olacaktır³³. Bir görüşe göre, madde metnindeki kusuru, ağır kusur olarak anlamak gerektiğini ifade ederken³⁴; bir başka görüş, sağ kalan eşin mirasçılıktan çıkması için ölen eşe göre fazla kusurlu olması gerektiği belirtmektedir³⁵.

Yargıtay kararlarında iki eşinde kusurlu olduğu hallerde, kusurun derecesi bakımından, az, fazla veya boşanmaya sebep verecek derece olmak üzere kararları mevcuttur. Eşlerden her ikisi de kusurlu ise, ölen eşin sağ kalan eşe göre daha fazla kusurlu olması durumunda sağ kalan eşin mirasçılığı ne olacağı hakkında kesin bir belirleme yoktur.

Eşlerden her ikisi de kusurlu olması ihtimalinde, üç ihtimal karşımıza çıkar:

- Sağ kalan eşin ölen eşe göre daha fazla kusurlu olması,
- Sağ kalan eşin ölen eşe göre az kusurlu olması ve bu kusurun boşanmaya sebep verecek derecede olmaması,
- Sağ kalan eşin ölen eşe göre az kusurlu olması ve bu kusurun boşanmaya sebep verecek derecede olması ihtimalidir.

2. SAĞ KALAN EŞİN ÖLEN EŞE GÖRE DAHA FAZLA KUSURLU OLMASI

Doktrinadaki hakim görüş, eşlerden her ikisi de kusurlu ise, sağ kalan eşin mirasçılığına engel olunması, onun ölen eşe göre daha kusurlu olduğunun ispatı ile mümkün olduğunu belirtmektedir³⁶. Sağ kalan eşin ölen eşine

³² Topuz, Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, 184.

³³ İzzet Doğan, “Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı (TMK m. 181)”, Legal Hukuk Dergisi, 4 (2006): 1031-1036 (s.1034).

³⁴ Kılıçoğlu, Medenî Kanun’umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 22.

³⁵ Doğan, “Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı (TMK m. 181)”, 1034.

³⁶ Kılıçoğlu, Medenî Kanun’umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 22; Topuz, “Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya De-

mirasçılık sıfatını kaybetmesi için, onun kusurunun ölen eşin kusuruyla eşit veya daha ağır olması³⁷, boşanma davasında asli kusurlu taraf olması gerektiği belirtilmiştir³⁸.

TMK m.174 hükmü boşanmada maddi ve manevi tazminat düzenlenmiş olup, boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilecektir. Boşanmada kusurun, bir eşin diğer eşten daha fazla kusurlu olması anlamına geldiği belirtilmektedir. Bu sebeple TMK m.174 hükmüne göre kusurlu taraf, “daha kusurlu taraf” anlamına gelmektedir³⁹. Bu hüküm, TMK m.181/2 hükmü içinde uygulanabilir.

Yargıtay’ın eski tarihli kararlarında, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda, her iki taraf kusurlu olduğunda, hangi tarafın daha fazla kusurlu olduğunu tespitine karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir:

- “...evlilik birliğinin sarsılmasında her iki taraf da kusurlu olmakla birlikte, kocasına göre, davalı kadının daha fazla kusurlu olduğunun tespitine karar verilmesi gerektiğini”⁴⁰,
- “Mahkemece 21.04.2010 tarihli kararla kadının davasının konusu kalmadığından hüküm kurulmasına yer olmadığına, koca mirasçılarının devam ettiği davanın reddine karar verilmiş, iki tarafın temyizi üzerine yapılan ilk incelemede kocanın eşini dövdüğü, sürekli hakaret ettiği, evden kovduğu, evin kilidini değiştirdiği ve dışarı çıkmaması konusunda baskı uyguladığı, kadının ise sürekli malvarlığı edinmeyi talep edip, eşine hakaretlerde bulunduğu, kocanın ölümü nedeniyle Türk Medeni Kanununun 181/2. maddesi uyarınca mirasçıları tarafından takip edilen davada, kadının kusurunun yukarıda açıklanan şekilde tespiti gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir” şeklinde bozulmuş, davacı-karşı davalı kadın karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Dairemizce yapılan yeniden inceleme neticesinde davacı-karşı davalı kadının kusurunun boşanmaya yeter derecede olmadığı anlaşılmış ancak bu husus ilk incelemede gözden kaçtığından, hüküm bozulmuş olmakla, davacı-karşı davalı kadının karar düzeltme isteğinin bu sebeple yerinde görüldüğünden kabulüne, Dairemizin 29.11.2011 gün ve 2010/13641 esas, 2011/20106 karar sayılı bozma

vam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar”, 87; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2022), 143.

³⁷ Topuz, Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, 183.

³⁸ Topuz, Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, 184.

³⁹ Mustafa Aksu, Boşanma Davası Sırasında Ölümün Eşin Mirasçılığına Etkisi, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 490; Mehmet Akif Tutumlu, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku Cilt 2, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 1203.

⁴⁰ Y. 2. H. D. 29.3.2013, E. 2012/7536, K. 2013/8715 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/>, E.T. 25.08.2022).

ilamının kaldırılmasına, temyiz edilen karardaki davanın reddine ilişkin hükmün davacı-karşı davalı kadının boşanmaya yeter derece kusurlu olmadığına tespitine yönelik olduğunun anlaşılmasına göre onanmasına"⁴¹,

- “Mahkemece evliliğin ölüm ile sona ermesi nedeniyle boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi ve yine yalnızca boşanmaya neden olan olaylar değerlendirildiği, davalının (kadının) evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda daha fazla kusurlu olup olmadığına tespiti ile yetinilmesi gerektiğini"⁴²,
- “...davacı mirasçısı MK.’nun 181/2. maddesi gereğince davayı takip edeceğini beyan ettiğinden davada eşlerden hangisinin daha ziyade kusurlu olduğunun tespit edilmesinden ibaret"⁴³
- “Boşanma veya evlilik birliğinin iptali davası açan davacının davanın devamı sırasında ölümü halinde mirasçıları veya mirasçılardan biri davayı devam ettirebilecek, davada sadece eşlerin kusur durumları belirlenecek, hakim boşanmaya karar vermeyecek, sadece eşlerin hangisinin tamamen veya daha fazla kusurlu olduğunu belirleyecektir. Davacı(koca) 18.02.2002 tarihinde boşanma davası açmış 23.12.2002 tarihinde ölmüştür. Türk Medeni Kanununun 181. maddesi gereğince evlilik birliği ölümle sona erdiğinden boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığına ve Türk Medeni Kanununun 181. maddesi gereğince toplanan delillere göre hangi tarafın kusurlu olduğu veya tamamen kusurlu olduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken davacı(koca) sağlamış gibi kesin hüküm oluşturacak şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir"⁴⁴
- “...yalnızca boşanmaya neden olan olaylar değerlendirilip, davalının (kadının) evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda daha fazla kusurlu olup olmadığına tespiti ile yetinilmesi gerekir"⁴⁵.

Yargıtay’ın yeni tarihli kararlarında ise, bu anlayış terk edilmiştir. İki taraf da kusurlu olduğunda, sağ kalan eşin fazla kusurlu olmasını aramamıştır. Bu kısım ileride incelenecektir.

⁴¹ Y. 2. H. D. 5.4.2012, E. 2012/4829, K. 2012/8525 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/>, E.T. 25.08.2022).

⁴² Y. 2. H. D. 27.12.2002, E.2002/13667, K. 2002/15100 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/>, E.T. 25.08.2022).

⁴³ Y. 2. H. D. 30.03.2004, E. 2004/691, K.2004/3993 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/>, E.T. 25.08.2022).

⁴⁴ Y. 2. H. D. 22.06.2004, E. 2004/4988, K.2004/8234 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/>, E.T. 25.08.2022).

⁴⁵ Y. 2. H. D. 27.12.2002, E.2002/13667, K. 2002/15100 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/>, E.T. 25.08.2022).

TMK m.181/2 hükmü sağ kalan eşin kusuru nedeniyle cezalandırılması düşüncesiyle hüküm altına alınmış olsa da, bazen de telafisi olmayan durumlara da sebebiyet vermektedir. Örnek olarak;

- Eşlerden birisi zina etmiş olup da diğer eş bunu öğrendiği anda kalp krizi geçirip ölürse, zina eden eş, ölmüş olan eşine mirasçı olabilecektir⁴⁶. Ölen eşin mirasçıları bu durumu öğrenseler de ortada derdest bir boşanma davası olmadığından bu hüküm bu durumdaki soruna çözüm getirmemektedir.
- Ağır kusurlu olup da boşanma davasını açan eşin karşısında hiçbir kusuru olmayıp da davanın reddini talep eden davalı eş, şayet davanın reddi kararının kesinleşmesinden önce ölürse, ölen eşin mirasçıların davaya devam edip sağ kalan eşin kusurunu ispatlarsa ağır kusurlu eş ona mirasçı olamayacaktır; ancak, davanın reddi kararının kesinleşmesinden sadece bir dakika sonra ölürse, ağır kusurlu eş, ölen eşine mirasçı olacaktır. Bu ihtimal doktrinde hakkaniyetle ve mahrumiyet kurumuyla izahı olamayacağı, TMK m. 181/2 hükmünün istenilen amaca ulaşmakta yetersiz kaldığı savunulmaktadır⁴⁷.

3. SAĞ KALAN EŞİN ÖLEN EŞE GÖRE AZ KUSURLU OLMASI VE BU KUSURUN BOŞANMAYA SEBEP VERECEK DERECEDE OLMAMASI

Kanun metninde diğer eşin kusurunun ispatlanmasından bahsedilmektedir. Madde metninden az kusur olsa bile, bu kusurun ispatlanması halinde sağ kalan eşin mirasçılıktan çıkacağı düşünülebilir. Yargıtay'ın son kararlarında, sağ kalan eşin az kusurlu olduğu ve bu kusurun boşanmaya sebep verecek derecede olmadığı ihtimalde, kusur olmadığından veya az kusuru nedeniyle daha önceki kararlardaki gibi sağ kalan eşin kusurlu olmadığı tespit edilmektedir. Bu tespit kararın sonucunda, sağ kalan eş, az kusurlu olduğundan ve kusuru boşanmaya sebep verecek ağırlıkta olmadığından sağ kalan eş mirasçı kalmaya devam edecektir. Yargıtay'ın bir kararında, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk etmesi, terk edilene terk sebebiyle (TMK. m. 164) boşanmayı isteme hakkı verse de, terk olgusu tek başına TMK m.166/1 hükmü gereği boşanma sebebini oluşturmadığı ve sağ kalan davalı eşin boşanmaya sebebiyet verecek herhangi bir kusurlu davranışı ispatlanamadığından, davalı sağ kalan kadının boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olmadığına tespitine karar verilmiştir⁴⁸.

⁴⁶ Seçkin Topuz "Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesinin (TMK m.181 f.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa'nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi". İÜHF M C. LXX, S. 2 (2012) 221-256 (s.250).

⁴⁷ Seçkin Topuz "Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesinin (TMK m.181 f.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa'nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi", 250.

⁴⁸ "davacı erkeğin, dava dilekçesinde sadece terk olgusuna dayandığı anlaşılmaktadır. Davacı erkek tarafından, dava dilekçesinde usulünce ileri sürülmeyen ve dayanılmayan

Terk olaylarında, eve dön ihtarı ile eşin ortak konuta dönmesinin istenildiği, bu durum, eşin ihtar talep tarihinden önceki kusurlu davranışlarının affedilip, en azından hoşgörülle karşılandığına ve bu nedenle yeniden birlikte yaşama isteğine ilişkin bir irade açıklaması niteliğinde olduğundan, affedilen veya hoşgörülle karşılanan olaylar, boşanma sebebi olamayacaktır. Yargıtay kararlarında, davacı – karşı davalı müteveffa erkeğin, eşinin ihtardan önceki kusurlarını affettiği, ihtar tarihinden sonrası için de tarafların bir araya gelmedikleri gibi davalı – karşı davacı kadından kaynaklanan boşanmaya sebep olabilecek nitelikte yeni bir olayın varlığının kanıtlanamadığı, sağ kalan eşin (davalı – karşı davacı kadının), boşanmaya sebebiyet verecek kusurunun bulunmadığının tespitine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁹.

4. SAĞ KALAN EŞİN ÖLEN EŞE GÖRE AZ KUSURLU OLMASI VE BU KUSURUN BOŞANMAYA SEBEP VERECEK DERECEDE OLMASI

En sıkıntılı durum bu durumdur. Yargıtay güncel kararlarında, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda sağ kalan eşin daha fazla kusurlu olup olmadığına bakmaksızın (daha önceki kararlarında fazla kusur arıyordu), sağ kalan eş diğer eşe göre daha az kusurlu olmasına rağmen boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusuru olması halinde sağ kalan eşin “boşanmaya sebep verecek derecede kusurlu olduğunun tespitine” karar verilmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır⁵⁰.

vakalar, mirasçılar tarafından öne sürülemeyeceğine göre, davalı kadına kusur olarak yüklenemez. Eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla diğerini terk etmesi, terk edilene terk sebebiyle (TMK.md.164) boşanmayı isteme hakkı verirse de, terk olgusu tek başına Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesindeki boşanma sebebini oluşturmaz. Gerçekleşen bu duruma göre, sağ kalan davalı eşin boşanmaya sebebiyet verecek herhangi bir kusurlu davranışı ispatlanamamıştır. O halde, davalı kadının boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olmadığına tespitine karar verilmesi gerekirken; yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir-, T.C. Yargıtay 2. H.D. E. 2021/2924, K. 2021/4292, T. 2.6.2021 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.04.06.2022).

⁴⁹ “davacı-karşı davalı müteveffa erkeğin dayanak boşanma dosyasında davalı-karşı davacı kadına 20/12/2005 tarihinde gönderdiği eve dön ihtarı ile kadının ortak konuta dönmesini istediği anlaşılmaktadır. Bu durum, eşin ihtar talep tarihinden önceki kusurlu davranışlarının affedilip, en azından hoşgörülle karşılandığına ve bu nedenle yeniden birlikte yaşama isteğine ilişkin bir irade açıklaması niteliğindedir. Affedilen veya hoşgörülle karşılanan olaylar ise boşanma sebebi olamaz. Davacı-karşı davalı müteveffa erkeğin, bu şekilde eşinin ihtardan önceki kusurlarını affettiği, ihtar tarihinden sonrası için de tarafların bir araya gelmedikleri gibi davalı-karşı davacı kadından kaynaklanan boşanmaya sebep olabilecek nitelikte yeni bir olayın varlığının da kanıtlanamadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle iken sağ kalan eşin (davalı-karşı davacı kadının) boşanmaya sebebiyet verecek kusurunun bulunmadığının tespitine karar verilecek yerde yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir”, Y. 2. H.D. 29.6.2020, E. 2020/2125, K. 2020/3438 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.06.06.2022).

⁵⁰ “Mahkemece davacı erkeğin mirasçılarının davaya dahil edilerek, konusuz kalan boşanma davası hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm tesis edilmek ve kusur belirlemesi bakımından davaya devam edilmek suretiyle, sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurunun bulunup bulunmadığı hususunda bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir” (Y. 2. H. D. 31.3.2022, E. 2022/1115, K.

TMK m.181/2 hükmü diğer eşin kusurunun ispatlanmasını yeterli kabul etmiş, ölen eşin kusurunun diğer eşe göre daha az, ya da daha çok olması yönünden bir ayrıma gitmediği belirtilmektedir⁵¹. Sağ kalan eşin kusuru, boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olması yeterli görülmüştür⁵². Bu kusur, az, eşit veya ağır kusur olabilecektir⁵³.

Hiç kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak elde edemeyeceği gerekçeyle, sağ kalan eşin kusuru, boşanmaya yol açacak nitelikte ve taraflar eşit kusurlu olsa bile, sağ kalan eş, mirasçılık sıfatını kaybedecektir⁵⁴.

Yargıtay kararlarında; sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olup olmadığına karar verilmesi ile yetinilmesi gerektiği, “Boşanmaya sebep olaylarda davacı –davalı erkeğin ağır kusurlu, davalı –davacı kadının ise hafif kusurlu olduğunun tespitine”⁵⁵, “Boşanmaya sebep olaylarda davacı erkeğin tam kusurlu olduğunun tespitine”⁵⁶ veya “Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olduğunun tespitine”⁵⁷ şeklinde hüküm kurulmasının doğru görülmediği belirtilmektedir.,

2022/3150 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.06.06.2022)); “Evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki sebebine dayalı boşanma davasında yargılama devam ederken davacı erkeğin ölümü üzerine davaya TMK 181/2. madde uyarınca davacı erkeğin mirasçıları tarafından devam edilmiştir. İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda; davacının ölümü ile evlilik birliği sona erdiğinden konusuz kalan boşanma davası hakkında karar verilmesine yer olmadığına, davacı erkeğin ağır, davalı kadının hafif kusurlu olduğuna hükmedilmiştir. Anılan kararın davacı mirasçıları tarafından kusur belirlemesi yönünden, davalı kadın tarafından hükmün tamamına yönelik istinaf edilmesi üzerine bölge adliye mahkemesince davacı mirasçılarının istinaf başvurusunun kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının gerekçe kısmının kaldırılmasına ve gerekçesinde açıklandığı şekilde düzeltilmesine karar verilmiş, kadının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Mahkemece kararın gerekçe kısmında kusura ilişkin açıklama yapılmış ise de, hüküm kısmında TMK 181/2. maddesi uyarınca sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurunun bulunup bulunmadığı yönünden eda hükmü oluşturacak ve infazda tereddüt oluşturmayacak şekilde hüküm kurulmaması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir” (Y.2. H. D. 27.10.2021, E. 2021/6452, K. 2021/7821 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.06.06.2022)).

⁵¹ Y. 10. H. D. 13.10.2016, E. 2015/21224, K. 2016/12407 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.23.08.2022) ve Y. 10. H. D. 10.04.2018, E. 2015/20973, K. 2018/3303 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.25.08.2022).

⁵² “davalı-karşı davacı kadının boşanmayı gerektirecek derecede kusurlu olduğunun anlaşılmasına göre, davalı-karşı davacı kadın mirasçılarının temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına karar vermek gerekmiştir.” Y. 2. H. D. 27.11.2019, E. 2019/3673, K. 2019/11598 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.25.08.2022).

⁵³ Gençcan, Son İchtihatlarla Göre Hazırlanmış Boşanma Usul Hukuku Bilimsel Açıklama- Yargıtay Uygulaması, 277.

⁵⁴ Tutumlu, “Boşanma Davası Süreken Davacının Ölümü Nedeniyle Mirasçıların Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları”, 125.

⁵⁵ Y. 2. H. D. 2.6.2021, E. 2021/2389, K. 2021/4282, (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.04.06.2022) ve Y. 2. H. D. 16.12.2020, E. 2020/5618, K. 2020/6501 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.06.06.2022).

⁵⁶ Y. 2. H. D. 27.5.2021, E. 2021/2556, K. 2021/4012 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.04.06.2022).

⁵⁷ “Somut olayda, Bölge Adliye Mahkemesince, Türk Medeni Kanunu'nun 181/2 maddesi gereğince sağ kalan eş ...'nın boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olduğunun tespitine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken “Evlilik birliğinin temelinden sarsılması-

İki eşin de kusurlu olduğu ihtimalde, davacı sağ kalan eşin kusuru eşini toplum içinde küçümsemesi, ölen eşin kusuru ise sağ kalan eşe şiddet uyguladığı, aşırı derecede alkol kullanarak hakaretler ettiği, evin giderleri için yeteri kadar katkıda bulunmadığı ve istemediği halde sağ kalan eşin kumarhanede çalıştırmaya zorladığı yerel mahkemenin ilk kararında tespit edilmiştir⁵⁸. Yerel mahkeme kararı, Yargıtay tarafından bozulmuş, yerel mahkeme de Yargıtay kararına uyarak ölen kocanın daha çok kusurlu olduğu değerlendirilmesi yapılmadan sağ kalan eşin kusurunun, boşanmaya sebebiyet verecek derece kusurlu olması yeterli görülmüştür. Yerel mahkeme tarafından, davacı sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede az da olsa kusurlu olduğu tespit edildiğinden “davalının vefat etmesi nedeniyle davanın konusu kalmadığından boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığı-

na neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olduğunun tespitine” şeklinde hüküm kurulması doğru değil ise de bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün bu yönden düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir” Y. 2. H. D. 25.5.2021, E. 2021/2510, K. 2021/3849 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.04.06.2022).

- ⁵⁸ T.C. Antalya 2.Aile Mahkemesi 12.03.2014, E. 2012/1117, K. 2014/200 sy. ilamında “...toplama delillerden davalının toplum içerisinde eşini küçümsemesi nedeniyle kusuru bulunmakta ise de, davalının davacıya şiddet uyguladığı, aşırı derecede alkol tüketerek hakaretler ettiği, evin giderleri için yeteri kadar katkıda bulunmadığı ve istemediği halde davacıyı kumarhanede çalışmaya zorladığı sabit olduğundan, davalının daha fazla kusurlu hareketleri nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve bu birliği sürdürmenin fayda sağlamayacağı sonucuna varılmış, bu nedenle tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Davacının çalıştığı düzenli ve sürekli gelirinin bulunduğu tespit edildiğinden yoksulluk nafakası talebi reddedilmiş ise de, boşanma nedeniyle maddi menfaatleri zarar göreceğinden ve davalının kusurlu davranışları, özellikle şiddet ve hakarete yönelik eylemleri nedeniyle kişisel hakları zarar gördüğünden, TMK 174. maddesi gereğince ve tarafların belirlenen ekonomik ve sosyal durumları, evli kaldıkları süre, yaşları, davalının kusurunun yoğunluğu ve hakkaniyet ilkesi gözetilerek, davacı yararına maddi ve manevi tazminat miktarları belirlenmiş ve sonuç olarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur. HÜKÜM:Yukarıda açıklanan nedenlerle; 1-Davanın kabulü ile ... davacı ... ile ...davalı ... T.M.K.’nın 166/1 maddesi gereğince BOŞANMALARINA, 2- Davacının sürekli ve düzenli geliri bulunduğundan yoksulluk nafakası talebinin REDDİNE, 3- 15.000,00 TL maddi, 10.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin talebin REDDİNE...” şeklinde karar verilmiştir. Ancak yerel mahkeme kararı, Y. 2.H.D. 27.05.2015, E. 2014/25296, K. 2015/10803 sy. ilamı “evlilik ölümle sona erdiğinden davanın konusu kalmamıştır. Bu husus gözetilerek karar verilmek üzere hükmün bozulması” gerekçesiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Dosya yeniden esas almış, 2016/15 E., 2016/185 K.sy. dosyasıyla “boşanmaya sebebiyet veren olaylarda davalının kusurunun bulunmadığı belirlendiğinden ve yargılama sırasında taraflarca deliller sunulmuş olup davalının ölümü nedeniyle yeniden delil sunulması yasal olarak mümkün olmadığından, bozmadan önce toplanan deliller neticesinde davalının kusurlu olduğunun belirlenmesi nedeniyle davacının kusurlu olmadığına tespitine karar verilmiş.... Yargılama sırasında davalının vefat etmesi nedeni ile davanın konusu kalmadığından boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığına ve davacının kusurlu olmadığına tespitine” şeklinde karar verilmiştir. Bu karar, Y. 2. H. D 13.06.2016, E. 2016/12143, K.,2016/11523 sayılı ilamı ile “davacı kadının eşini aşağıladığı, bu durumda boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında davacı kadının kusurlu olduğunun tespitine karar vermek gerekirken” gerekçesiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur. İş bu ilamda karar düzeltme yolu açık olup, davacı vekili tarafından karar düzeltme yoluna başvurulmuş, Y. 2. H.D. 15.06.2017, E. 2016/20719, K. 2017/7632 sy. ilamı ile karar düzeltme isteğinin reddine karar verilmiştir.

na ve davacının kusurlu olduğunun tespitine” karar verilmiştir⁵⁹. Bu karar, Yargıtay tarafından onanmıştır⁶⁰.

Ölen eşin daha fazla kusuru olmasına rağmen ortaya çıkan sonuç, sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede olması nedeniyle hakka-niyet kurallarına aykırı sonuçlar yaratabilir. Ölen eşin daha fazla kusuru olmasına rağmen, Yargıtay kimin daha fazla kusurlu olduğuna bakmaksızın, sağ kalan eşin kusuru az da olsa boşanmaya sebep verecek ise kusurlu olduğunu belirtmektedir. Ancak yerel mahkeme kararında; davalı ölen kocanın, karısına şiddet uyguladığı, aşırı derecede alkol tüketerek hareketler ettiği, evin giderleri için yeteri kadar katkıda bulunmadığı ve istemediği halde davacı karısını kumarhanede zorla çalıştırmasının, kadının kocasına bu nedenlerle laf söylemesinin nedeni olabileceğinin düşünülmemesi, vicdanları rahatlatmamaktadır⁶¹. Oysa, ilk yerel mahkeme kararında, davalı ölen eşin daha çok kusurlu olduğu, belirtilmiştir. Daha sonra, davalı kocanın ölümü ile davanın mahiyeti (tespit davasına dönüşmüştür) değişmiştir. Ancak davanın mahiyetinin değişmesi, davalı ölen kocanın daha fazla kusurlu olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Sağ kalan eşin kusurlu olması mirasçı olamayacağı anlamına gelmektedir. Eğer davalı, hüküm kesinleşmeden ölmeseydi, davacı eş evliliği süresince maruz kaldığı şiddet ve hakaretler nedeniyle, manevi ve maddi tazminata hak kazanacaktı. Ancak davacı sağ kalan eşin az da olsa bir kusuru olduğu ve bu kusuru da boşanmaya sebebiyet verecek derece olduğu varsayıldığından, sağ kalan eş mirasçı olamadığı gibi, doğrudan boşanma davasının neticesi

⁵⁹ Antalya 2.Aile Mahkemesi 01.02.2018, E. 2017/617, K. 2018/81.

⁶⁰ Y. 2. H. D. 04.03.2019, E. 2018/3087, K. 2019/2073 sayılı ilamı ile yerel mahkeme kararı onanmıştır. İş bu ilamda karar düzeltme yolu açık olup, davacı vekili tarafından karar düzeltme yoluna başvurulmuş, Y. 2 H.D. 13.11.2019, E. 2019/6688, K. 2019/11338 sy. ilamı ile karar düzeltme isteğinin reddine karar verilmiş ve kesinleşmiştir.

⁶¹ Yargıtay'ın tam bu somut olaya benzer bir başka kararında tam tersi karar vermiştir. Mahkemece 21.04.2010 tarihli kararlar kadının davasının "konusu kalmadığından hüküm kurulmasına yer olmadığına, koca mirasçılarının devam ettiği davanın reddine karar verilmiş, iki tarafın temyizi üzerine yapılan ilk incelemede kocanın eşini dövdüğü, sürekli hakaret ettiği, evden kovduğu, evin kilidini değiştirdiği ve dışarı çıkmaması konusunda baskı uyguladığı, kadının ise sürekli malvarlığı edinmeyi talep edip, eşine hakaretlerde bulunduğu, kocanın ölümü nedeniyle Türk Medeni Kanununun 181/2. maddesi uyarınca mirasçıları tarafından takip edilen davada, kadının kusurunun yukarıda açıklanan şekilde tespit edilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir" şeklinde bozulmuş, davacı-karşı davalı kadın karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Dairemizce yapılan yeniden inceleme neticesinde davacı-karşı davalı kadının kusurunun boşanmaya yeter derecede olmadığı anlaşılmış ancak bu husus ilk incelemede gözden kaçtığından, hüküm bozulmuş olmakla, davacı-karşı davalı kadının karar düzeltme isteğinin bu sebeple yerinde görüldüğünden kabulüne, Dairemizin 29.11.2011 gün ve 2010/13641 esas, 2011/20106 karar sayılı bozma ilamının kaldırılmasına, temyiz edilen karardaki davanın reddine ilişkin hükmün davacı-karşı davalı kadının boşanmaya yeter derece kusurlu olmadığına tespitine yönelik olduğunun anlaşılmasına göre onanmasına" karar verilmiştir (Y. 2. H. D. 5.4.2012, E. 2012/4829, K. 2012/8525).

olmayan ve ölen davalı eşin kusurlu davranışları, özellikle şiddet ve hakarete varan eylemleri sebebiyle lehine hükmedilen manevi ve maddi tazminattan dahi yoksun kalmaktadır. Bu durumda arafta kalan sağ kalan eş, yani mirasçı olamayan ve boşanmadığı için maddi ve manevi tazminat alamayan eş, yeni bir dava açması gerekebilecektir.

TMK m. 181/2 hükmü istisnai bir hüküm olması, boşanma davası sırasında ölüm nedeniyle eşin mirasçılığının gerçekleşmemesi istisnai olup dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir⁶². Hükmün gerekçesindeki ifadelerden kusurun boşanmada etkili ve diğer eşe oranla daha kusurlu olması, boşanma hukukundaki diğer düzenlemelerde kusurun veya boşanmada kusurun, diğerlerinden daha kusurlu olmak şeklinde anlaşılması, eşlerin birbirlerine karşı eşit kusurlu olması durumunda dahi eşit kusuru yeterli görmemek ve eşin mirasçılığının gerçekleşmemesi için boşanmada diğer tarafa oranla daha kusurlu olmayı aramak gerektiği belirtilmektedir⁶³. Ancak Yargıtay, eşlerin eşit kusuru⁶⁴ halinde sağ kalan eşe TMK m.181/2 hükmü uygulanacağı, ölen eşin kusurunun diğer eşe göre daha az, ya da daha çok olması yönünden bir ayrıma gitmemektedir⁶⁵. Bir başka sorun ise, yargılama gideri ve karşı vekalet ücretinde doğmaktadır. Kusur tespitine dönüşen davalarda, iki eşin kusurlu olduğu, sağ kalan eşin, ölen eşe göre az kusurlu olması, ancak, bu kusuru boşanmaya sebebiyet verecek derecede olduğu kabul edildiğinde, yerel mahkemenin kararında “vefat sebebiyle davanın konusunun kalmadığından boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığına ve davacı veya davalı (sağ kalan eş) kusurlu olduğunun tespitine, sağ kalan eşten yargılama gideri ve karşı vekalet ücretinin alınarak mirasçılara verilmesine” şeklinde karar verilebilmektedir⁶⁶. Davanın konusuz kaldığında, davaya devam edilerek haksız olan tarafı tespit ederek, aleyhine karar verilecek kişinin yargılama giderleri üzerine mahkum edilmesi gerekir⁶⁷. Sağ kalan eşin tamamen

⁶² Aksu, Boşanma Davası Sırasında Ölümün Eşin Mirasçılığına Etkisi, 489.

⁶³ Aksu, Boşanma Davası Sırasında Ölümün Eşin Mirasçılığına Etkisi, 489-490.

⁶⁴ “Vakıf emeklisi olan kocanın, açılan boşanma davasının yargılaması sırasında vefatıyla, TMK 181’inci madde hükmü gereğince davanın mirasçılar tarafından takip edildiği ve mahkemece, E. K. kusuruz olarak kabul edilmeyerek, tarafların eşit kusurlu olduğunun tespitine hükmedildiği, ve anılan tespit hükmünün kesinleşmesiyle birlikte, davacının hak sahipliği sıfatının da, boşanma davası sonucu tesis edilip 25.12.2013 tarihinde kesinleşen ilamla sona erdiğinin kabulü gerekecektir” Y. 10. H. D. 13.10.2016, E. 2015/21224, K. 2016/12407 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.23.08.2022).

⁶⁵ Y. 10. H. D. 10.04.2018, E. 2015/20973, K. 2018/3303 (<https://lib.kazanci.com.tr>, E.T.25.08.2022).

⁶⁶ Antalya 2.Aile Mahkemesi 01.02.2018, E. 2017/617, K. 2018/81 sy. ilamı ile “davalının vefat etmesi nedeniyle davanın konusu kalmadığından boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığına ve davacının kusurlu olduğunun tespitine,... vekalet ücretinin davacıdan alınarak dahili davalı ...verilmesine,...yargılama giderinin davacıdan alınarak dahili davalılara verilmesine..” karar verilmiştir. Y. 2. H. D. 04.03.2019, E. 2018/3087, K. 2019/2073 sayılı ilamı ile yerel mahkeme kararı onanmıştır. İş bu ilamda karar düzeltme yolu açık olup, davacı vekili tarafından karar düzeltme yoluna başvurulmuş, Y. 2 H.D. 13.11.2019, E. 2019/6688, K. 2019/11338 sy. ilamı ile karar düzeltme isteğinin reddine karar verilmiş ve kesinleşmiştir.

⁶⁷ Hakan Pekkantez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 439.

kusurlu, ölen eşin ise kusursuzmuş gibi yargılama giderleri ve karşı vekalet ücretinden sadece sağ kalan eşin sorumlu tutulması hakkaniyete uygun değildir. Bu durumda, yargılama giderleri için her iki tarafa eşit olarak sorumlu tutulması daha hakkaniyetli olabilir.

Genellikle eşin vefatından sonra mirasçılar tarafından veraset ilanı alınmaktadır. Sulh hukuk mahkemesinden alınan veraset ilamında sağ kalan eşin mirasçı olarak gösterilmesinden dolayı, mirasçılık belgesinin iptali istemli ve mirasçıların tespiti talepli asliye hukuk mahkemesinde ayrıca dava açılmaktadır. Aile mahkemesinde sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olduğu tespit edilip kesinleşmesinden sonra sağ kalan eş yasal mirasçılık sıfatını kaybedecektir. Aile mahkemesinde görülen davanın kesinleşmesi sebebiyle sağ kalan eş, mirasçı olamayacağı için asliye hukuk mahkemesinde açılan mirasçılık belgesinin iptali istemli ve mirasçıların tespiti talepli dava aleyhine sonuçlanacak, yargılama giderleri ve karşı vekalet ücretine hükmedilecektir.

İki davada da, sağ kalan eş, ölen eşe göre daha az kusuru olsa da yargılama giderleri ve karşı vekalet ücretinden tüm kusur sağ kalan eşteymiş gibi sorumlu tutulmaktadır.

SONUÇ

Yargıtay güncel kararlarında, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda sağ kalan eşin daha fazla kusurlu olup olmadığına bakmaksızın (daha önceki kararlarında fazla kusur arıyordu), sağ kalan eş diğer eşe göre daha az kusurlu olmasına rağmen boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusuru olması halinde sağ kalan eşin boşanmaya sebep verecek derecede kusurlu olduğunun tespitine karar verilmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır. Değerlendirme yapılırken ölen eş yaşasaydı aynı kusuru verebilecek miydik ona bakılmalıdır. Ölen eş yaşıyorken fazla kusuru varsa bunun sonuca katlanıyorken vefat etmesi durumunda kusuru yokmuş gibi karar vermek hakkaniyetli olmayacaktır.

Benim görüşüm, iki eşin kusurlu olması durumunda, sağ kalan eşin ölen eşe göre az kusurlu olması ihtimallerinde somut olaya bakılması ve Yargıtay'ın ilk kararlarındaki ve doktrininde kabul ettiği görüş gibi, sağ kalan eşin kusuru, ölen eşe göre daha az ise, sağ kalan eşin az kusurlu, ölen eşin çok kusurlu olduğu tespit edilmesidir. Bu tespit neticesinde, sağ kalan eşin kusuru, ölen eşe göre az ise, sağ kalan eşin mirasçılığının devam etmesidir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut ve Ateş Karaman, Derya. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- Aksu, Mustafa. *Boşanma Davası Sırasında Ölümün Eşin Mirasçılığına Etkisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Aslan, Kudret. "Davadan Feragat, Ölen Eşin Mirasçılarının TMK m. 181/2 Hükmüne Göre Davayı Devam Ettirmesine Engel Olabilir mi?", *Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi* 18, 51(2022): 3 - 68.
- Ceylan, Ebru. "Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk" *Legal Hukuk Dergisi* 16, no.190 (2018): 4561 – 4588.
- Çakır, Ayтуğ Ceyhun. *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.
- Dural, Mustafa; Öğüz, Tufan ve Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Eren, Fikret ve Yücer Aktürk, İpek. *Türk Miras Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Eren, Fikret. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Son İctihatlarla Göre Hazırlanmış Boşanma Usul Hukuku Bilimsel Açıklama- Yargıtay Uygulaması*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Hakan Pekcantez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- İmre, Zahit ve Erman, Hasan. *Miras Hukuku*. İstanbul: D&R Yayınları, 2018.
- İzzet Doğan, "Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı (TMK m. 181)", *Legal Hukuk Dergisi*, 4 (2006): 1031-1036.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Medenî Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Serozan, Rona ve Engin, Baki İlkey. *Miras Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Taş Korkmaz, Hülya. "Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (2015): 1413-1482.

- Tekben, Tuğçe. "Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma Üzerine Bir İnceleme" *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı'ya Armağan Özel Sayısı, 18, S. 2, (2021): 1077-1129.
- Topuz, Gökçen. "Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar", *TAAD*, Yıl:3, Sayı:10 (2012):69-94.
- Topuz, Seçkin. "Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sifatını Kaybetmesinin (TMK m.181 f.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa'nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi". *İÜHFM C. LXX*, S. 2 (2012) 221-256.
- Topuz, Seçkin. *Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.
- Tutulmuş, Mehmet Akif. "Boşanma Davası Sürerken Davacının Ölümü Nedeniyle Mirasçıların Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2 (2002):111-128.
- Tutulmuş, Mehmet Akif. *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku-Cilt 2*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

İSVİÇRE REFORMU IŞIĞINDA TÜRK MİRAS HUKUKU ALANINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

*Gökçen KARASİOĞLU GÜRBÜZ**

GİRİŞ

İsviçre Medeni Kanunu'nda (Art. 457-640 ZGB) yer alan miras hukuku hükümleri, yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1912 yılından bu yana önemli bir değişikliğe uğramamıştır. Aile malvarlığı düşüncesinin kanun yapma tekniğine etkisiyle oluşturulan İsviçre miras hukuku, pratikte bilinen tek aile biçimi olan geleneksel aile modeline göre şekillendirilmiştir.¹ Ancak zamanla toplum arka planının yeni yaşam biçimlerine evrilmesi, ortalama yaşam süresinin artması, boşanmaların çoğalması gibi değişimler temelde mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü artırmaya yönelik çalışmalar yapılmasını zorunlu kılmıştır.² Bu doğrultuda 29 Ağustos 2018³'de Federal Konsey tarafından miras hukuku alanında değişiklikler yapılmasına ilişkin yeni yasa tasarısı yayınlanmış ve 18 Aralık 2020'de yapılan son meclis oylamasıyla miras hukuku reformu kabul edilmiştir.⁴ 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenen kanunun diğer bazı değişikliklerin yanı sıra tasarruf özgürlüğünde önemli bir artış getirdiği ifade edilmelidir.⁵ Tüm bu gerekçelerle Türk hukukunda belirleyici bir role sahip olan İsviçre hukukundaki söz konusu gelişmelerin ele alınması gerekmektedir.⁶

* Arş. Gör., İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, gokcen.karasioglugurbuz@yeniuyzyil.edu.tr.

¹ İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 15. Basım, İstanbul 2021, s. 4.

² BRÜLHART, Marius, "Erbschaften in der Schweiz: Entwicklung seit 1911 und Bedeutung für die Steuern", Social Change in Switzerland, N°20, 2019, s. 3, <https://www.socialchangeswitzerland.ch/?p=1933; E.T. ., 01.06.2022>.

³ <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetz-gebung/erbrecht.html; E.T., 01.06.2022>.

⁴ Federal Konsey reformu üç aşamada ele almaya karar vermiştir. Buna göre öncelikle Gutzwiller önergesi doğrultusunda miras hukukunun "siyasi" revizyonunun gerçekleştirilmesi; sonrasında "teknik" revizyon yapılması ve son olarak miras hukuku hükümleri kapsamında kurumsal halefiyetin kolaylaştırılması şeklinde bir reform planlanmıştır.

⁵ JUNG, Alexandra/FANKHAUSER, Roland; "Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick", Recht 37, 2019, s. 1.

⁶ WOLF, Stephan/HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie; Schweizerisches Erbrecht, 2. Auflage, August 2020, p.10. İsviçre revizyonunun Avrupa Birliği miras hukuku yönetmeliğine uyum sağlayabilmesi için, Avrupa Birliği miras mevzuatında da revizyon yapılması planlanmaktadır. Bu doğrultuda 14 Şubat 2018'de Federal Konsey tarafından istişare planı birlik üye ülkeleriyle paylaşılmıştır. HAIDMAYER, Barbara; "Die Revision des Erbrechts- Änderungen im Pflichtteilsrecht und Unterstützungsanspruch für Lebenspartner" Aktuelle Juristische Praxis (AJP), s. 1545.

I. İsviçre Reformu ve Yürütülen Çalışmalar

İsviçre miras hukuku alanında ilk olarak 2010 yılında mevcut düzenlemenin de dayandığı devlet konseyi üyesi Felix Gutzwiller'in "*Çağdaş Bir Miras Hukukuna Doğru*" isimli önergesinde⁷ miras hukukunun güncel olmadığı açık bir biçimde ifade edilmiş⁸ ve Federal Konsey tarafından 2011 yılında değişikliklerin gerçekleştirilmesi için karar alınmıştır. Federal Adalet Ofisi tarafından Mart 2016'da ilk ön taslak oluşturulmuş⁹ ve ön taslak üzerinde gerçekleştirilen değerlendirmeler neticesinde 29 Ağustos 2018'de kanun taslağı yayınlanmıştır.¹⁰ Federal Meclis tarafından 18 Aralık 2020'de yapılan oylama ile tasarının son hali 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmek üzere kabul edilmiştir.¹¹

II. İsviçre Reformunda Yer Alan Hükümlerin Türk Miras Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

A. Saklı Paylı Mirasçılar ve Saklı Payları

Miras hukuku alanında birbirine zıt gibi görünen iki temel kavram yasal mirasçılık ve ölüme bağlı tasarruflardır. Zira yasal mirasçılıkta kimin mirasçı olacağı kanun tarafından belirlenirken; ölüme bağlı tasarruflarda mirasçılar mirasbırakan tarafından belirlenmektedir.¹² Türk ve İsviçre hukukunda benimsenen karma sistem uyarınca önce yasal mirasçılık ile değiştirilemez kısım düzenlenmekte; bunu takiben mirasbırakana tasarruf oranı tanınmaktadır.¹³ Yasal mirasçıların özel olarak korunan payları, saklı pay olarak adlandırılır.¹⁴ Diğer bir ifadeyle saklı pay, yasal mirasçıya kanunen tanınmış olan ve mirasbırakanın üzerinde tasarruf edemediği hissesinin bir kısmıdır.¹⁵

Sosyo-ekonomik ve demografik değişmelerin temel etkilerinden biri de saklı paya karşı ölüme bağlı tasarruf serbestliğinin savunulmasıdır. Bu du-

⁷ BADDELEY, Margareta; "De la motion Gutzwiller à l'Avant-projet du Conseil fédéral du 4 Mars 2016 : Aperçu Sommaire de La Proposition de Réforme." In: La Pratique Du Droit De La Famille, 2016, Vol. 17, n. 3, s. 568. <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:86501>

⁸ Felix Gutzwiller tarafından sunulan 10.3524 sayılı önerge için bkz. BREITSCHMID, Peter; "Standort und Zukunft des Erbrechts", Succesio, Y. 2009, s. 276. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20103524>; E.T. 01.06.2022.

⁹ JAKOB, Dominique; "Draft revision of Swiss inheritance law: impact on estate planning via foundations and trusts", Trusts & Trustees, Vol. 23, No. 6, July 2017, s. 705.

¹⁰ <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetz-gebung/erbrecht.html>; E.T., 01.06.2022.

¹¹ <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/2688/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-2688-de-pdf-a.pdf>; E.T., 02.06.2022.

¹² İMRE/ERMAN, s. 230.

¹³ SEROZAN, Rona; "Miras Hukukunun Gelişim Süreci: Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimine Etkileri", İÜHF, C. LXXIII, S. 1, Y. 2015, s. 536.

¹⁴ SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkyay; Miras Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2019, s. 161.

¹⁵ WOLF /HRUBESCH-MILLAUER, ps. 47; İMRE/ERMAN, s. 231.

ruma bir başka gerekçe olarak saklı payın mirasbırakanın duygusal ve ruhsal durumundan bağımsız şekilde bahşedilen bir hak olması gösterilmektedir.¹⁶ İşte İsviçre revizyonunun ana fikrini de saklı payları azaltarak mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün artırılması oluşturmaktadır.¹⁷ Bu doğrultuda kabul edilen tasarı ile altsoyun saklı payı yasal miras payının dörtte üçünden yarısına indirilmiş, ana babanın saklı payı ise tamamen kaldırılmıştır (Art. 470 E-ZGB)¹⁸. Sağ kalan eş veya kayıtlı ortak¹⁹ için saklı pay oranı, yasal miras payının yarısında tutulmuştur.

Netice itibariyle saklı pay, kanunla altsoy ve hayatta kalan eşe veya kayıtlı ortağa atfedilen mirasın yarısı olarak kararlaştırılmıştır (Art. 471 E-ZGB). Böylece, mirasbırakanın malvarlığını kendi seçtiği kişilere daha özgürce ve daha geniş ölçüde elden çıkarmasına imkân tanınmış olmaktadır.

Türk hukukunda ise saklı paylı mirasçılar; mirasbırakanın altsoyu, ana ve babası ile sağ kalan eş olarak ifade edilmektedir (TMK m. 506). 743 sayılı Kanun ile kıyaslandığında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda altsoyun, ana ve babanın saklı paylarını azaltıldığı; sağ kalan eşin ise saklı payının artırıldığı görülmektedir.²⁰ Nitekim 2007 yılında gerçekleştirilen değişiklik ile de kardeşlerin saklı payı kaldırılmıştır.²¹ Söz konusu gelişmelerde saklı pay oranlarının yeniden belirlenmesi kanun koyucunun genel eğiliminin tasarruf nisabının artırılması yönünde olduğunu göstermektedir. Bu doğrultuda İsviçre reformunun saklı pay oranlarını daraltan düzenlemelerinin Türk miras hukukunu etkileyeceği öngörülse de örf ve adetin kanun koyucu tarafından göz ardı edilmesi mümkün değildir.²² Aile hukukunda meydana gelen değişimlere ve çözümlere rağmen²³ kanaatimizce Türk aile yapısının gereği olarak ana ve babanın saklı payının kaldırılmasına ilişkin bir düzenlemenin henüz yerinde olmadığı ifade edilmelidir.²⁴

¹⁶ SEROZAN, s. 536.

¹⁷ HAIDMAYER, s. 1541.

¹⁸ WOLF /HRUBESCH-MILLAUER, ps. 101; JAKOB, s. 706.

¹⁹ İsviçre'de 1 Ocak 2007 tarihinde aynı cinsten çiftlerin birlikteliklerini nüfus kütüğüne kayıt oluşturmalarına imkân tanıyan kanun yürürlüğe girmiştir. "Kayıtlı ortaklık", sağ kalan eşin yanı sıra diğer sağ kalan kayıtlı ortağa da yasal miras hakkının tanınmasına cevaz vermektedir. HAIDMAYER, s. 1545.

²⁰ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde saklı pay oranları; altsoy için yasal miras payının dörtte üçü, ana baba için yasal miras payının yarısı, kardeşler için yasal miras payının dörtte biri, sağ kalan eş için ise birinci zümre ile mirasçı olması halinde yasal miras payının tamamı; diğer zümrelerle birleşmiş veya tek başına mirasçı olmuş ise, yasal miras payının yarısıdır.

²¹ R.G. 04.05.2007 Tarih ve 5650 sayılı Kanun.

²² İMRE/ERMAN, s. 232.

²³ SEROZAN, Rona; "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Y. 2016, s. 560.

²⁴ NAR, Ahmet; "İsviçre'deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları", ERÜHFD, C.14, S. 2, Y. 2019, s. 341.

B. Miras Bırakanın Tenkise Tabi Tasarrufları

Mirasbırakan, gerçekleştirmiş olduğu sağlararası veya ölüme bağlı tasarrufları ile mirasçılarının saklı paylarını ihlal etmiş olabilir.²⁵ Kanun koyucu bu ihtimal karşısında saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçıların, mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarrufların tenkisini dava etmelerinin mümkün olduğunu hükme bağlamıştır (TMK m. 560, Art. 522 ZGB) Bir diğer ifadeyle tenkis davası, niteliği itibarıyla saklı payın bir yaptırımını olarak ifade edilmektedir.²⁶

İsviçre tasarısında tenkise tabi hukuki işlemlere getirilen değişiklik ile terekeden fayda elde eden yasal mirasçıların söz konusu değerlerinin de tenkise tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır (Art. 522 E-ZGB). Mirasçıların yasal miras payları nedeniyle elde ettikleri değerlerin tenkisi ise takip eden hükümde düzenlenmiştir (Art. 523 E-ZGB). İlgili hükme göre, mirasçılar aynı zamanda saklı paylı mirasçılar arasında yer almaktalarsa, saklı payı aşan kısım tenkise tabi tutulmaktadır.²⁷ Söz konusu değişikliğin, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün artırması bakımından oldukça önemli olduğu ifade edilmelidir. Türk hukuku bakımından ilgili değişiklik değerlendirildiğinde ise hukukumuzda yasal mirasçılığın halen önemini koruduğu görülmektedir. Dolayısıyla İsviçre revizyonu ile öngörülen değişikliğin yakın gelecekte hukukumuzda uygulanması kanaatimizce mümkün değildir.

C. Fiili Hayat Ortakları için Destek Talebi

İsviçre’de demografik dinamikler, yasal miras hukukunun resmi ilişkiler yerine fiili durumlara dayandırılması yönünde ciddi bir eğilim içindedir. Nitekim İsviçre revizyonun da başlangıç noktasını, toplumda yaşam birlikteliklerinin çeşitlenmesi durumları oluşturmaktadır.²⁸ Tasarının ilk halinde “*Fiili hayat ortaklığı*”²⁹ şeklinde ifade edilen yaşam birliktelikleri bakımından “*destek talebi*” müessesesi geliştirildiği görülmektedir.³⁰³¹

²⁵ İMRE/ERMAN, s. 261.

²⁶ WOLF /HRUBESCH-MILLAUER, ps. 279; İMRE/ERMAN, s. 261.

²⁷ JUNGO/FANKHAUSER, ps. 7.

²⁸ BREITSCHMID, Peter; “Erbrecht: Stabilität und Reform...und der Übergang von fortdauernder Reform zu Stabilität”, *Successio*, 2020, s. 402; JUNGO/FANKHAUSER, s. 9.

²⁹ “Fiili hayat ortaklığı” kavramının içinde iki durum bulunmaktadır. Bunlardan ilki “nichteheliche Lebensgemeinschaft” şeklinde ifade edilen iki kişinin evlilik veya kayıtlı birliktelik olmaksızın kalıcı olarak beraber yaşaması halidir. Diğer durum ise “eingetragene Lebenspartnerschaft” şeklinde ifade edilen ise aynı cinsten iki insanın beraber yaşaması halidir. <https://beratung.de/>; E.T., 02.06.2022.

³⁰ NAR, s. 331.

³¹ JUNGO/FANKHAUSER, s. 10. Ön tasarıda “bakım mirası” olarak ifade edilen durum, fiili hayat ortağının mirasbırakan ile en az üç yıl birlikte yaşaması ve yine mirasbırakan yararına önemli fayda sağlamış olması şartları oluştuğunda talepte bulunulabileceğini şeklinde düzenlenmiştir. Yine fiili ortağın, ölümün öğrenilmesinden itibaren 3 ay içinde talepte bulunması gerektiği de hükümde yer almaktadır. İlgili hüküm İsviçre’de genel itibarıyla uygulanan bir yıllık sürenin yanında oldukça kısa bulunmuş, usul ve ispat hukuku yönünden taraflara

“Destek talebi”, “fiili hayat ortakları”nın belirli şartların mevcudiyeti halinde terekeden hak talep edebileceğini hükme bağlamaktadır.³² Söz konusu hüküm uyarınca, fiili ortaklığın en az beş yıl sürmüş olması ve talepte bulunan ortağın desteğe muhtaç olması hallerinin kümülatif olarak bulunması halinde şartların gerçekleştiği kabul edilecektir.³³ Destek talebinin vasiyetname ya da miras sözleşmesi yoluyla kullanımının engellenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla talep, terekeye yönelik bir miras borcunu temsil etmektedir. Destek talebinin kabul edilmesi halinde tutar, irat şeklinde ödenecektir. Ödenecek tutar, yaş³⁴ ve miktar³⁵ bakımından sınırlandırılmıştır.³⁶ Böylelikle yasal mirasçılarının miras paylarına aşırı müdahalenin önlenmesi amaçlanmıştır.³⁷ Mirasbırakanın terekesini ve mirasın paylaşılmasını etkileyen destek talebinin kullanılması, mirasbırakanın ölümden sonra üç aylık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır.³⁸ Mahkeme, başvurunun ardından talebi inceler ve aylık ödenecek destek tutarını belirler. Mali koşulların değişmesi halinde, hâkim destek talebinin tutarının değiştirilmesine ya da kaldırılmasına karar verebilir. Ancak ön tasarı ve tasarıda önemli eleştirilere tabi tutulan düzenleme nihai durumda sosyal ve politik sebeplerle kabul edilmemiştir.³⁹

Türk hukukunda yasal mirasçılar, mirasbırakanın kan hısımlarıdır. Sağ kalan eş de yasal mirasçılar arasında yer almaktadır⁴⁰ (TMK m. 499). Diğer bir ifadeyle miras hukukumuzda sağ kalan eş dışındaki hayat ortaklıklarına yasal mirasçılık hakkı tanınmamıştır. İsviçre revizyonunda “destek talebi” şeklinde ifade edilen müessesenin değerlendirilebilmesi için kanun koyucunun hukuk politikasına ve tercihlerine bakılması gerekmektedir. Türk hukukunda evlilik, ailenin kurulmasında tek ve temel kurumdur. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu tarafından evlilik dışında kalan hayat birliklikleri aile hukuku kapsamı dışında bırakılmıştır.⁴¹ Nitekim, hukuken bütünüyle düzenlenen ve bir yaşam kurumu olan evlilik, açık bir biçimde diğer hayat birlikliklerinden ayrılmaktadır.⁴² Ancak değişen koşullar neticesinde kanun koyu-

zorluk yaşatacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. JAKOB, s. 707. Nitekim ilgili düzenleme sosyopolitik gerekçelerle kabul edilmemiştir.

³² HAIDMAYER, s. 1551.

³³ JUNGO/FANKHAUSER, s. 10.

³⁴ Toplam tutar, fiili hayat ortağının 100 yaşına kadar alacağı sosyal yardım kanunu kapsamındaki tutarı aşamaz. JUNGO/FANKHAUSER, s. 10.

³⁵ Toplam tutar mirasbırakanın ölüm anındaki net terekesinin dörtte birini aşamaz. JUNGO/FANKHAUSER, s. 10.

³⁶ HAIDMAYER, s. 1551.

³⁷ NAR, s. 344.

³⁸ HAIDMAYER, s. 1552.

³⁹ <https://fedlex.data.admin.ch/>; E.T., 06.06.2022. İlgili hüküm Ulusal Konsey'de 94'e karşı 90 oyla reddedilmiştir. Bu sebeple uygun bir modelin gelecekte uygulanabilir olduğuna dair bkz. BREITSCHMID, s. 402.

⁴⁰ İMRE/ERMAN, s. 15.

⁴¹ TEKDOĞAN BAHÇIVANCI, Işıl; Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk, TAAD, C. 9, S. 33, Y. 2018, s. 678.

⁴² HAUSHEER, Heinz, “Türk İsviçre Hukuk Topluluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler”, çev. Bilge ÖZTAN, TBB Dergisi, S. 76, Y. 2008, s. 206.

cu ve dolayısıyla hâkimin, hukuk yaratma yolu ile her iki hayat ortaklığının benzer ve farklı tarafları sorusuyla giderek daha fazla meşgul olmaya başladığı yadsınamaz bir gerçektir.⁴³ Bu doğrultuda bir çıkış noktası olarak destekten yoksun kalma tazminatı örneği verilebilir (TMK m. 53)⁴⁴. Zira destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin mirasçısı olarak geride bırakmış olduğu kişilere değil, ölenin desteğinden yoksun kalan kimselere aittir.⁴⁵ Fiili birlikteliklerin uzun süreli olması ve ortak bir çocuğun varlığı halinde bu yöndeki bir düzenlemenin miras hukukuna uygulanabilirliği tartışmaya açık olsa da kanunkoyucunun görevi, menfaat dengesini dikkate alarak en uygun çözümü üretilmesini sağlamaktır.⁴⁶

D. Boşanma Davasında Eşlerden Birinin Ölümünün Sağ Kalan Eşin Mirasçılığına Etkisi

İsviçre hukukunda, mevcut düzenlemede, boşanma kararının kesinleşmesinin eşlerin mirasçılığına etkisi açıkça düzenlenmiş ancak dava devam ederken eşlerden birinin ölümünün sağ kalan eşin mirasçılığına etkisi düzenlenmemiştir (Art. 120 ZGB).⁴⁷

Yeni İsviçre tasarısı ile boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde, boşanma davasının müştereken açılmış olması veya her iki eşin de prensipte boşanmaya rıza göstermeleri veyahut eşlerin en az iki yıldan beri ayrı yaşamaları durumunda sağ kalan eşin saklı pay hakkını kaybedeceği hükme bağlanmıştır (Art. 472 E-ZGB).⁴⁸ Bir diğer ifadeyle, tasarıda sayılan şartların yer almadığı boşanma davalarında eşlerden birinin ölümü sağ kalan eşin mirasçılığına etki etmeyecektir.⁴⁹

Türk hukukunda ise boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması halinde, sağ eşin, ölen eşin yasal mirasçısı olamayacağı ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybedeceği hükme bağlanmıştır (TMK m. 181/II). Dolayısıyla İsviçre reformunda planlanan hüküm ile Türk hukukun-

⁴³ HAUSHEER, s. 205.

⁴⁴ "Destekten yoksun kalma tazminatının istenebilmesi için ölen kişi ile destekten yoksun kalan kişi arasında fiili ve duygusal bir bağın olması yeterlidir. Tazminat hakkına sahip olabilmesi için yasal nafaka yükümlülüğünün bulunması gerekmemektedir. Öte yandan, miras bırakanın evli olmadığı ve arasında akrabalık bağı olmamasına rağmen birlikte yaşadığı kişiler de sosyal olarak korunmaya değer görülmektedirler. Miras bırakanın ölümü halinde destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilen, miras bırakanın en özel kişilik hakları üzerinde ölümünün ardından yetkili olan ve son sözü söyleyebilen kişilerin kanunen tereke üzerinde de hak sahibi olabilmeleri gerekir." SEROZAN, s. 548.

⁴⁵ Yargıtay 17. HD., 2014/10266E., 2015/5025K., 30.03.2015 T., Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T., 05.06.2022.

⁴⁶ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, s. 227; NAR, s. 347.

⁴⁷ Kanun koyucunun boşanma davası bakımından bilinçli susmayı tercih ettiğine ilişkin bkz. DURAL/ÖZ, s. 45.

⁴⁸ JUNGO/FANKHAUSER, s. 4.

⁴⁹ İlgili hükme getirilen eleştiriler için bkz. BREITSCHMID, s. 404; NAR, s. 350.

da yer alan mevcut düzenleme arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Söz konusu farklılıklardan ilki hukuki etkinin gerçekleşmesi bakımındandır. Zira İsviçre tasarısıyla, mirasbırakanın ölümü sağ kalan eşin miras hukuku bakımından haklarını kendiliğinden sona erdirirken; Türk hukuku bakımından mirasçıların sağ kalan diğer eşin kusurunu ispatlaması gerekmektedir. Diğer bir fark ise, boşanma davasının ortak bir talep ile açılması bakımındandır. Zira Türk hukukunda ilgili hükmün uygulanabilmesi için eşlerin ortak bir talep ile boşanma davası açmalarına gerek yoktur. İsviçre hukukunda ise eşlerin müştereken boşanma davasını açmış olmaları veya her iki eşin de prensipte boşanmaya rıza göstermeleri gerekmektedir.⁵⁰ Bir diğer fark ise, davanın sağ kalan eşin mirasçılığına etkisi bakımındandır. Zira, TMK m. 181/II hükmünün şartları oluştuğu takdirde, sağ kalan eş yasal mirasçılık payını kaybetmektedir. İsviçre tasarısında ise, yine şartların oluşması halinde, sağ kalan eş saklı payını kaybetmekte ancak yasal mirasçılık sıfatı devam etmektedir.

Türk hukukunda ciddi eleştirilere tabi tutulan TMK m. 181/II hükmünün İsviçre tasarısından etkileneneği kuşkusuzdur. Bu konuda düzenleme gerçekleştirilirken kanaatimizce dikkate alınması gereken hususların başında sağ kalan eşin mirasçılığını diğer mirasçılarının iradesine bırakan düşüncenin yeniden ele alınması olduğu ifade edilmelidir. Bir diğer husus ise, sağ kalan eşin mirasçılığının sona ermesi bakımından kusurun değil⁵¹; hangi boşanma sebebine dayanılmışsa o sebebin koşullarının gerçekleşmiş olmasının aranması yönünde bir düzenleme ihtiyacının dikkate alınması gerekliliğidir.⁵²

E. Artık Değere Katılma ve Saklı Pay

Türk-İsviçre hukukunda mevcut ve birbirinin aynı olan artık değere katılmaya ilişkin düzenlemenin revizyon ile değiştirilmesi planlanmıştır (TMK m. 237, Art. 216 E-ZGB). Dolayısıyla ilgili hüküm, her iki ülke hukuku bakımından birlikte değerlendirilecektir.

Yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimine göre, her eş veya mirasçılarını diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olmaktadır.⁵³ Artık değere katılma hususunda, mal rejimi sözleşmesiy-

⁵⁰ JAKOB, s. 707.

⁵¹ Yargıtay 2. HD., 2018/7133 E., 2019/2956 K., "Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesi ile mirasçılara tanınan davayı devam ettirme hakkı için, devam ettirilen davada sağ kalan eşin kusurunun ispatlanması zorunluluktur. Bu ise ancak "Sağ kalan eşin kusurunun ispatlanma olanağı bulunan" davalarda gerçekleştirilebilir. Anlaşmalı boşanma davasında, mirasçılar sağ kalan eşin herhangi bir kusurunu kanıtlamayacaktır. Bu tür boşanma davalarında sağ kalan eşin kusurunu ölen eş bile tartışmaz ve dahi tartışmaya açmazken ölenin mirasçılarının bunu gerçekleştirilmesi kabul edilemez." Legalbank İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T.; 09.06.2022.

⁵² TAŞ KORKMAZ, Hülya; "Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi", DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, Y. 2015, s. 1482.

⁵³ GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 323.

le başka bir esasın kabul edilmesi mümkündür. Ancak bu şekilde sağ kalan eş lehine yapılan anlaşmalar, mirasbırakanın tereke mevcudunu azaltacağı için, saklı paylı mirasçılarının saklı payını ihlal edebilir.⁵⁴ Bu noktada her iki ülke hukukunda ihlalin engellenmesi amacıyla, bu tür anlaşmaların eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemeyeceği hükmü yer almaktadır. Bir diğer ifadeyle, miras hukuku hükümleri uyarınca söz konusu olan saklı paylı mirasçılık korumasından, yalnızca eşlerin ortak olmayan çocukları ve bunların altsoyları yararlanacaktır.⁵⁵

İsviçre tasarısında konuya ilişkin ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyları katılma alacağındaki artış sebebiyle saklı payları ihlal edildiği takdirde, artışa karşı tenkis talebinde bulunabileceklerdir.⁵⁶ Eşlerin ortak altsoylarına ise ancak bazı durumların mevcudiyeti halinde tenkis talebinde bulunma imkânı sağlanmıştır. Hükme göre, sağ kalan eş yeniden evlenmişse katılma alacağındaki artış sebebiyle saklı paylarındaki ihlalin giderilmesi için tenkis talebinde bulunulabilir.⁵⁷ Yine söz konusu değişiklikte, katılma alacağındaki artışın sağlararası bir kazandırma olduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir.

İsviçre’de gerçekleştirilen değişiklik, ortak çocukların ve onların altsoylarının tenkis talebinde bulunmasına imkân tanınması yönünden kanaatimizce isabetlidir.⁵⁸ Hukuk sistemimiz bakımından da ortak çocukların böyle bir himayeye ihtiyaç duyabilecekleri açıktır. Zira her ne kadar kanun koyucu ilgili hükmü ihdas ederken, mal rejimi sözleşmesiyle menfaat sağlayan eşin ortak çocukların ana-babası olması ihtimalini esas alsa da altsoy bakımından mirası engelleyen sağ olmama, yoksunluk ya da çıkarılma gibi riskler daimî şekilde mevcuttur. Dolayısıyla, artık değere katılmaya ilişkin yeni bir düzenleme yapılırken İsviçre revizyonundaki ilgili hüküm yol gösterici olacaktır.⁵⁹

F. Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmayan Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Sağlararası Kazandırmalara İtiraz

Türk-İsviçre hukukunda miras sözleşmeleri ile mirasbırakanın, mirasını veya belirli bir malını sözleşme yaptığı kişiye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girebileceği hükme bağlanmıştır (TMK m. 527, ZBG Art. 494).⁶⁰ Yine aynı hükümde ölüme bağlı tasarrufun ardından mirasbırakanın malvarlığında serbestçe tasarruf etme yetkisinin devam ettiği ifade edilmiş

⁵⁴ BİRİNCİ UZUN, Tuğba; “Artık Değere ve Ortaklık Mallarına Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi”, İnÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2018, s. 130.

⁵⁵ WOLF /HRUBESCH-MILLAUER, ps. 262; BİRİNCİ UZUN, s. 130.

⁵⁶ İMRE/ERMAN, s. 261.

⁵⁷ NAR, s. 354.

⁵⁸ BREITSCHMID, s. 404.

⁵⁸ İMRE/ERMAN, s. 15.

⁵⁹ BİRİNCİ UZUN, s. 128.

⁶⁰ WOLF /HRUBESCH-MILLAUER, s. 241; SEROZAN/ENGİN, s. 108.

ancak kuralın istisnası olarak miras sözleşmesi ile bağdaşmayan tasarruflara itiraz edilmesi imkânı miras sözleşmesinin lehdarına tanınmıştır.⁶¹

İsviçre reformunda söz konusu hükümde değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Hükümün son hali aşağıdaki gibidir (Art. 494 E-ZGB)⁶²:

“Ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası karşılıksız kazandırmalar, olağan hediyeler dışında, ancak aşağıdaki durumlarda itiraza (iptale) tabidir:

1. Miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmayan, özellikle de miras sözleşmesinden sağlanan faydaları azaltırlarsa ve

2. Miras sözleşmesinde aksine hüküm saklı tutulmamışsa”

Tasarı ile mevcut hüküm arasında temel bazı farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak hükümün mevcut halinde yer alan “bağışlama” ifadesinin yerine daha geniş bir kapsamlı olarak “sağlararası karşılıksız kazandırmalar” ifadesi kullanılmıştır.⁶³ İkinci fark ise hükümde “olağan hediyelerin” kapsam dışında tutulmasıdır. Buna göre, olağan hediyeler miras sözleşmesi ile bağdaşmasa dahi itiraza konu olmayacaktır.⁶⁴ Bir diğer fark ise, miras sözleşmesi ile taraflara hükümün aksinin kararlaştırılması imkânı verilmesidir.⁶⁵

İsviçre’de ilgili hükümde yapılması planlanan değişiklikler, mirasbırakanın tasarruflarına ilişkin getirilen sınırlamanın ne şekilde anlaşılması gerektiğini açıkça düzenlediğinden kanaatimizce isabetli olmuştur.⁶⁶ Özellikle tasarruf özgürlüğünün miras sözleşmesine tercih edilmesinin görünümü olarak, tarafların sözleşme ile hükümün aksini kararlaştırabilmeleri önemli bir değişikliktir. Nitekim ferdi hürriyete özel önem veren ve mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü artırmayı temel amaç edinen reformda bu durum, sözleşme özgürlüğü ilkesinin vurgulanması şeklinde yorumlanmaktadır.⁶⁷

⁶¹ WOLF /HRUBESCH-MILLAUER, s. 245. İtiraz kavramı mehzaz kanunda iptal şeklinde anlaşılmaktadır. Türk-İsviçre hukukunda bu durum halinde tenkis hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ifade edilmektedir. YAKUPOĞLU, Derya, “Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı”, TBB Dergisi, S. 126, Y. 2018, s. 230.

⁶² STUDHALTER, Philipp; Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. aktualisierte Auflage, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021, (Art. 494), s. 1191.

⁶³ NAR, s. 357.

⁶⁴ NAR, s. 358.

⁶⁵ STUDHALTER, s. 1195.

⁶⁶ Tartışmalar için bkz. YAKUPOĞLU, s. 242 vd.

⁶⁷ <https://www.neues-erbrecht.ch/home.html>; E.T., 12.06.2022; STUDHALTER, s. 1195; NAR, s. 359.

SONUÇ

Toplumsal yaşamda değişen paradigmlar, her hukuk dalı gibi miras hukukunun da gelişim sürecini derinden etkilemiştir. Nitekim, miras hukukunun orta çağa dayalı aile mülkiyeti anlayışı bugün yerini ferdi mülkiyete bırakmış; geniş ailelerin yerini çekirdek aileler almaya başlamıştır. Değişen, sanayileşen ve kentleşen toplum arka planı zamanla yeni yaşam biçimlerine evrilmiştir. İşte İsviçre’de miras hukuku alanındaki reform çalışmalarının temelini de söz konusu paradigmalara uygun bir miras hukuku arayışı oluşturmaktadır.

İsviçre reformuyla gerçekleştirilmesi planlanan değişikliklerin mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün artırılması, saklı pay oranlarının ve saklı pay sahiplerinin azaltılması, yeni yaşam biçimlerinin dikkate alınması, iradi mirasçılığın ön plana alınması ve tereddütlü hükümlerin açıklığa kavuşturulması şeklinde olduğu görülmektedir. Böylelikle İsviçre’de miras hukuku, liberal kapitalizme uygun şekilde özgür ve eşitlikçi bir görünüme kavuşturulmuş olmaktadır.

İsviçre’de yapılması planlanan değişikliklerin Türk hukukuna etkisi ise aile, mülkiyet ve irade özerkliği konusuna ilişkin sosyal, ekonomik ve toplumsal hukuk politikasına göre şekillenecektir.

KAYNAKÇA

- BADDELEY, Margareta; "De la motion Gutzwiller à l'Avant-projet du Conseil fédéral du 4 mars 2016: aperçu sommaire de la proposition de réforme", *La pratique du droit de la famille*, Y. 2016, Vol. 17, n. 3, s. 567-597.
- BİRİNCİ UZUN, Tuğba; "Artık Değere ve Ortaklık Mallarına Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anamolisi", *İNÜHFD- C. 9 S. 1, Y. 2018*, s. 105-132.
- BREITSCHMID, Peter; "Standort und Zukunft des Erbrechts", *Succesio*, 2009, s. 276-317.
- BREITSCHMID, Peter; "Erbrecht: Stabilität und Reform ...und der Übergang von fortdauernder Reform zu Stabilität", *Succesio*, 2020, s. 402-406.
- BRÜLHART, Marius; "Erbschaften in der Schweiz: Entwicklung seit 1911 und Bedeutung für die Steuern", *Social Change in Switzerland*, N°20, 2019.
- FANKHAUSER, Roland/JUNGO, Alexandra; "Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick", *Recht 37*, Y. 2019, S. 1, s. 1-11.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper; *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul 2008.
- HAIMMAYER, Barbara; "Die Revision des Erbrechts - Änderungen im Pflichtteilsrecht und Unterstützungsanspruch für Lebenspartner", *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, s. 1544-1555
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, *Miras Hukuku*, 15. Basım, İstanbul 2021.
- JAKOB, Dominique; "Draft revision of Swiss inheritance law: impact on estate planning via foundations and trusts", *Trusts & Trustees*, Vol. 23, No. 6, July 2017, s. 705-708.
- NAR, Ahmet; "İsviçre'deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları", *ERÜHFD*, C14, S. 2, Y. 2019, s. 333-366.
- SEROZAN, Rona; "Miras Hukukunun Gelişim Süreci: Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimine Etkileri", *İÜHFM C. LXXIII*, S. 1, Y. 2015, s. 531-559.
- SEROZAN, Rona; "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, Y. 2016, s. 531-560.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkyay; *Miras Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul 2019.
- STUDHALTER, Philipp; *Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. aktualisierte Auflage (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021, (Art. 494), s. 1191-1195.

TAŞ KORKMAZ, Hülya; “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi”, *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayı, Y. 2015, s. 1413-1482.

TEKDOĞAN BAHÇIVANCI, Işıl; “Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk”, *TAAD*, C. 9, S. 33, Y. 2018, s. 623-684.

YAKUPOĞLU, Derya; “Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı”, *TBB Dergisi*, S. 126, Y. 2018, s. 225-262.

WOLF, Stephan/HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie; Schweizerisches Erbrecht, 2. Auflage, August 2020.

İnternet Kaynakları:

- <https://www.bj.admin.ch>
- <https://www.neues-erbrecht.ch>
- <https://www.huettelaw.ch>
- <https://beratung.de>
- <https://fedlex.data.admin.ch>
- <https://www.heinonline.org>
- <https://www.private.ch>
- <https://www.legalbank.net>
- <https://www.lib.kazanci.com.tr>

KONSİNYE SATIMDA SATIM İÇİN BIRAKILAN TACİR YARDIMCISI OLARAK NİTELENDİRİLEBİLİR Mİ? DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ İLE KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

*Mine KARAYALÇIN**
*Havva OKUDAN***

GİRİŞ

Uygulamada konsinye satım sözleşmesi olarak isimlendirilen satım için bırakma sözleşmesi geçmişte antika eşya, kitap veya saat gibi eşyaların satışında tercih edilmekteyken günümüzde perakendecilik sektöründe yaygın olarak uygulanmaktadır. Tedarikçinin pazara sunduğu mal ve hizmetlerin pazarlanması konusunda taraflar arasında uzun vadeli iş birliği üzerine temellendirilen dağıtım sözleşmeleri ile bu anlamda benzer bir özellik arz ettiği düşünülebilir. Dağıtım sözleşmelerinin tedarik zincirinin daha alt seviyesinde yer alan tarafı, aynı zamanda tartışmalı da olsa tacirin bağımsız yardımcı olarak da kabul edilmekte olup satım için bırakma sözleşmesi de bu yönüyle dağıtım sözleşmelerine benzeyen bir dikey sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilebilir.

Hangi sözleşme ilişkisinin tacir yardımcılığı olarak değerlendirileceği bir sistematik sorundur. Son yıllarda uygulamasında önemli bir artış olan satım için bırakma sözleşmesinin tacir yardımcılığı faaliyeti olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, satım için bırakma sözleşmesinin tacir yardımcılığı unsurlarını taşıyıp taşımadığı ve tacir yardımcılığı faaliyeti olarak nitelendirilen benzer sözleşmelerle karşılaştırılması ile ortaya konulabilecektir.

I. DAĞITIM SÖZLEŞMESİ VE KONSİNYE SATIM KAVRAMLARI

Satım için bırakma sözleşmesi ticari hayatta gezici esnaftan uluslararası ticarete; antika eşyaların satımından kitap satımına kadar birçok farklı ölçekte ticari ilişkide uygulama alanı bulmaktadır¹. Günümüzde değişen tüketim alışkanlıkları ve buna bağlı olarak gelişen tedarik zincirleri kapsamında da

* Dr. Öğr. Üyesi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, mine.karayalcin@antalya.edu.tr.

** Arş. Gör., Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, havva.okudan@antalya.edu.tr.

¹ Haluk Tandoğan, "Satış için Bırakma Sözleşmesi," BATİDER 7, S.1 (1973): 1.

kendine has ve sözleşmenin taraflarına ticari anlamda avantaj sağlayabilecek özellikleri sebebiyle satım için bırakma sözleşmeleri bu gibi dikey nitelikteki ticari ilişkilerde tercih edilmektedir.

Satım için bırakma sözleşmesi uygulaması son yıllarda önemli bir artış göstermiştir². Satım için bırakma sözleşmesi, genellikle antika, sanat eseri, mobilya ya da saat gibi daha sınırlı ve bozulmaya elverişli olmayan emtianın üçüncü kişilere satışını sağlamak amacıyla akdedilen bir sözleşmedir³. Bununla birlikte, günümüzde ise satım için bırakma sözleşmesinin uygulamasının farklı sektörlerde yayıldığı görülebilmektedir. Perakendecilik sektörünün gelişim göstermesiyle birlikte; kozmetik, teknolojik ürünler, hatta gıda emtiasının dahi satım için bırakma sözleşmesinin konusu olabildiği tespit edilmektedir⁴. Konsinye satım, uluslararası ticarete de önemli bir yer tutmaktadır⁵.

Öğretide tarafları arasındaki ilişkinin tacir yardımcılığı olarak kabul edildiği acentelik sözleşmesi ve yine görüş birliği olmamakla birlikte, tarafları arasında tacir yardımcılığı ilişkisi olduğu düşünülen tek satıcılık, bayilik ve franchise sözleşmeleri de göz önünde bulundurularak konsinye alanın tacir yardımcısı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

A. SATIM İÇİN BIRAKMA SÖZLEŞMESİ (KONSİNYE SATIM)

Satım için bırakma sözleşmesi, konsinye bırakanın (satım için bırakan) mülkiyeti kendisine ait olan bir malı, tespit ettiği bedele, üçüncü bir kişiye kendi adına ve hesabına üçüncü kişiye satması amacıyla satım için alana bırakmayı; satım için alanın (konsinye alan) da bırakılan malı belli bir süre içerisinde satın kararlaştırılan ücreti konsinye bırakana ödemeyi ya da malı aynen iade etmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁶.

² Fikren Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 1032.

³ Yargıtay 11. H.D., E.1996/2138, K.1996/3334, T.10.05.1996; İstanbul BAM 16. H.D., E.2017/2696, K.2019/2288, T.30.10.2019; Yargıtay 8. H.D., E.2021/1181, K.2021/4494, T.27.05.2021; Yargıtay 11. H.D., E.2020/3715, K.2021/968, T.08.02.2021; Yargıtay 11. H.D., E.2005/4351, K.2006/6967, T.15.06.2006 (Legalbank).

⁴ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1032. Yargıtay 22. H.D., E. 2017/21575, K.2019/10188, T.09.05.2019; Yargıtay 10. H.D., E.2010/15422, K.2012/3174, T.27.02.2012; Yargıtay 22. H.D., E.2017/23025, K.2019/10190, T.09.05.2019; Yargıtay 19. H.D., E.2017/2321, K.2018/53, T.16.01.2018; Yargıtay 11. H.D., E.2005/9342, K.2006/9798, T.05.10.2006; Yargıtay 17. H.D., E.2015/15192, K.2016/194, T.12.01.2016 (Legalbank) Atamer ve Okutan Nilsson bozulmaya elverişli ürünlerin konsinye satımın konusu olamayacağı görüşündedirler. Bu görüş, belirli bir raf ömrü olan kozmetik, temizlik, kuru gıda gibi tüm ürünler için geçerli olarak dahi kabul edilebilirse de uygulamada tüm bu ürünlerin konsinye satımın konusu olduğu tespit edilebilmektedir.

⁵ Larry A DiMatteo, International Business Law and the Legal Environment, (New York, Oxon: Routledge, 2017), 426.

⁶ Nebiye Teoman, Satım için Bırakma Sözleşmesi (Konsinye Satım), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1989, 3; 40; Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1032; Yargıtay HGK, E.2012/720, K.2013/266, T.20.02.2013 (Legalbank).

Satım için bırakma sözleşmesi, kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir sözleşmedir⁷. Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde, sözleşmenin unsurları sözleşme tipleri içerisinde yer almaz ve özgün bir bağlılık içerisinde bir arada bulunurlar⁸. Satım için bırakma sözleşmesinde konsinye bırakan, bir taşıyıcı eşyayı, kararlaştırılan belirli bir bedel karşılığında kendi adına ve hesabına bir üçüncü kişiye satması için bırakılana teslim etmeyi borçlanır. Konsinye alan ise kararlaştırılan belirli bir bedeli ödemeyi ya da malı iade etmeyi borçlanır. Konsinye alan, malın üçüncü kişiye satım bedelini belirlemede serbesttir. Bu iki bedel arasındaki fark, konsinye alanın kârını oluşturmaktadır. Konsinye alan malı daha yüksek bir bedelle üçüncü kişiye satmadığı takdirde, eşyayı konsinye bırakana iade eder⁹.

B. DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ

Dağıtım sözleşmesi, öğretilerde¹⁰ "... üretici, toptancı ve perakendeciden oluşan klasik üç aşamalı pazarlama sisteminde bir üst seviyede bulunan teşebbüs ile bir alt seviyede yer alan teşebbüs arasında yapılan ve sözleşme konusu malların pazarlanması konusunda uzun vadeli iş birliğini amaçlayan sözleşmeler" olarak tanımlanmaktadır. Dağıtım sözleşmeleri kapsamına dahil olan sözleşme türlerinin hangileri olduğu öğretilerde tartışmalıdır. *Gökyayla*¹¹'ya göre dağıtım sözleşmeleri, acentelik, komisyonculuk, simsarlık, franchise sözleşmesi, bayilik sözleşmesi ile tek satıcılık sözleşmesini kapsayan bir çatı kavramdır. *Sak*¹² ise dağıtım faaliyetlerinin gelişim süreci içerisinde, dağıtım sözleşmeleri kavramını; yeni dağıtım yöntemleri çerçevesinde riskin en aza indirildiği aracılık faaliyetleri olarak tek satıcılık, bayilik ve franchise sözleşmelerine öngülemektedir.

Tek satıcılık ve bayilik sözleşmelerinin *sui generis* sözleşmeler oldukları kabul edilmektedir¹³. Franchise sözleşmeleri bakımından ise öğretilerde bir

⁷ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 21; Teoman, Satım için Bırakma Sözleşmesi (Konsinye Satım), 17; Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1034; Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 10; Corinne Zellweger-Gutknecht, "Vorb. Art. 223-225," Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Ed. Peter Gauch, Viktor Aepli, Hubert Stöckli, Zürich, Basel, Genf: Schultess, 2016, 666.

⁸ Erden Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme). (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), 14-15; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 8-9.

⁹ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1036-1038; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 10.

¹⁰ Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 6.

¹¹ Demir Gökyayla, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), 6.

¹² Burak Sak, Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m.122), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 7-10.

¹³ Tek satıcılık sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu görüşünde Hasan İşgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, (Ankara: Dayındarlı Hukuk Yayınları, 1989), 28; Bayilik sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu görüşünde Ayşe Nilay Şenol, Bayilik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 34.

görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş franchise sözleşmesini kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak kabul ederken, diğer görüşe göre franchise sözleşmesi bir karma sözleşmedir¹⁴. *Sui generis* sözleşmeler, içerdikleri unsurlar yönünden kanunda öngörülen sözleşme tiplerinde yer almayan ve tamamen yeni bir oluşumu yansıtan sözleşmelerdir¹⁵. Dağıtım sözleşmesi kapsamında yer alan tek satıcılık, franchising ve bayilik sözleşmeleri, aynı zamanda, tacirin bağımsız tacir yardımcısı olarak da değerlendirilebilmektedir. Acentelik ise, unsurları kanunda düzenlenen ve tacirin bağımsız yardımcılığı olarak nitelendirildiği konusunda tereddüt bulunmayan bir sözleşmedir. Çalışmamızın amacı doğrultusunda; tacirin piyasaya sunduğu mal ve/veya hizmetin daha geniş bir müşteri çevresiyle buluşturulmasına yönelik acentelik, tek satıcılık, franchise ile bayilik sözleşmeleri dağıtım sözleşmesi başlığı altında ele alınmaktadır.

1. Tek Satıcılık Sözleşmesi

Tek satıcılık sözleşmesi, sağlayıcı ile satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, kendine özgü yapısı olan, çerçeve niteliğinde sürekli bir sözleşmedir¹⁶. Bu sözleşmede sağlayıcı, ürünlerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekel hakkına sahip olarak satmak üzere yalnızca tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü artırmak için faaliyette bulunmayı borçlanır¹⁷. Tek satıcılık sözleşmesinde ise, sağlayıcı satıcıya belirli bir malın dağıtımını sağlamak üzere yersel, maddi ve zamansal olarak sınırlandırılmış bir tekel hakkı sağlar. Satıcı ise sahip olduğu bu tekel çerçevesinde, sağlayıcıdan veya bir üçüncü kişiden söz konusu malları düzenli olarak kendi adına ve hesabına satın alarak, kendisine tanınan bölge içerisinde üçüncü kişilere kendi adına ve hesabına satarak malın dağıtımını ve sürümünü artırma borcu altındadır¹⁸. Tek satıcılık sözleşmesi sürekli bir sözleşmedir. Tek satıcı, sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına, rizikosu kendisine ait olmak üzere satar¹⁹. Tekel hakkı, tek satıcılık sözleşmesinin yapısal bir unsurudur²⁰. Ayrıca tek satıcılık sözleşmesinin bir diğer önemli unsuru, tek

¹⁴ Çiğdem Kırca, Franchise Sözleşmesi (Ankara: Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, 1997), 61; Yeşim Ayata, Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 13-14.

¹⁵ Erden Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme). (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), 14-15; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 8-9.

¹⁶ İlgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, 14, 28; Ercüment Erdem, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)," Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt I. İstanbul: Beta, 2003, 93-94.

¹⁷ İlgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, 14.

¹⁸ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 9.

¹⁹ İlgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, 15-16.

²⁰ İlgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, 16-17; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 9.

satıcının sağlayıcının ürünlerini pazarlama, satış ve sürümünü artırma faaliyetinde bulunmasıdır²¹.

2. Bayilik Sözleşmesi

Dağıtım sözleşmelerinin görünüm biçimlerinden biri olarak kabul edilen bayilik sözleşmesi, *sui generis* bir sözleşmedir. Bayilik sözleşmesi, çerçeve nitelikte, sürekli bir sözleşmedir. Bayilik sözleşmesinde üretici, malların tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede satmak üzere bayiye gönderme yükümlülüğü altındadır. Bayi ise üreticinin dağıtım ağına dâhil olarak sözleşme konusu mal veya hizmeti kendi adına ve hesabına satmak ve bu mal ile hizmetlerin sürümünü arttıracak faaliyetlerde bulunmak yükümlülüğünü üstlenmektedir²². Bayilik sözleşmesi, tek satıcılıktan tek el hakkının yapısal bir unsur olmaması yönüyle ayrılmaktadır²³.

3. Franchise Sözleşmesi

Franchise sözleşmesinin tarafları franchise alan (*franchisee*) ve franchise verenden (*franchisor*) oluşmaktadır. Bu sözleşmede franchise veren, denenmiş ve başarı sağlanmış olan kendisine ait işletme ve pazarlama sistemini, kendisine ait işletme organizasyonuna (franchise ağına) dahil etmiş olduğu franchise alana devamlı olarak aktarma borcu altındadır²⁴. Ticari yöntemler, franchise alana *know-how* ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının devrine yönelik kullandırma ve lisans sözleşmelerinin akdedilmesi suretiyle aktarılmaktadır. Franchise alan ise franchise verenden kendisine aktarılan bu yöntemlere uyarak, isteme dahil mal ve hizmetlerin sürümünü sağlama ve bedel ödeme yükümü altında bulunmaktadır²⁵. Diğer dağıtım sözleşmeleri ile kıyaslandığında bu sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkinin daha sıkı bir iş birliğine dayanmaktadır²⁶.

C. ACENTELİK SÖZLEŞMESİ

Acente Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 102'de tanımlanmış olup bu maddeye göre "*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir*". Acentelik sözleşmesinin esaslı unsurları,

²¹ İlgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, 18-19.

²² Ayşe Nilay Şenol, Bayilik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 8.

²³ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 9-10.

²⁴ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 10.

²⁵ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 10.

²⁶ Sak, Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi, 30.

acentenin TTK madde 102'de düzenlenen tanımında yer alan zorunlu unsurlardır, bu unsurları şu şekilde ifade etmek mümkündür: acente bağımsız tacir yardımcısıdır, bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelere aracılık etme ve bunları tacir adına yapma şeklinde faaliyet gösterir, süreklilik unsuru taşıyan bir sözleşmedir ve son olarak bu faaliyet meslek haline getirilmiş olmalıdır²⁷.

Acentelik sözleşmesi kural olarak şekle bağlı değildir ancak kanun koyucu bazı durumlarda şekil şartı öngörmüştür: TTK madde 104'e göre acentenin sahip olduğu tekel hakkının ve yükümlü olduğu rekabet yasağının kaldırılması ancak yazılı şekil şartına bağlıdır, yine TTK madde 106'ya göre "Müvekkilinin özel ve yazılı izni veya vekâleti olmadan acente, bizzat teslim etmediği malların bedelini kabule ve bedelini bizzat ödemediği malları teslim almaya yetkili olmadığı gibi bu işlemlerden doğan alacağı yenileyemez veya miktarını indiremez", son olarak TTK madde 107'ye göre acente yazılı bir yetkilendirme ile müvekkil adına sözleşme yapabilir ve hatta bu acenteye bu yetkiyi tanıyan sözleşmeler acente tarafından tescil ve ilan edilmelidir. Son olarak sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmasının yazılı olarak yapılması gerekliliği de TTK madde 123'te düzenlenmektedir.

Acentelik sözleşmesine göre acentenin müvekkilin işlerini görme ve menfaatlerini koruma, müvekkiline bilgi verme, müvekkilinin talimatlarına uyma ve rekabet etmeme yükümlülükleri²⁸ mevcut iken müvekkilin borçları ise "...mallarla ilgili belgeleri vermek, acentelik sözleşmesinin yerine getirilmesi için gerekli olan hususları ve özellikle iş hacminin acentenin normalde bekleyebileceğinden önemli surette düşük olabileceğini bildirmek, acentenin yaptığı işleri kabul edip etmediğini ya da yerine getirilmediğini uygun bir süre içinde bildirmek, acentenin istemeye hak kazandığı ücreti ödemek ve ücret, avans ve olağanüstü giderler hakkında 20 nci madde hükümlerine göre faiz ödemek..." olarak TTK madde 120'de düzenlenmiştir. Bu sözleşmeye göre acentenin asli yükümlülüğü müvekkil için aracılık faaliyeti veya onun adına sözleşme yapmak için çaba göstermekten müvekkilin asli yükümlülüğü acenteye ücret ödemektir²⁹.

II. SATIM İÇİN BIRAKMA SÖZLEŞMESİNİN DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Çalışmamızın amacına yönelik olarak, acentelik sözleşmesi ve diğer dağıtım sözleşmeleri olarak nitelendirdiğimiz tek satıcılık, bayilik ile franchise sözleşmeleri; mülkiyetin geçmesi, tekel hakkı ve ürünün sürümünü arttırma faaliyeti unsurları bakımından satım için bırakma sözleşmesi ile karşılaştırılmalı olarak aşağıda ele alınmaktadır.

²⁷ Oruç Hami Şener, Ticari İşletme Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 350.

²⁸ Şener, Ticari İşletme Hukuku, 361.

²⁹ Şener, Ticari İşletme Hukuku, 372.

A. ACENTELİK SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Acentelik sözleşmesinde malın mülkiyeti tacire aittir; Rekabet Kurulu ve Adalet Divanı kararlarında acentenin mülkiyeti iktisap etmesi durumunda taraflar arasındaki sözleşmenin dağıtım sözleşmesi olarak kabul edildiği görülmektedir³⁰. Konsinye satım sözleşmesinde ise mülkiyetin geçmesi konusu tartışmalıdır. Bir görüşe³¹ göre eğer satım için bırakma sözleşmesinin konusu olan mal üçüncü kişiye satış anında teslim edilecekse, malın mülkiyeti konsinye bırakandan satış anında üçüncü kişi alıcıya geçer. Eğer mal üçüncü kişiye satıldıktan daha sonra teslim edilecekse, malın üçüncü kişiye satışı ile teslimi arasındaki süreçte konsinye alan malın mülkiyetini kazanır.

Acentelik sözleşmesinde tekel hakkı “inhisar” başlığı altında TTK madde 104’te düzenlenmiş olup hem acente hem de tacir bakımından kabul edilmiştir. Ancak yine madde metninden anlaşılacağı üzere tekel hakkına ilişkin düzenleme emredici hüküm olmayıp taraflarca aksi yazılı olarak kararlaştırılabilir.

Acentelik sözleşmelerinde ürünün sürümünü artırma yükümlülüğü müvekkilin menfaatlerinin korunması asli yükümlülüğünden doğan yan bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır³². Konsinye satım sözleşmesinde konsinye alanın seçimlik haklarından biri olan iade hakkı göz önünde bulundurulduğunda konsinye alanın bu yönde bir faaliyette bulunması beklenmediği düşünülmektedir.

B. DİĞER DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Satım için bırakma sözleşmesi, dağıtım sözleşmeleriyle karşılaştırıldığında, temel bazı farklılıklarına karşın; uygulamada birbiri ile karıştırılabildiği ya da satım için bırakma sözleşmesinin bir dağıtım sözleşmesi olarak görüldüğü tespit edilebilmektedir³³. Hem satım için bırakma sözleşmesinde hem de dağıtım sözleşmelerinde amaç bir malın üçüncü bir kişiye satışının yapılmasıdır. Ayrıca dağıtım sözleşmelerinin tacir yardımcısı niteliğinde olan tarafına benzer olarak konsinye alan da bu satışı kendi adına ve hesabına yapmaktadır. Bu sözleşmelerin ortak bir diğer özelliği de hem satım için bırakma hem de dağıtım sözleşmelerinin, franchise sözleşmesi istisnası dışında, *sui generis* sözleşmeler olarak kabul edilmesidir. Ancak dağıtım sözleşmeleri ve satım için bırakma sözleşmesi, satışa konu malların mülkiyetinin geç-

³⁰ Tahir Saraç, “6102 sayılı Ticaret Kanununun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi,” AÜHFD 61 S.2 (2012): 738.

³¹ Tandoğan, “Satış için Bırakma Sözleşmesi”, 6; İşgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, 43.

³² Tandoğan Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I, 36.

³³ Yargıtay 11. H.D., E.2015/6981, K.2015/12815, T.01.12.2015; Samsun BAM 3. H.D., E.2020/1053, K.2020/1290, T.20.10.2020; Yargıtay 8. H.D., E.2013/7652, K.2013/15591, T.01.11.2013; Yargıtay 11. H.D., E.2013/18444, K.2014/10860, T.06.06.2014 (Legalbank).

mesi bakımından bazı farklılıklar taşımaktadır. Dağıtım sözleşmelerinin çerçeve sözleşme niteliği gereği, sağlayıcı ile tek satıcı, bayi ve franchise alan arasında birçok münferit satış sözleşmeleri akdedilmektedir³⁴. Bu özelliği dolayısıyla tek satıcı, bayi ve mal franchisingi'nde franchise alan sağlayıcıdan aldığı malların mülkiyetini kazanmaktadır³⁵. Buna karşılık, satım için bırakma sözleşmesinde mülkiyetin konsinye alana geçip geçmediği bahsettiğimiz üzere öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde azınlıkta kalan görüşe³⁶ göre, satış için alan kendi adına ve hesabına faaliyette bulunmaktadır. Öğretilerde çoğunlukla kabul edilen görüş³⁷, satım için bırakılan malın mülkiyetinin konsinye bırakanda olduğu yönündedir. Bu görüşe göre, satım için alan malı üçüncü kişiye sattığı takdirde mülkiyet, konsinye bırakandan üçüncü kişiye geçer. Dolayısıyla, zilyetliğinde bulunan malın mülkiyeti hiçbir zaman satım için alanda değildir. Yerleşmiş yargı içtihatları da bu doğrultudadır³⁸. Satım için bırakma sözleşmesine karakterini veren unsurun, satım için alanın malı üçüncü kişiye satmadığı takdirde iadesi olması sebebiyle, biz de satım için bırakma sözleşmesinde malın mülkiyetinin konsinye alana geçmediği görüşünü benimsiyoruz. Dağıtım sözleşmelerinde ise durum farklıdır. Buna göre tacir yardımcısı niteliğinde olan dağıtıcılar, malları üçüncü kişiye satmadan malın maliki-dir³⁹.

Tekel hakkı bakımından bu sözleşmeleri değerlendirecek olursak dağıtım sözleşmelerinde de durum biraz farklılaşmaktadır. Tek satıcılık sözleşmesinde yer alan ve tek satıcıya belirli bir bölgede münhasıran satış yapma hakkı veren inhisarilik unsuru sözleşmenin asli unsurlarından biridir ve bayilik sözleşmesinden⁴⁰ bu özelliği sebebiyle ayrılmakta iken, franchise sözleşmesinde tekel hakkının esaslı unsur olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş tekel bölgesinin franchise sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olduğu görüşünde iken aksi görüş tekel hakkının taraflarca kararlaştırılması halinde franchise veren bakımından yan unsur olduğu görüşündedir⁴¹. Satım için bırakma sözleşmesinde ise inhisarilik unsuru bulunmamaktadır⁴².

³⁴ Sak, Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi, 48.

³⁵ İşgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, 43; Şenol, Bayilik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları, 25; Kırca, Franchise Sözleşmesi, 24-25.

³⁶ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1033; 1036-1037.

³⁷ Teoman, Satım için Bırakma Sözleşmesi (Konsinye Satım), 121. Konsinye malın üçüncü kişiye tesliminin satış ile eşzamanlı olması halinde mülkiyetin doğrudan üçüncü kişiye geçeceği, teslimin satıştan sonra gerçekleştirilmesi halinde mülkiyetin satış anında konsinye alana, teslimle üçüncü kişiye geçeceği yönünde Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I, 24.

³⁸ Yargıtay HGK, E.2012/720, K.2013/266, T.20.02.2013 (Legalbank).

³⁹ İşgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, 44.

⁴⁰ Şenol, Bayilik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları, 43.

⁴¹ Osman Berat Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukukun Korunması, (İstanbul: Beta Basım, 1995), 15.

⁴² İşgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, 44.

Dağıtım sözleşmelerinin çerçeve bir sözleşme niteliğinde olmalarının önemli bir sonucu, tek satıcı, bayi ve franchise alanın çerçeve sözleşmenin yürürlükte olduğu süre içerisinde sözleşme konusu malların sürümünü artırma konusunda faaliyette bulunma yükümlülüğü yüklemesidir⁴³. Malların sürümünü artırma faaliyeti dağıtım sözleşmesinde dağıtıcının asli edim borçlarından biri olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Buna karşılık, satım için bırakma sözleşmesinde konsinye alanın bu yönde bir faaliyette bulunması beklenmemektedir. Bu durum, satım için alanın seçimlik borçlarından birisinin, satamadığı malı iade etmek olmasından kaynaklanmaktadır.

Satım için bırakma sözleşmesinin yukarıda anılan özellikleri, sözleşmenin her iki tarafına bazı avantajlar sağlamaktadır. Buna göre, konsinye bırakan bir satış ya da dağıtım ağı kurmadan mallarını üçüncü kişilere satabilmektedir. Buna karşılık, satım için alan ise, zilyetliğinde bulunan malın mülkiyetini edinmeksizin ve bir bedel ödemeksizin, satılma riskini üstlenmeksizin satış yapma imkânına kavuşmaktadır⁴⁵.

III. TACİR YARDIMCILARI

A. TANIMI VE UNSURLARI

1. Tanımı

Tacir yardımcısı; tacirin, ticari işletmesiyle ilgili faaliyetleri yürütürken emek ve mesailerinden yararlandığı kişiler olarak tanımlanabilir⁴⁶. Öğretide⁴⁷, tacir yardımcıları; düzenlendiği yer, taciri temsil yetkisine sahip olup olmadığı, tacire bağlı olup olmaması ve tacir ile ilişkisinin sürekli olup olmaması açılarından sınıflandırılmaktadır. Çalışmamız kapsamında ele almakta olduğumuz acentenin tacir yardımcısı olarak nitelendirildiğinde şüphe bulunmamaktadır⁴⁸. Buna göre acente, TTK'de düzenlenen, tacirden bağımsız ve sürekli bir tacir yardımcılığı faaliyetidir⁴⁹. Buna karşılık, çalışmamız kapsamında ele alınan diğer sözleşmeler olan bayilik, tek satıcılık ve franchise

⁴³ Sak, Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi, 30.

⁴⁴ Sak, Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi, 46.

⁴⁵ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1032.

⁴⁶ Ömer Teoman, "Tacir Yardımcıları.", Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı 12, S.1-3 (2006): 5-7; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021), 171; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, (Ankara: Yetkin Kitabevi, 2020), 453.

⁴⁷ Teoman, Tacir Yardımcıları, 8-12; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 171-173; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 454.

⁴⁸ Teoman, Tacir Yardımcıları, 80-81; Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 308-309; Ayhan, Özdamar ve Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, 453; Arslan Kaya, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Kitap Ticari İşletme Yedinci Kısım Acentelik (TTK m.102-123), (İstanbul: Beta Basım, 2016), 5.

⁴⁹ Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, 308-310.

sözleşmelerinin tarafı olan bayi, tek satıcı ile franchise alanın tacir yardımcısı olarak nitelendirilmesi konusunda öğretide görüş birliğinden söz etmek olanaklı değildir. Aşağıda tacir yardımcılığının unsurları bağlamında; tek satıcı, bayi ile franchise alanın tacir yardımcısı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin açıklamalarımız yer almaktadır.

2. Unsurları

a. Genel Olarak

Ticari işletmelerin büyüklüğü, organizasyonu, faaliyet alanı, pazara sunulan mal ve/veya hizmetlerin çeşitliliği gibi sebeplerle farklı özelliklere sahip tacir yardımcılara gerek duyulmaktadır. Kimi tacir yardımcıları, tacire bağlı ve onun emir ve talimatları çerçevesinde faaliyet gösterirken, kimileri ise tacirden bağımsız olarak hareket etmektedir. Bağımsız tacir yardımcılığı çoğu zaman başlı başına bir ticari işletme faaliyetidir. Bunun dışında, bazı tacir yardımcıları taciri temsil yetkisine sahip iken, bazılarının temsil yetkisi bulunmamaktadır. Kimi tacir yardımcılığı faaliyeti süreklilik gösterirken, komisyonculuk ya da simsarlık gibi arızı faaliyet de tacir yardımcılığı olarak değerlendirilebilmektedir. Ayrıca, tacir yardımcılara ilişkin sistematik bir pozitif düzenleme tek bir kanunda da yer almamaktadır. Tacir yardımcılardan ticari temsilci, ticari vekil, komisyoncu ile simsar Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenmiştir. Acente ise TTK'de düzenlenen tacir yardımcılarındandır. Tacir yardımcılarının, ticari işletmenin çeşitli gereksinimlerine cevap verebilecek şekilde farklı niteliklere ve özelliklere sahip olmasının ticari hayatın bir gereği olduğu görülmektedir. Bu sebeple, tacir yardımcılığının; komisyonculuk, acentelik, simsarlık gibi farklı hukuki nitelikteki sözleşmeleri kapsayan bir çatı kavram olduğu anlaşılmaktadır.

Farklı niteliklere sahip olmakla birlikte, tacir yardımcılarının ortak unsurlarını tespit etmek olanaklıdır⁵⁰. Bu unsurlardan ilki, tacir yardımcısının bir ticari işletme faaliyeti ile ilgili olarak atanması ve faaliyette bulunmasıdır⁵¹. İkinci unsur ise tacir yardımcılığı faaliyetinin ücret karşılığında yapılmasıdır. Tacir yardımcısının niteliğine göre ücretin şekli değişmektedir. Bağlı tacir yardımcılarında tacir ile tacir yardımcısı arasında genellikle bir hizmet sözleşmesi bulunmaktadır. Bu çerçevede, tacir yardımcısının ücreti, sabit bir ücret olarak belirlenebileceği gibi faaliyetin başarısına göre değişken bir ücret de olabilir. Tacirin bağımsız yardımcıları bakımından ise tacir yardımcısının ücret hakkı kanunda düzenlenmiştir (TBK m.521, TBK m.539, TTK

⁵⁰ Muhammet Ali Güllüce, Tacir Yardımcısı Olarak Pazarlamacı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2014, 7 vd.

⁵¹ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 185 vd.; Ali Bozer ve Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku. (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017), 105 vd.; Arslan Kaya (Hüseyin Ülgen; Mehmet Helvacı; Abuzer Kendigelen; ve N. Füsün Nomer Ertan). Ticari İşletme Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 673.

m.113). O halde ücret unsuru, tacir yardımcılığı faaliyetinin niteliğine göre farklılık göstermektedir.

Tacir yardımcılığı ilişkisi temelde farklı hukuki nitelikteki borç ilişkilerine dayanmaktadır. Tacir ile tacir yardımcısı arasında, hizmet, vekalet ya da ortaklık sözleşmesi bulunabileceği gibi, bu ilişki kanunda düzenlenen simsarlık, komisyonculuk, acentelik gibi bir sözleşmeden de kaynaklanabilir. Tacir yardımcılığına kaynaklık eden farklı niteliğe sahip bu sözleşmelerin ortak bir özelliği, işgörme ediminin özenli bir şekilde yerine getirilmesinin gerekli olmasıdır⁵². Bu çerçevede niteliği fark etmeksizin tüm tacir yardımcılarında ortak bir diğer unsurun, tacir yardımcısının tacirin menfaatlerini koruma, tacire karşı özen ve sadakat yükümü altında bulunması olduğu görülmektedir⁵³. Tacir yardımcısı tacire ait bir işi görmektedir. İşgörme, kavramı, ihtiyaçların giderilmesine yönelik olarak her türlü planlı, fiziki veya fikri veya hem fikri hem fiziki insan emeğini ifade eder⁵⁴. Düşüncemize göre, tacir yardımcısının tacirin ticari işletme faaliyetine ilişkin olarak atanması ve faaliyette bulunması unsuru, iş görme edimini ifade etmektedir. Gerçekten de tacir yardımcısı, ticari işletmesine ilişkin faaliyetlerinde yardımcı olunması, sözleşmelere aracılık edilmesi, tacirin pazara arz ettiği mal ve/veya hizmetlerin daha geniş bir müşteri kitlesiyle buluşturulması şeklinde ortaya çıkan bir işgörme edimini yerine getirmektedir⁵⁵. Bağlı olmayan tacir yardımcıları, bağlı tacir yardımcısından farklı olarak tacirden emir ve talimat almazlar. Buna karşılık, tacir yardımcılığı faaliyetinin tacirden tamamen bağımsız olarak sürdürülmesi de söz konusu değildir. Örneğin, acentenin, bağımsızlığını zedelememek kaydıyla, müvekkilinden aldığı talimat doğrultusunda faaliyet göstermesi gerekmektedir⁵⁶. Bu sebeple, bağımsız tacir yardımcıları tacire bağlı yardımcılar kadar sıkı bağlı olmasalar dahi, bir ölçüde bağlı oldukları kabul edilmelidir. Kanaatimizce tacir yardımcılığının unsurlarından özen ve sadakat yükümü de işgörme unsuru ile bağlantılıdır.

Süreklilik ve temsil yetkisi ise belirleyici bir unsurlar değildir. Acente, ticari temsilci ve ticari vekil tacirin sürekli yardımcılarındandır. Buna karşılık, komisyonculuk ve simsarlık sürekli nitelik taşımamasına rağmen öğretide⁵⁷

⁵² Komisyon ve simsarlık sözleşmelerine vekalet hükümlerinin uygulanacağına dair TBK m.532 ve m.520. Acentelik sözleşmesi için TTK m.109, ayrıca basiretli acente ölçüsünde özen gösterilmesi gerekliliği bakımından Kaya (Ülgen; Helvacı; Kendigelen ve Nomer Ertan), Ticari İşletme Hukuku, 791-792.

⁵³ Güllüce, Tacir Yardımcısı Olarak Pazarlamacı, 14.

⁵⁴ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 546.

⁵⁵ Ali Cengiz, "Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları," Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 1, S.2 (2011): 150.

⁵⁶ Kaya (Ülgen; Helvacı; Kendigelen ve Nomer Ertan), Ticari İşletme Hukuku, 794; Arslan Kaya, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Kitap Ticari İşletme Yedinci Kısım Acentelik (TTK m.102-123), (İstanbul: Beta Basım, 2016), 127-128.

⁵⁷ Kaya (Ülgen; Helvacı; Kendigelen ve Nomer Ertan), Ticari İşletme Hukuku, 675; 729 ve 745.

tacir yardımcısı olarak nitelendirilmektedir. Aynı şekilde, temsil yetkisi yönünden, simsar ile komisyoncu taciri temsil yetkisine sahip değilken, acente eğer sözleşme yapma yetkisine sahip acente ise müvekkili adına ve hesabına sözleşme yapma yetkisine sahip olan bir tacir yardımcısıdır (TTK m.107).

Tacir yardımcılarının ortak unsurlarını bir arada değerlendirdiğimizde, tacir yardımcılığı faaliyetinin, tacirin piyasaya sunduğu mal veya hizmetlerin daha geniş bir kitleyle buluşturulmasını amacına yönelik olarak, tacire tacir yardımcılığının niteliğine göre değişik ölçüde bir bağlılık içerisinde ve ücret karşılığında yerine getirilen bir işgörme edimi olduğunu söylemek mümkündür. O halde tacir yardımcısının, tacir yardımcılığının niteliğine göre farklı ölçüde olan özen ve sadakat yükümünün bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu özen ve sadakat yükümü, düşüncemize göre, tacirin pazara sunduğu mal ve/veya hizmetlerin daha geniş bir müşteri çevresiyle buluşturulması amacına yönelik olarak faaliyette bulunma ve çaba gösterme olarak somutlaşmaktadır. Bu tespitten hareketle, tacir yardımcılarının kanunda sınırlı sayıda sayılmamış olduklarını da gözeterek, hangi sözleşmelerin tacir yardımcılığı faaliyeti olarak değerlendirileceği hususuna kavramsal değil, işlevsel bir bakış açısıyla yaklaşılması ve tacir yardımcılığı faaliyetinin unsurlarını taşıyan sözleşmelerin tacir yardımcılığı olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

b. Dağıtım Sözleşmelerinin Tacir Yardımcılığı Olup Olmadığı

Acentenin tanımı ve unsurları Türk Hukuku'nda pozitif olarak düzenlenmiştir. Dağıtım sözleşmeleri olarak değerlendirilen ve unsurları kanunda düzenlenmeyen, *sui generis* borç ilişkilerinden olan tek satıcılık, bayilik ile franchise sözleşmelerinin, tek satıcı, bayi ve franchise alan tarafının tacir yardımcısı olarak nitelendirilebilir olup olmadığı hakkında ise öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş⁵⁸ tek satıcılık ve franchise sözleşmesini, acenteliğe benzetmektedir. Bir görüş⁵⁹, tek satıcıyı bağımsız tacir yardımcıları arasında değerlendirmektedir. Bazı yazarlar⁶⁰ ise tek satıcı, bayi ile franchise alanı tacir yardımcısı olarak değerlendirmemektedir.

⁵⁸ Ayhan; Çağlar ve Özdamar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 546-549.

⁵⁹ Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 271; Kaya (Ülgen; Helvacı; Kendigelen ve Nomer Ertan), Ticari İşletme Hukuku, 831; Tek satıcılığın tacir yardımcılığı olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde Erdem, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)," 91; Nurkut İnan, "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler," Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 17, S.2 (1993): 57-58; Ayhan; Çağlar ve Özdamar, Ticari İşletme Hukuku, 454; Pınar Altınok Ormancı, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı-İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler," Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 58, 3 (2009): 470.

⁶⁰ Teoman, Tacir Yardımcıları, 13; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 222-225; Bozer ve Göle, Ticari İşletme Hukuku, 105-146. Arkan; Bozer ve Göle, tacir yardımcılığı bahsinde bu sözleşmelere yer vermemektedir.

Bu çerçevede tek satıcılık, bayilik ve franchise sözleşmelerinde tacir yardımcılığının unsurlarının bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi bir sözleşmenin tacir yardımcılığı faaliyeti olarak nitelendirilebilmesi için, tacirin piyasaya sunmuş olduğu mal ve/veya hizmetin daha geniş bir müşteri kitlesiyle buluşturulması şeklinde ortaya çıkan bir işgörmeye unsurunun, ücret ve tacire tacir yardımcılığı faaliyetinin türüne göre farklı ölçüde olan bağlılığın bulunması gerekmektedir. Tacir yardımcılığı faaliyetinin özellikle işgörmeye ve bağlılık unsurları, faaliyetin özenle yerine getirilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Dağıtım sözleşmeleri olarak ifade edilen tek satıcılık, bayilik ve franchise sözleşmelerinin her birinin ortak yönü, tacirin piyasaya sunduğu mal ve/veya hizmetin daha geniş bir müşteri çevresiyle buluşmasını sağlamaktır. Bu sözleşmelerin tamamında ücret söz konusudur. Tek satıcı, franchise alan ile bayi; sözleşmede kararlaştırılan bedeli yapımçıya, franchise veren ile sağlayıcıya ödedikten sonra kalan tutar, tek satıcı, franchise alan ya da bayinin kârını, diğer bir ifadeyle ücretini oluşturur⁶¹. Son olarak, dağıtım sözleşmelerinde dağıtıcı taraf, dağıtım zincirinin bir üst kademesinde yer alan yapımçı, franchise veren ile sağlayıcının kurduğu dağıtım ağının bir parçası haline gelmekte, onun sınai mülkiyet haklarını, üretim, reklam ve pazarlama yöntemlerini kullanarak mal ve/veya hizmetlerin piyasadaki sürümünü artırma borcu altında bulunmaktadır. Dolayısıyla tek satıcı, franchise alan ve bayinin, tedarik zincirinin bir üst kademesinde yer alan teşebbüsün talimatlarıyla bağlı olduğunun kabulü gerekmektedir⁶².

Tacir yardımcılığı unsurları bağlamında değerlendirildiğinde, tedarik zincirinin farklı kademelerinde bulunan teşebbüsler arasında yapılan ve tedarikçinin pazara sunduğu mal ve hizmetlerin pazarlanması konusunda taraflar arasında uzun vadeli iş birliği üzerine temellendirilen dağıtım sözleşmelerinin; tek satıcı, franchise alan ile bayi sıfatına sahip olan tarafının dağı-

⁶¹ Tek satıcı, franchise alan ile bayinin kâr elde edememesi durumunda elbette ücret de söz konusu olmayacaktır. Bu durumda tek satıcı, franchise alan ile bayinin, kanunda düzenlenen tacir yardımcılarında, örneğin acente, komisyoncu ya da simsardan farklı olarak ücrete hak kazanması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, örneğin simsarlıkta da aracılık edilen sözleşmenin kurulmaması halinde simsar ücrete hak kazanamayacaktır (TBK m.521). Benzer şekilde komisyoncu da kendisine verilen işi tamamladığı takdirde ücrete hak kazanır (TBK m.539). Dolayısıyla ücret unsurunun da tacir yardımcısı tarafından işgörmeye çerçevesinde gösterilen çabanın bir sonucu bağlanması ile bir arada değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Kanaatimizce dağıtım sözleşmelerinin tacir yardımcılığı faaliyeti olup olmadığı sorunsal çerçevesinde, ücret unsuru bakımından ise önemli olanın dağıtım sözleşmeleriyle kurulan dağıtım zinciri içerisinde dağıtıcının kâr elde edebileceği bir sistemin kurulmuş olmasıdır. Örneğin franchise sisteminin sözleşmenin her iki tarafı için kâr edebileceği şekilde kurgulandığı yönünde bkz. Kırcı, Franchise Sözleşmesi, 8; Ayşe Güvercin Şahan, "Lex Mercatoria Kaynağı Olarak ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi," Public and Private International Law Bulletin 40, S.2 (2020): 1421.

⁶² Pınar Altınok Ormanlı, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı-İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler," 469; Ayata, Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları, 99-101.

tım zincirinin bir üst kademesindeki tacirin bağımsız yardımcısı olarak kabul edilmesi uygun olacaktır.

3. Satım İçin Bırakılanın Tacir Yardımcısı Olup Olmadığı

Satım için bırakma sözleşmesinde konsinye alan, tacir yardımcısı olarak değerlendirilmektedir. Bunun sebebi ise satım için bırakma sözleşmesinin hem komisyonculuk ve simsarlık ile acentelikten hem de dağıtım sözleşmesinden farklı olan unsurlarıdır⁶³. Konsinye alanın seçimlik borçlarından birisinin kendisine bırakılan malın iadesi olması bu hususta ayrı bir önem taşımaktadır. Konsinye alan, sözleşme konusu malı kâr elde edebileceği bir bedel üzerinden üçüncü kişiye satamadığı takdirde, konsinye bırakana iade etme borcu altındadır.

Satım için bırakma sözleşmesi, tacir yardımcılığı olup olmadığı bakış açısıyla dağıtım sözleşmeleriyle karşılaştırıldığında, öncelikle satım için bırakma sözleşmesinin dağıtım sözleşmelerinden farklı olarak bir çerçeve sözleşme olmadığı görülmektedir. Bu durum, satım için bırakma sözleşmesinin tarafları arasındaki sürekli bir iş birliği amacının sözleşmeye karakterini veren bir unsur olmamasından kaynaklanmaktadır. Tek satıcı, bayi ya da franchise alan gibi bir dağıtım ağına dahil olmayan konsinye alan ile konsinye bırakan arasındaki bağıllık daha azdır. Tacire bağıllık açısından söz konusu olan bu fark, konsinye alanın; malı, kâr elde edebileceği bir bedelden üçüncü kişiye satamadığı takdirde konsinye bırakana iade edebilmesinden de anlaşılmaktadır.

Satım için bırakma sözleşmesinin akdedilme amacı, dağıtım sözleşmelerine benzer şekilde, bir malın üçüncü kişiye satışının sağlanmasıdır. Bu sözleşmenin tarafları da üretim ve tedarik zincirinin farklı kademelerinde faaliyet gösteren teşebbüslerden oluşmaktadır. Diğer bir ifadeyle hem dağıtım sözleşmeleri hem de konsinye satım, dikey sözleşme ilişkileridir⁶⁴. Bu benzerlik bir yana, dağıtım sözleşmeleri ve acentelik ile satım için bırakma sözleşmesi arasında taraflar arasındaki güç dengesinin dağılımı bakımından bir fark tespit etmek olanaklıdır. Acentelik, tek satıcılık, franchising ve bayilikte, ara kademedeki tacir yardımcısı konumunda olan acente, tek satıcı, franchise alan ile bayinin kategorik olarak daha zayıf ve korunmaya muhtaç konumda olduğu kabul edilmektedir. Zira, tüm dağıtım sözleşmelerinde dağıtıcı, müvekkilinin mal ve/veya hizmetlerinin sürümünü artırmakta ve ona yeni müşteriler kazandırmaktadır. Bu sebeple, sürekli nitelikteki ve tekel hakkı veren dağıtım sözleşmelerinin sona ermesi üzerine denkleştirme gibi koruyucu düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır⁶⁵.

⁶³ Karşılaştırmalar için bkz. Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1035-1036.

⁶⁴ James E. S. Baker, "Agency and Consignment Selling," Antitrust Bulletin 9, S.2 (1964): 299; Richard E. Hancock, "Antitrust: The Legal Status of Consignment Agreements," Tulsa Law Journal 2, S.1 (1965): 55-56; William D. Harrington, "The Law of Consignments: Antitrust and Commercial Pitfalls," Business Lawyer 34, S.2 (1979): 432; Ayata, Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları, 11.

⁶⁵ Ayata, Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları, 123-127; Erdem, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)," 117; A. İpek Sarıöz Büyükalp, "Denkleştirme"

Konsinye satım uygulamasında bakıldığında ise taraflar arasındaki güç dengesinin daha değişken olabileceği tespit edilmektedir. Örneğin, geniş perakende zincirler; tedarikçiler ya da yerel üreticiler ile konsinye satım sözleşmeleri yaparak, üretici ya da tedarikçilerin ürünlerini müşteri ile buluşturmaktadır⁶⁶. Başka bir örnek vermek gerekirse; sanat galerileri, sanatçılardan sanat eserlerini satım için bırakma sözleşmesiyle almaktadır⁶⁷. Satım için bırakma sözleşmesi karakterini veren unsurlar gözetildiğinde, dış ticarette de satım için bırakma sözleşmesinin ithalatçının alıcının, ihracatçı satıcıdan daha güçlü bir konumda olması halinde uygulanabileceği düşünülebilmektedir. Zira, malın mülkiyetinin konsinye alana geçmemesi ve malın iadesi konusunda konsinye alana tanınan seçimlik hak; malın satılamaması ve iadesi riskine satıcının katlanmasına yol açmaktadır⁶⁸. O halde, satım için bırakma sözleşmesinde, genellikle, dağıtım sözleşmelerinden farklı olarak tedarik zincirinin bir alt kademesindeki tacirin daha güçlü konumda olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu farklılık, kanaatimizce, satım için bırakma sözleşmesinin tarafı olan konsinye alanın tacir yardımcısı olup olmadığı değerlendirmesinde belirleyici olmamalıdır. Zira, örneğin tek satıcı olarak faaliyet gösteren bir anonim şirket, aslında büyük bir şirketler topluluğunun yavru şirketi olabilir. Bu bağlamda, güç dengesizliği perspektifinden bir sınıflandırma yapmanın uygun olmadığı düşüncesindeyiz.

Satım için bırakma sözleşmesi, birçok ayrıık özelliğine rağmen bir dağıtım sözleşmesi olarak görülmekte, hatta dağıtım sözleşmeleri gibi süreklilik arz etmesi halinde konsinye alanın diğer dağıtım sözleşmelerine de uygulanan koruyucu acentelik düzenlemelerinden yararlanabileceği dahi kabul edilmektedir⁶⁹. Acentelikle benzer şekilde, satım için bırakma sözleşmesiyle üreticiler bir dağıtım ağı kurma külfetine katlanmaksızın, konsinye alan vasıtasıyla malının daha geniş bir müşteri çevresiyle buluşması imkânına kavuşmaktadır. Görülmektedir ki, satım için bırakma sözleşmesinin işlevi açısından hem dar anlamda dağıtım sözleşmeleriyle hem de acentelikle ortak yönleri bulunmakta ve konsinye alan bir işgörmeye edimini yerine getirmektedir.

Satım için bırakma sözleşmesine karakterini veren unsurlardan olan satışın yapılamaması halinde malın iade edilebilmesi, satılamama riskine kimin

tırme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi," Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21, S.2 (2019): 530.

⁶⁶ John Dolan, "The UCC's Consignment Rule Needs an Exception for Consumers," Ohio State Law Journal 44, S.1 (1983): 24; Engin Yarbaşı, "Otofatura Ekonomik ve Teknolojik Gelişmeler Doğrultusunda Ticari Faturanın Yeni Bir Uygulaması," Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi 12, S.45 (2016): 334.

⁶⁷ Mark Marcone, "The UCC and Consignment: Making the Code Safer for Artists and Other Little Fellows," Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 12, S.2 (1994): 580-581.

⁶⁸ William D. Hawkland, "Consignment Selling under the Uniform Commercial Code," Commercial Law Journal 67, S.6 (1962): 149; DiMatteo, International Business Law and the Legal Environment, 422; 504.

⁶⁹ DiMatteo, International Business Law and the Legal Environment, 11; 504; 515.

katlanacağıının belirlenmesinden ibarettir. Konsinye alanın, konsinye bırakılan malın satışı için gerekli çabayı sarf etmeksizin malı iade etmesi satım için bırakma sözleşmesinin amacına aykırı olarak değerlendirilmelidir. Konsinye alanın göstermesi gereken çaba, dağıtım sözleşmelerinde dağıtımcıdan beklenen düzeyde olmayabilir. Zira, satım için bırakma sözleşmesinde konsinye alanın sürümü artırma borcu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, iade borcunun, yalnızca konsinye alanın malı üçüncü kişiye satamaması halinde doğacağı kabul edilmektedir⁷⁰. *Teoman*⁷¹'a göre iade borcunun sınırını dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı belirler. Bu durumda konsinye alanın malın üçüncü kişilere satışı için belirli bir ölçüde çaba sarf etmesi gereklidir. Konsinye malın ve üretici olması halinde konsinye bırakanın ve konsinye bırakılan malın özellikleri, iade borcunun sınırının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Konsinye alan tarafından gösterilmesi gereken özen, satım için bırakma sözleşmesinde tacir yardımcılığının unsurlarından tacire bağlılık unsuru olarak değerlendirilebilir.

Tarafların satım için bırakma sözleşmesi akdetmekteki amacı, konsinye bırakan tarafından zilyetliği devredilen taşınır bir malın üçüncü kişiye satışının gerçekleştirilmesidir. Konsinye alan bu satışı kendi adına ve hesabına gerçekleştirir, kararlaştırılan ücreti konsinye bırakana öder ve aradaki fark konsinye bırakanın kârını oluşturur. Esasında bunun kâr değil, komisyon olduğu öğretilir⁷² ifade edilmektedir. O halde, satım için bırakma sözleşmesinde tacir yardımcılığı faaliyetinin ücret unsuru da sağlanmaktadır.

Satım için bırakma sözleşmesinin, acentelikten ve diğer dağıtım sözleşmelerinden ayrılan pek çok yönü olmasına rağmen, özünde üretici ya da tedarikçi tarafından piyasaya sunulan malların daha geniş bir müşteri kitlesiyle buluşturulması amacını taşımaktadır. Her ne kadar satım için bırakma sözleşmesinde, malın iadesi konsinye alanın seçimlik borcu olsa da öğretilir ifade edildiği üzere, iade borcunun sınırını dürüstlük kuralı çizmektedir. Satım için bırakma sözleşmesinin amacına ulaşabilmesi, diğer bir ifadeyle, konsinye bırakanın malının üçüncü kişiye satışının gerçekleştirilebilmesi için, konsinye alanın belli bir ölçüde faaliyette bulunması gereklidir. Bu faaliyetin sonucunda malın üçüncü kişiye satışı gerçekleştiği takdirde, konsinye alanın elde edeceği kâr, ücret unsurunu sağlamaktadır. Dolayısıyla, konsinye bırakanın tacir sıfatına sahip olduğu ve konsinye malın ticari işletme faaliyeti çerçevesinde konsinye alana bırakıldığı durumlarda, satım için bırakma sözleşmesi bir tacir yardımcılığı faaliyeti olarak görülebilmelidir.

⁷⁰ Willa Gibson, "Untangling the Web of Consignment Law: The Journey from the Common Law & Article 2 to Revised Article 9," *William & Mary Business Law Review* 10, S.2 (2019): 422.

⁷¹ Teoman, *Satım için Bırakma Sözleşmesi (Konsinye Satım)*, 106.

⁷² Gibson, *Untangling the Web of Consignment Law*, 432.

SONUÇ

Farklı borç ilişkilerinden kaynaklanan ve kaynaklandığı borç ilişkisine göre farklı niteliklere sahip olan tacir yardımcılığı kavramına ilişkin bazı ortak unsur ve özelliklerin tespit edilmesi mümkündür. Çalışmamız kapsamında, satım için bırakma sözleşmesinin bazı dağıtım sözleşmeleriyle benzerlik ve farklılıkları ortaya konularak ve tacir yardımcılığı faaliyetinin ortak unsur ve özellikleri göz önünde bulundurularak satım için bırakma sözleşmesinin tacir yardımcılığı faaliyeti olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır.

Ticari işletmelerin farklı faaliyet alanları ve bu alana özgü farklı gereklilik ve ihtiyaçların bulunması, birbirinden farklı özelliklere sahip tacir yardımcılarının bulunmasına yol açmaktadır. Çeşitli tacir yardımcıları ile tacirler arasında farklı hukuki niteliğe sahip sözleşmeler bulunmaktadır. Tacir yardımcılığı faaliyeti çeşitli hukuki nitelikte sözleşmelere dayanmakta ise de tacir yardımcılarının ortak unsurlarının tespiti mümkündür. Bu unsurlar, ticari işletme faaliyetine yönelik bir işin görülmesi, ücret, özen ve sadakat yükümü olarak sıralanabilir. Tacir yardımcılığı TTK ve TBK'de dağınık bir şekilde düzenlenmektedir. Ayrıca, kendine özgü yapısı olan tek satıcılık sözleşmesinin de tacir yardımcılığı faaliyeti olduğuna dair öğretilerde görüşler bulunmaktadır. Elbette, hangi sözleşmelerin tacir yardımcılığı faaliyeti olarak değerlendirilebileceği, bir sistematik sorundur. Düşüncemize göre bu soruna işlevsel ve amaçsal bir bakış açısıyla yaklaşılmalı ve kanunda düzenlenmesi dahi, tacir yardımcılığı faaliyetinin ortak unsurlarını taşıyan sözleşmelerin tacir yardımcılığı faaliyeti olarak değerlendirilmesi mümkün olmalıdır.

Bu çerçevede, satım için bırakma sözleşmesi hem acentelikten hem de dar anlamda dağıtım sözleşmesi olarak kabul edilen tek satıcılık, franchise ve bayilik sözleşmelerinden farklı özelliklere sahiptir. Ancak tüm farklılıklarına karşın, satım için bırakma sözleşmesi; üretici ya da tedarikçi tarafından pazara sunulan malların daha geniş bir müşteri çevresiyle buluşturulması amacı yönünden dağıtım sözleşmelerine benzemektedir. Ayrıca satım için bırakma sözleşmesinde malın üçüncü kişiye satışı halinde, konsinye alan bir ücret elde etmektedir. Son olarak, satım için bırakma sözleşmesinde, konsinye alanın, konsinye bırakanın işini görmekte olduğundan özenli davranması ve malın üçüncü kişilere satışı konusunda dürüstlük kuralı çerçevesinde çaba göstermesinin gerekli olduğu da kabul edilebilmektedir. Satım için bırakma sözleşmesinin anılan özellikleri, düşüncemize göre tacir yardımcılığı faaliyetinin unsurlarını karşılamaktadır. O halde, üreticinin tacir olduğu ve sözleşmenin üreticinin ticari işletme faaliyetine yönelik olarak kurulduğu durumlarda, satım için bırakma sözleşmesinin, bağımsız tacir yardımcılığı olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Altınok Ormancı, Pınar. "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı-İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, S.3 (2009): 451-480.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Atamer, M. Yeşim ve Okutan Nilsson, Gül. "Gül: Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK m.1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı." *BATİDER* 31, S.3 (2013): 31-82.
- Ayata, Yeşim. *Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin ve Özdamar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Baker, James E. S. "Agency and Consignment Selling.", *Antitrust Bulletin* 9, 2 (1964): 299-312.
- Bozer, Ali ve Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017.
- Cengiz, Ali. "Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları.", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S.2 (2011): 140-165.
- Demir Gökyayla, Cemile. *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- DiMatteo, Larry A. *International Business Law and the Legal Environment*. New York, Oxon: Routledge, 2017.
- Dolan, John. "The UCC's Consignment Rule Needs an Exception for Consumers.", *Ohio State Law Journal* 44, 1 (1983): 21-44.
- Domaniç, Hayri. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi I*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Erdem,ERCÜMENT. "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı).", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt I*. İstanbul: Beta, 2003: 91-120.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Gibson, Willa. "Untangling the Web of Consignment Law: The Journey from the Common Law & Article 2 to Revised Article 9.", *William & Mary Business Law Review* 10, S.2 (2019): 413-478.
- Güllüce, Muhammet Ali. Tacir Yardımcısı Olarak Pazarlamacı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2014.
- Gümüş, Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.

- Gürzumar, Osman Berat. *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukukten Korunması*, İstanbul: Beta Basım, 1995.
- Güvercin Şahan, Ayşe. "Lex Mercatoria Kaynağı Olarak ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi.", *Public and Private International Law Bulletin* 40, S.2 (2020): 1403-1432.
- Hancock, Richard E. "Antitrust: The Legal Status of Consignment Agreements.", *Tulsa Law Journal* 2, S.1 (1965): 55-57.
- Harrington, William D. "The Law of Consignments: Antitrust and Commercial Pitfalls.", *Business Lawyer* 34, S.2 (1979): 431-454.
- Hawkland, William D. "Consignment Selling under the Uniform Commercial Code.", *Commercial Law Journal* 67, S.6 (1962): 146-149.
- İnan, Nurkut. "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 17, S.2 (1993): 55-78.
- İşgüzar, Hasan. *Tek Satıcılık Sözleşmesi*. Ankara: Dayındarlı Hukuk Yayınları, 1989.
- Kaya, Arslan. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Kitap Ticari İşletme Yedinci Kısım Acentelik (TTK m.102-123)*. İstanbul: Beta Basım, 2016.
- Kırca, Çiğdem. *Franchise Sözleşmesi*. Ankara: Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, 1997.
- Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Marcone, Mark. "The UCC and Consignment: Making the Code Safer for Artists and Other Little Fellows," *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 12, S.2 (1994): 579-618.
- Poroy, Reha ve Yasaman, Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Sak, Burak. *Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m.122)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Saraç, Tahir. "6102 sayılı Ticaret Kanununun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.", *AÜHFD* 61, S.2 (2012): 711-748.
- Sarıöz Büyükalp, A. İpek. "Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, S.2 (2019): 523-582.
- Şener, Oruç Hami. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Şenol, A. Nilay. *Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Tandoğan, Haluk. "Satış için Bırakma Sözleşmesi.", *BATİDER* 7, S.1 (1973): 1-10.

- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Teoman, Nebiye. *Satım için Bırakma Sözleşmesi (Konsinye Satım)*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1989.
- Teoman, Ömer. "Tacir Yardımcıları.", *Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı 12*, S.1-3, 2006: 221-304.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kendigelen, Abuzer; Kaya, Arslan ve Nomer Ertan, N. Füsün. *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Yarbaşı, Engin. "Otofatura Ekonomik ve Teknolojik Gelişmeler Doğrultusunda Ticari Faturanın Yeni Bir Uygulaması," *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi 12*, S.45 (2016): 327-340.
- Zellweger-Gutknecht, Corinne. "Vorb. Art. 223–225," *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)*, Ed. Peter Gauch, Viktor Aepli, Hubert Stöckli, Zürich, Basel, Genf: Schulthess Verlag, 2016.

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA HİSSE KÂR PAYI DAĞITIMINA GENEL BAKIŞ

*Ayşe Begüm KELEŞ GÜVEN**

GİRİŞ

Hukukumuzda anonim ortaklıklar kâr elde etme amacıyla kurulur (TTK m. 331)¹. Söz konusu nihaî amaca ulaşırken ve elde edilen kârın kullanılmasında gözetilmesi gereken farklı menfaat grupları vardır. Bunların başında pay sahipleri gelmektedir. Paysahibinin, ortaklıkla arasındaki sözleşmeden temel beklentisi, ortaklığa getirdiği sermayenin kâr elde etme amacıyla işletilmesi ve sonucunda ortaklık malvarlığındaki artışın kendi malvarlığına aktarılmasıdır². Paysahibinin daha ziyade yatırımcı sıfatıyla hareket ettiği halka açık ortaklıklarda, kâr payı alma beklentisi daha da ön plana çıkmaktadır. Bu beklenti, kâr payını nakden alma yönündedir³. Zira elde edilen ve dağıtılmayan kâr ortaklığın malvarlığını artırsa da paysahibi her zaman bu artıştan yararlanamayabilir. Etkin işlemeyen piyasalarda ortaklık malvarlığındaki artış, payın piyasa değerine aynen yansımaya bileceği gibi, yüksek piyasa değeri gibi nedenlerle payın tedavül edememesi de paysahibinin payını ve dolayısıyla payın değerinde oluşan artışı nakde çevirmesine engel olabilir⁴. Ortaklık yönünden bakıldığında ise kâr, ortaklığın otofinansman kaynağıdır. Ortaklık, faaliyetinin sürekliliğini ve sürekli gelişimini sağlayabilmek için elde ettiği kâra ihtiyaç duyabilir. Kârın dağıtılmayarak otofinansman amacıyla ortaklık malvarlığında kalması ve yatırımlar için kullanılması, ortaklığın faaliyet kapasitesinin genişlemesi, rekabet gücünün

* Arş. Gör., Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-Mail: akeles@dogus.edu.tr.

¹ Örnek olarak bkz. Reha Poroy; Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku C. II (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 307; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar (İstanbul: Yasa Yayıncılık, 1989), 24-25; Zühtü Aytac, "Halka Açık Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı", 15. Yıl Sempozyumu (Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1998): 36; Rıza Ayhan; Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 386; Kerem Çelikbaya, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 52. Belirtmek gerekir ki son yıllarda geliştirilen kuram ve yaklaşımlar ışığında halka açık anonim ortaklıkların kâr elde etme amacının sınırları sorgulanmakta ve hedef kitlesi dönüşüme uğramaktadır. Söz konusu kuram ve yaklaşımlar hakkında bkz. Çelikbaya, Kâr Payı Hakkı, 54-58; Hasan Pulaşlı, "Halka Açık Şirketler Hukukunda Son Yıllardaki Önemli Gelişmeler", MÜHF-HAD 27, S. 1 (2021): 416-420.

² Çelikbaya, Kâr Payı Hakkı, 44.

³ Çağlar Manavgat, Hukukî Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, (Ankara: BTHAE, 2016), 498.

⁴ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, 498.

artmasına olumlu yönde etkilidir. Ayrıca kârın nakden ödenmesi, ortaklığın gerekli nakdi özkaynakları arasında hazır bulundurmasını veya dış finansman yoluyla edinmesini gerektirir⁵. Bu nedenler, ortaklıkları nakit kâr payı dağıtımının alternatiflerini aramaya yöneltmiştir. Nakdî kâr dağıtımının alternatiflerinden biri de inceleme konumuz olan hisse kâr payı dağıtımıdır. Çalışmada öncelikle kâr payı dağıtımı kavramına değinilecek ve karşılaştırmalı hukukta başvurulacak başlıca hisse kâr dağıtımı modellerine yer verilecektir. Ardından hisse kâr payı dağıtımının pozitif dayanakları ve dağıtım esasları ana hatlarıyla incelenecek ve son olarak dağıtımda önem arz eden durum ve sonuçlar incelenmeye çalışılacaktır.

I. HİSSE KÂR PAYI DAĞITIMI KAVRAMI VE BAŞLICA AVANTAJLARI

A. HİSSE KÂR PAYI DAĞITIMI KAVRAMI

Kâr payı, “dağıtılmasına genel kurul tarafından karar verilen kârın münferit pay sahibine şirket tarafından ödenmesi gerekli ve miktarı belli edilmiş kısımdır”⁶. Geniş anlamıyla hisse kâr payı (*stock dividend*, *Aktiendividende*) dağıtımı da, kâr payının ortaklık payı şeklinde dağıtılmasıdır⁷.

Hisse kâr payı dağıtımına konu paylar, ortaklığın tedavüldeki payları olabileceği gibi, sermaye artırımı sonucunda çıkarılacak yeni paylar da olabilir. Yeni paylara kaynaklık edecek sermaye artırımı, ortaklığın izlediği yöneme göre dış kaynaklardan veya iç kaynaklardan gerçekleştirilebilmektedir. İç kaynaklardan artırım sonucunda doğan paylar, bedelsiz pay⁸ olarak adlandırılır. Belirtmek gerekir ki, dağıtılabilir kârın henüz dağıtılmasına karar verilmeden ve kâr payı alacağına konu teşkil etmeden sermayeye eklenmesi sonucunda doğan bedelsiz payların kâr payı adı altında dağıtılması, esasen işlemin sermaye artırımı niteliğini değiştirmez. Her ne kadar iç kaynaklardan sermaye artırımına bir dağıtım modeli olarak başvurulabileceği belirtilse de⁹

⁵ Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 19.

⁶ Mahmut T. Birsnel, Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Şirket Kârı Konusunda Anonim Şirket İle Pay Sahibi Arasındaki Menfaat Çatışması (Ankara: BTHAE, 1971), 10; Aslı E. Gürbüz Usluel, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı (Ankara: BTHAE, 2016), 2. Ayrıca bkz. Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 292.

⁷ Türk hukukunda Kâr Payı Rehberi’nden hareketle hisse kâr dağıtımı, “kâr payının esas sermayeye eklenmesi yoluyla yapılan sermaye artırımı sonucunda oluşan bedelsiz payların, kâr payı olarak pay sahiplerine dağıtılması” şeklinde tanımlanmıştır (bkz. Gürbüz Usluel, Kâr Payı, 230; Bilge Aytuğar, “Anonim Şirketlerde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında 7244 Sayılı Kanun İle Öngörülen Tedbirler”, İÜHFD 11, S. 2 (2020): 404).

⁸ Karşılaştırmalı hukukta kullanılan terimler ve “ödemesiz pay” tercihi hakkında bkz. Moroğlu, Sermaye Artırımı, 261. TTK m. 462/3, SerPK m.19/4’de bedelsiz pay terimini benimsemiştir.

⁹ bkz. Moroğlu, Sermaye Artırımı, 18-19. Ayrıca bkz. hisse kâr payı dağıtımının “araç olarak sermaye artırımının kullanıldığı bri kâr dağıtım yöntemi” olduğunu belirten, Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, 506. Kurul’un Kâr Payı Rehberi’nde bedelsiz pay dağıtımının nakit kâr payı dağıtımının alternatifi olarak gösterilmesinden hareketle benzer görüşte, Gürbüz Usluel, Kâr Payı, 49.

ortaklık malvarlığından pay sahiplerinin malvarlığına bir aktarıma yol açmaması bedelsiz pay “dağıtımının” klasik anlamda bir dağıtım teşkil etmediğini ortaya koyar¹⁰. Zira bilindiği üzere kâr payının tipik konusunu oluşturduğu¹¹ “dağıtım” kavramı (*distribution, Ausschüttung*) ortaklık malvarlığından pay sahiplerinin malvarlığına yapılan aktarımları ifade eder¹². Dolayısıyla ortaklık eğer iktisap etmiş olduğu kendi paylarını kâr payı olarak dağıtmaktaysa, burada gerçek bir dağıtım söz konusudur. Bu halde dağıtım da bedelsiz pay dağıtımının aksine, nakit dışı¹³/ aynî kâr payı dağıtımı olarak nitelenmektedir¹⁴.

Belirtmek gerekir ki ortaklık malvarlığından aktarımı öngören hisse kâr payı da dahil olmak üzere, nakit dışı kâr payı dağıtımına ancak pay sahipleri ve alacaklıların korunduğu müddetçe cevaz verilmektedir. Sermayenin korunması ilkesine uygun düştüğü ölçüde nakit dışı dağıtımlar alacaklılar için sakınca ihtiva etmeyecektir¹⁵. Pay sahipleri yönünden yaklaşıldığında ise, nakit dışı dağıtımlar ancak eşit işlem ilkesine uygun olduğu takdirde, dağıtım konu unsur mümkün mertebeye nakde dönüştürülebilir, değerini koruyabilecek nitelikte ise kabul görmektedir¹⁶. Ayrıca pay sahiplerine nakit ve nakit dışı kâr payı arasında seçim hakkı tanınabileceği; böylece nakit dışı dağıtım nedeniyle pay sahiplerinin menfaatlerinin ihlal edilmesinin önüne geçilebileceği belirtilmektedir¹⁷.

¹⁰ Sinan Yüksel, “Kapalı Anonim Ortaklıklarda Yeni Payların Kâr Payına Hak Kazanmasında ve Kâr Payının Hesaplanmasında Zaman Unsuru”, GÜHFD 1 (2019): 409; Çelikkaya, Kâr Payı Hakkı, 116-117.

¹¹ Emek Toraman Çolgar, Şirkete Borçlanma Yasağı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 11.

¹² Alihan Aydın, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, (İstanbul: Arıkan Basım, 2008), 49; Toraman Çolgar, 11; Çelikkaya, Kâr Payı Hakkı, 115, 445.

¹³ Üçışık ve Çelik, Yedek Akçeler, 511; Çelikkaya, Kâr Payı Hakkı, 446.

¹⁴ Lukas Handschin, editör, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 620-659b OR, Die Aktiengesellschaft Allgemeine Bestimmungen, (Zürich Basel Genf: Schulthess Verlag, 2016), 180-181.

¹⁵ Çelikkaya, Kâr Payı Hakkı, 448.

¹⁶ Peter Forstmoser, “Sachauschüttungen in Gesellschaftsrecht,” Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, (Zürich: Schulthess Verlag, 1989), 705; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, (Zürich: Schulthess Verlag, 2009), 1521-1522. Bir görüş, kâr payı olarak bedelsiz pay dağıtımının ancak özel koşullar altında, örneğin şirketin likidite durumunun nakit ödemeye izin vermediği durumlarda mümkün olması gerektiği yönündedir (Wolfhart F Bürgi, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), (Zürich: Schulthess, 1957), 16). Buna karşılık, ortaklığın serbest özkaynaklarının tasarrufu hakkında geniş bir takdir yetkisi olduğu; ortaklığın dağıtılabılır kârdan ziyade daha fazla esas sermayeye ihtiyacı olduğu kanaatine varırsa, ortaklıklar hukukunun temel ilkelerini dikkate alarak hareket edebileceği savunulmaktadır (Handschin, Zürcher Kommentar OR, 181).

¹⁷ Çelikkaya, Kâr Payı Hakkı, 453.

B. HİSSE KÂR PAYI DAĞITIMININ BAŞLICA AVANTAJLARI

Ortaklıkları hisse kâr payı dağıtımına yönelten başlıca neden, ortaklık malvarlığından nakit çıkışı gerekmeksizin piasahiplerine nakde çevirebilecekleri bir varlık dağıtılmasına imkân vermesidir. Özellikle sermaye artırımı sonucunda çıkarılan payları kâr payı olarak dağıtmak, nakit çıkışı gerektirmemesinin yanısıra ortaklığın o tofinansman sağlaması ve alacaklıların başvurabileceği bağı malvarlığını artırması bakımından ortaklığın yanısıra, alacaklıların da lehine görülmektedir. Nitekim payları borsada işlem gören ortaklıklarda, piasahibinin ortaklığın elde ettiği kârdan payını satmak suretiyle nakde dönüştürüp faydalanabileceği; adeta ev yapımı kâr payı (*homemade dividend*) oluşturacağına dikkat çekilmektedir¹⁸. Aynı şekilde piasahipleri hisse kâr payını da dilerlerse borsada satarak kendi nakit kâr paylarını kendileri elde edebilecektir¹⁹. Ev yapımı kâr payının ortaklığın dağıttığı kâr payına iyi bir alternatif olduğu genellikle dile getirilmektedir²⁰.

Hisse kâr payı dağıtımı, ortaklığa payın piyasa değerine etki etme imkânı da sağlayabilmektedir. Dağıtımına konu ortaklık payları eğer iç kaynaklardan sermaye artırımı yoluyla çıkarılıyorsa, artırım sonucunda payın iç değeri ve dolayısıyla piyasa (borsa) değeri azaltılabilecektir²¹. Zira iç kaynaklardan sermaye artırımı ile işletmenin toplam değeri daha çok sayıda paya dağıtılacağından, artırım payın piyasa değerini azaltmaktadır²². Piyasa değerinin düşmesi ise payların tedavül yeteneğini arttırmaktadır²³.

Piasahibi yönünden hisse kâr payı dağıtımının sağlayabileceği avantajlardan biri de vergi istisnalarıdır. İlgili mâliye politikaları ve mevzuatı, ortaklık malvarlığından nakit ya da aktif çıkmamasını teşvik etmek amacıyla hisse kâr payı iktisabına ilişkin vergi istisnası tanımış olabilir. Hukukumuzda da kârın sermayeye eklenmesi suretiyle çıkarılacak payların edinilmesinin kâr dağıtımı sayılmayacağı açıkça kabul edilerek gelir vergisinden istisna kılınmıştır (GVK m. 94/1-6-b(i))²⁴.

¹⁸ Zohar Goshen, "Shareholder Dividend Options", Yale Law Journal 104, N. 881 (1995): 885-886; Çelikboya, Kâr Payı Hakkı, 111, dn. 306.

¹⁹ Ali İhsan Karacan ve Esra Erişir Karacan, Halka Açık Şirketlerde Kâr Dağıtımı, (İstanbul: Legal Kitabevi, 2016), 10.

²⁰ Daniel R. Fischel, "The Law and Economics of Dividend Policy", Virginia Law Review 67, (1981): 703-704; Karacan ve Erişir Karacan, Kâr Dağıtımı, 10. Vergi ve işlem masrafları nedeniyle aksi yönde bkz. Maribel Saez ve Maria Gutierrez, "Dividend Policy with Controlling Shareholders", Theoretical Inquiries in Law 16, (2015): 110.

²¹ Peter Forstmoser; Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, (Bern: Stämpfli Verlag+Cie AG, 1996), 739; Hans Caspar Von der Crone, Aktienrecht, (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2020), 318.

²² Esra Ceneci, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 299; Von der Crone, Aktienrecht, 318.

²³ Moroğlu, Sermaye Artırımı, 17.

²⁴ krş. Seri 1 No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği p. 5.6.2.4.3 (03.04.2007 tarihli 26482 RG).

C. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HİSSE KÂR PAYI DAĞITIMINDA KULLANILAN BAŞLICA MODELLER

Hisse kâr payı dağıtımı Anglo-Sakson Hukuku'nda, payları borsada işlem gören ortaklıklar yönünden yaygın olarak uygulanmaktadır. Zamanla Kıta Avrupası hukuk sisteminde de kabul görüp uygulanmaya başlayan hisse kâr payı dağıtımı, ilgili hukuk düzeninde yerleşik kurum ve kavramlar ışığında şekillenip farklı modellerle uygulanmaktadır. Bu modellerden biri, kâr payı yeniden yatırım planıdır (*dividend reinvestment plan, DRIP*). Plan, mevcut pay sahiplerinin paylarına isabet eden nakit kâr payını ortaklık paylarını edinmek üzere yeniden ortaklığa yatırmasını öngörür. Kâr payı yatırım planına katılmış olan pay sahipleri, paylarına isabet eden ve nakden ödenmesi kararlaştırılan ya da ödenen kâr payının tamamı ya da bir kısmı karşılığında, ortaklık paylarını piyasa değerinden - genellikle %5 oranında- indirimli olarak edinir²⁵. Ortaklık, tedavülde olup da açık piyasa işlemleri ile edildiği kendi paylarından veya sermaye artırımını sonucu çıkardığı yeni paylarından dağıtım yapar²⁶. Kâr payı yeniden yatırım planına, daha ziyade Anglo-Sakson Sistemi'nde, payları borsada işlem gören ortaklıkların kâr payı dağıtımları kapsamında başvurulur. İsviçre Hukuku'nda da bu işleme yönelik açık bir dogmatik engel bulunmamakla birlikte iki doğal engelin söz konusu olduğunu belirtilmektedir²⁷: Pay sahipleri ancak %35 oranında vergi indirildikten sonra kâr üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecektir. Ayrıca küçük yatırımcılar için eşit işlem sorunu doğacaktır. Zira pay sahibinin hisse kâr payı alabilmesi için, payına isabet eden kâr tutarının en az ortaklık paylarının piyasa değerinde olması gereklidir.

Hisse kâr payı dağıtımı, opsiyonlu/ seçimli kâr payı (*optional stock dividend, Wahldividend*) dağıtımı şeklinde de gerçekleştirilebilmektedir. Seçimli kâr payı dağıtımı, kendilerine tanınan seçim hakkını, paydan yana kullanan pay sahiplerine kârın nakden değil de ortaklık payı olarak ödenmesidir²⁸. Ortaklık pay sahiplerine yeni çıkaracağı payları veya sermaye artırımını sonucu doğan yeni çıkarılan payları teklif edebilmektedir. Dağıtım konusu eğer yeni paylar ise artırım, dış kaynaklardan artırım şeklinde gerçekleştirilir²⁹. Pay sahipleri, seçim yapmaları için kendilerine tanınan sürede beyanda bulunmazsa, kâr paylarını nakden alırlar. Pay sahibi, seçim hakkını ortaklık payından yana kullanırsa, ilgili hukuk sisteminin düzenlemeleri ışığında³⁰ kâr payı alacağını aynı sermaye ola-

²⁵ Goshen, Dividend Options, 908-909.

²⁶ Goshen, Dividend Options, 908, dn. 119; Karacan ve Erişir Karacan, Kâr Dağıtımı, 14.

²⁷ Böckli, Aktienrecht, 1523.

²⁸ Forstmoser; Meier-Hayoz ve Peter Nobel, Aktienrecht, 494.

²⁹ Mirko Sickinger ve Madeleine Zipperle, "Die Aktiendividende- Trotz ungeklärter Rechtsfragen ein interessantes Kapitalmarktinstrument", Die Aktiengesellschaft 13-14, (2015):190.

³⁰ Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu m.66/1 pay sahibinin tek taraflı irade beyanı ile sermaye koyma borcunu ortaklıktan olan alacağıyla takas ederek ifa etmesini yasakladığından, takas sözleşmesi imkânı bir kenara bırakıldığında, Almanya uygulamasında kâr payını yeni çıkarılacak ortaklık payı olarak talep eden pay sahibi, alacak hakkını aynı sermaye olarak ortaklığa getirebilmektedir.

rak getirmek veya takas yoluyla ifa etmek suretiyle pay taahhüt eder. İsviçre Hukuku'nda yeni payların esas ve kayıtlı sermaye artırımının yanısıra, şarta bağlı sermaye artırımı yoluyla da gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir³¹. Her ne kadar şartlı sermaye artırımının amacı, paysahibi olmayan kişilerin pay taahhüt etmesini sağlamak olsa ve İBK m. 653 değiştirme ve alım hakkını alacaklılar ve çalışanlar için öngörmüş olsa da öğretide, İBK gerekçesinde yer alan “şarta bağlı sermaye artırımının taraflar açısından ihtiyaca göre pay çıkarılmasının yararlı olduğu durumlarda kullanılabilirliği” ifadesinden hareketle paysahiplerine de alım hakkı tanınabileceği yorumu yapılmaktadır³². Türk Hukuku'nda da şarta bağlı sermaye artırımı kapsamında, değiştirme ve alım hakkı sahipleri arasında paysahiplerinin yer alması önerilmektedir³³.

Ortaklıklar, dönem net kârı dahil, dağıtılabilir kârını sermayelerine ekleyerek çıkardıkları yeni payları da hisse kâr payı olarak dağıtabilmektedir. Yukarıda değindiğimiz üzere burada esasen gerçek anlamıyla bir dağıtım söz konusu olmasa da paysahiplerince ödeme yapılmaksızın edinilen bu paylar piyasada olumlu karşılanmakta³⁴; payların satışıyla nakit elde etme imkânı adeta kendilerine daha önce sahip olmadıkları bir malvarlığı değeri aktarılmış gibi etki yaratmaktadır.

II. HİSSE KÂR PAYI DAĞITIMININ POZİTİF DAYANAKLARI VE TEMEL ESASLARI

A. POZİTİF DAYANAKLARI

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK), halka açık anonim ortaklıkların kâr dağıtım şeklini düzenlemeyip, ortaklığın kâr dağıtım politikasına ve ilgili mevzuata atıf yapmakla yetinmektedir³⁵. Buna göre: “*Halka açık or-*

³¹ Paysahibine tanınan opsiyonlar bakımından kayıtlı sermaye sisteminin elverişli olmadığı; şartlı sermaye artırımının ise opsiyonun gerektirdiği esnekliği sağladığı; şarta bağlı sermaye artırımını düzenleyen İBK. m. 653 hükmünün paysahibi opsiyonlarını kapsamadığı, ancak inkâr da etmediği; kanun boşluğunun esas sözleşmeye konulabilecek hüküm ile doldurulabileceği hakkında bkz. Böckli, Aktienrecht, 266; Heinrich Honsell; Nedim Peter Vogt, ve Rolf Watter, editör, Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016), 455-456. Nitekim 2020 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu revizyonunda, şartla bağlı sermaye artırımına katılmak üzere değiştirme ve alım hakkı tanınabilecek kişiler kapsamına paysahipleri de alınmıştır (2020 İBK m. 653). Arıca bkz. seçimlik kâr payı dağıtımını şartlı sermaye artırımının uygulama halleri arasında inceleyen, Tahir Saraç, Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, (Ankara: Asil Yayıncılık, 2009), 165-166.

³² Mustafa İsmail Kaya, Şartlı Sermaye Artırımı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 105.

³³ Kaya, Şartlı Sermaye, 106-107. Ayrıca bkz. Koray Demir, Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475), (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 39.

³⁴ Karacan ve Erişir Karacan, Kâr Dağıtımı, 10-11.

³⁵ Bu bakımdan SerPK, halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde birinci temettü oranını göstermelerini zorunlu kılan; söz konusu oranın asgari değerinin Kurul tarafından belirleneceğini hüküm altına alan (m. 15/1) 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa nazaran ortaklığın iradesine öncelik veren, daha liberal bir yaklaşıma sahiptir (Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, 499).

taklıklar, kârlarını genel kurulları tarafından belirlenecek kâr dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak dağıtırlar. Kurul halka açık ortaklıkların kâr dağıtım politikalarına ilişkin olarak, benzer nitelikteki ortaklıklar bazında farklı esaslar belirleyebilir.” (SerPK m. 19/1). Atfa konu mevzuattan II-19.1 sayılı Kâr Payı Tebliği³⁶, aynı hususu tekrarlamakta (m.4/1); halka açık ortaklıkların kâr dağıtım esaslarını belirlerken ortaklığın paylarının borsada işlem görüp görmediği ölçütüne göre düzenleme getirmektedir. Söz konusu ölçüt, payın kolaylıkla paraya çevrilebilir olup olmasında ve dolayısıyla yatırımcı pahasibinin nakit getiri beklentisinin karşılanmasında belirleyicidir. Tebliğ, uyarınca payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların kâr payını tam ve nakden dağıtmalarını zorunludur (m. 2/7)³⁷. Diğer taraftan payları borsada işlem gören ortaklıkların kar dağıtım şekli hakkında özel bir düzenleme ve kısıtlama getirmemiştir.

Kâr Payı Tebliği'ne dayanılarak Kurul'un ilke kararı³⁸ ile oluşturduğu Kâr Payı Rehberi'nde konuya ilişkin olarak şu açıklama yapılmıştır: “Kâr dağıtım politikasında, kâr payının nakit ve/veya bedelsiz olarak dağıtılacağı hususunda da bilgi yer alır. Payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların kâr payını tam ve nakit olarak dağıtmaları zorunludur.” (A-3). Yine Rehber'de kar payı dağıtım tablosunda, “ortaklara birinci kâr payı” kısmında “Hesaplamalar sonucunda bulunan birinci kâr payı tutarının ne kadarının nakit, ne kadarının ise pay olarak dağıtılacağı'nın belirtileceği açıklanmıştır. (C-11). Dolayısıyla Türk sermaye piyasası hukuku uygulamasında hisse kar payı dağıtımları, iç kaynaklardan sermaye artırımını sonucunda bedelsiz pay çıkarılması suretiyle yürütülmektedir. SerPK ve Kâr Payı Tebliği'nin payları borsada işlem gören ortaklıkların dağıtım şekli hakkında kısıtlama getirmemesi ve Rehber'in hukukî niteliği dikkate alınarak, söz konusu ortaklıkların başkaca bir modelle hisse kâr payı dağıtıp dağıtamayacağı; diğer bir deyişle Rehber'de yer alan açıklamanın hisse kâr payı dağıtım yöntemini sınırlı olarak belirleyip belirleyemeyeceği tartışmaya açıktır³⁹.

SerPK, Kâr Payı Tebliği ve Rehber'de kâr dağıtım şekline ilişkin ilgili mevzuatın yanısıra atıf yapılan bir diğer zemin ise kâr dağıtım politikasıdır.

³⁶ 23.01.2014 tarihli, 28891 sayılı RG.

³⁷ Bu bakımdan payları borsada işlem görmeyip de bağımsız denetim kapsamında bulunan ortaklıklar için hisse kar payı dağıtımına izin veren mülga Seri:4, No. 27 sayılı Tebliğden ayrılır.

³⁸ Sermaye Piyasası Kurulu'nun 27.012014 tarihli, 2/39 sayılı Kararı.

³⁹ Rehberin dağıtılabilir kârın üst sınırına ilişkin açıklamasını incelediği eserinde, Kurul'un konuyu “Kâr Payı Tebliğinde bir pozitif hukuk düzenlemesi yapmaksızın” açıklamaya çalıştığına dikkat çeken, Korkut Özkorkut, “Dürüst Resim İlkesi Çerçevesinde Finansal Tabloların Onaylanabilmesi İçin Aranması Gereken Kriterlerin Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarında Yargıtay Kararlarına Etkisi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Ankara: BTHAE, 2020), 68; krş. SerPK m. 19/1 hükmünün Kurul'a kâr dağıtım kapasitelerine dair düzenleme yapma yetkisi tanıdığı; bu yetkiye dayanılarak hazırlanan Rehber'in de pozitif hukukun parçası olduğu yönünde, Çelikboya, Kâr Payı Alma Hakkı, 173.

Kâr dağıtım politikası, “ortaklığın kâr dağıtımını konusunda sonraki yıllarda izlemeyi tasarladığı yolun ana çizgilerini gösteren bir ilkeler bütünü”dür⁴⁰. Kâr dağıtım politikasının esaslarını belirleme yetkisi Kurul’a aittir (SerPK m. 19/1). Asgari içeriğinde kâr payı dağıtılıp dağıtılmayacağı, dağıtılacak ise kâr payı dağıtım oranı; kâr payının ödenme şekli ve zamanı ile kâr payı avansı dağıtılıp dağıtılmayacağı, dağıtılacak ise buna ilişkin esaslar yer alır (Kâr Payı Tebliği m. 4/2). Bu kapsamlı içeriği ile kâr dağıtım politikası, aynı zamanda kurumsal yönetim aracıdır⁴¹. II.17-1 sayılı Kurumsal Yönetim İlkeleri Tebliği⁴² ile oluşturulan Kurumsal Yönetim İlkeleri, ortaklığın belirli ve tutarlı bir kâr dağıtım politikasının bulunmasını öngörür (1.6.1). İlkeler, kâr dağıtım politikasına kamuyu aydınlatma işlevinin yanısıra, pay sahipleri ve ortaklık menfaatleri arasında denge kurma işlevi de yüklemektedir (1.6.4). Bu nedenle politikanın söz konusu “*menfaat çatışmaları arasında bir uzlaşmayı somut biçimde ortaya koyması*” beklenir⁴³.

B. HİSSE KÂR PAYI DAĞITIMININ TEMEL ESASLARI

Payları borsada işlem gören ortaklıkların kâr payını bedelsiz pay olarak dağıtmak üzere yapacağı sermaye artırımının tâbi olduğu usul, VII-128. Pay Tebliği⁴⁴ ile düzenlenmiştir. Pay sahiplerinin bedelsiz payları edinme hakkı ise SerPK m. 19/4 hükmüne konudur. Buna göre “*Halka açık ortaklıkların sermaye artırımlarında, bedelsiz paylar artırım tarihindeki mevcut paylara dağıtılır.*” Hüküm, bedelsiz payları edinme hakkını düzenleyen TTK m. 462/3⁴⁵ ile hakkın somutlaştığı an itibarıyla sahibinin tanımlanması bakımından örtüşmektedir. Diğer taraftan TTK m. 462/3 bedelsiz payları edilme hakkının kaldırılamaz, sınırlandırılmaz ve vazgeçilemez olduğunu hüküm altına almakta ve hakkın mutlak olarak oransallık ilkesine uygun şekilde kullanılacağına öngörmektedir. Bu hususta sessiz kalıp eSerPK m. 15/6’yi

⁴⁰ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, 500. Benzer yönde bkz. Gürbüz Usluel, Kâr Payı, 223

⁴¹ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, 501.

⁴² 03.01.2014 tarihli, 28871 sayılı RG.

⁴³ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, 501. “... şirketin kâr dağıtım politikasının SPK mevzuatına uygun olup, şirketin kar dağıtım politikasında pay sahiplerinin menfaatleri ile şirket menfaatleri arasında dengeli bir politika izlenerek, o yıl şirketin dağıtacağı kârın değil, şirketin kârlılık durumuna göre her yıl dağıtabileceği kâr payının en alt sınırının belirleneceği, kâr dağıtım politikasında belirlenmiş olan dağıtılabilir karın en az %20’si oranındaki asgari kâr dağıtım oranının ana sözleşme, kanun ve objektif iynet kurallarına uygun olduğu savunularak itiraz edildiği de anlaşılmalı, mahkemece anılan hususlar göz önünde bulundurulmaksızın, yanılığlı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi de doğru görülmemiş, kararın bu nedenle de davalı yararına bozulması gerekmiştir.” Y11.HD, 22.1.2019, E.2017/1281, K.2019/575.

⁴⁴ 22.06.2013 tarihli, 28685 RG.

⁴⁵ SerPK m. 12/6, TTK m. 462/3’ün halka açık ve halka açılmak üzere Kurul’a başvuran ortaklıklara uygulanmayacağı düzenlemiştir. Ancak söz konusu istisna, SerPK m. 12 gereğince de belirtildiği üzere TTK m. 462/3-c.1’e yönelik olup; bedelsiz payları edinme hakkına ilişkin hükümleri işaret etmemektedir.

tekrar eden SerPK karşısında da aynı iktisap esasına halka açık ortaklıklar yönünden söz konusu olacaktır. Oran hesaplamasında ise, pay sahibinin “*mevcut paylarının itibari değeri*” esas alınır⁴⁶.

Pay Tebliği m. 16, bedelsiz payları doğuran sermaye artırımını “*iç kaynaklardan ve kâr payından yapılacak bedelsiz sermaye artırımları*” şeklinde ayrı ayrı zikrederek düzenlemektedir. Esasen son dönem kârı da dahil dağıtılabilir kâr da iç kaynak teşkil ettiğinden, anılan ifade gereksiz görülmeğe de⁴⁷ Kurul’un bedelsiz payların hisse kâr payı olarak dağıtılabilmesini vurguladığı yönünde değerlendirilebilir. Tebliğ, iç kaynaklardan ayrı olarak kendi ifadesiyle “*kâr payının*” pay olarak dağıtılabilmesi hakkında ayrı bir hüküm sevk etmiş; yıllık kârın üzerindeki tasarrufa, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra eklenmesi de dahil kullanılmasına ilişkin kararları genel kurulun devredilemez yetki sahasında belirten TTK m. 408/2-d hükmüne uygun olarak, kayıtlı sermaye sistemindeki ortaklıkların öncelikle kâr payının pay biçiminde dağıtılmasına ilişkin genel kurul kararı almaları gerektiğini vurgulamıştır (m. 16/6).

III. HİSSE KÂR PAYI DAĞITIMINDA ÖNEM ARZ EDEN DURUM ve SONUÇLAR

A. KÂR DAĞITIM POLİTİKASINDA HİSSE KÂR PAYI DAĞITIMININ ÖNGÖRÜLMEMİŞ OLMASI DURUMUNDA

Ortaklıkların kâr dağıtım şekli de dahil olmak üzere dağıtım ilkelerini belirlemek üzere ilgili mevzuatın yanısıra atıf yapılan (SerPK m. 19/1, Kâr Payı Tebliği m. 4/1) kâr dağıtım politikası, ortaklığın kâr dağıtımına dair vizyonunu öznelştiren bir çerçevedir. Kâr Payı Tebliği, dağıtım politikasının asgari içeriği arasında “*kâr payının ödenme şekli*”ni saymakta (m. 4/2); Rehber de “*Kâr dağıtım politikasında, kâr payının nakit ve/veya bedelsiz olarak dağıtılacağı hususunda da bilgi yer alır.*” demektedir (A-3). Şu halde, gündeme gelebilecek sorunlardan biri, dağıtım politikasında kâr payının bedelsiz pay olarak dağıtılabilmesine dair bilginin yer almaması halinde yapılacak hisse kâr dağıtım kararının herhangi bir yaptırıma tâbi olup olmayacağıdır. Öğretilen kâr dağıtım politikasının, mutlak bir bağlayıcılığa sahip olmadığı; ortaklığa ilişkin ve nesnel haklı sebeplerin varlığı halinde ortaklığın, politikada yer alan ilkelerden sapabileceği belirtilmektedir⁴⁸. Bununla birlikte, haklı bir sebebe dayanmayan sapma kararlarının, kârın kâr dağıtım politikasına göre dağıtılacağı SerPK m. 19/1 ve Kâr Payı Tebliği m. 4/1’de hüküm altına alındığından, kanuna ve dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle iptal edilebileceği ileri sürülmüştür⁴⁹. Bir diğer görüş de dağıtım politikasını bağlayıcı sonuçlar

⁴⁶ Moroğlu, Sermaye Artırımı, 276.

⁴⁷ bkz. Cenkci, Kayıtlı Sermaye, 204, dn. 165.

⁴⁸ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, 502.

⁴⁹ Karacan ve Erişir Karacan, Kâr Dağıtım, 221; Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, 502; Gürbüz Usluel, Kâr Payı, 224.

doğurmayan bir niyet beyanı olarak nitelemekte ve bundan hareketle pay sahiplerinin politikadaki dağıtım öngörüsüne dayanarak talepte bulunamayacağını; ancak şüphesiz politikaya aykırı bir dağıtım kararının SerPK m.19/1 hükmüne aykırı olduğunu; kanuna aykırılık gerekçesiyle iptal davasına konu edilebileceğini savunmaktadır⁵⁰. Gerçekten, tu tür bir dağıtım kararı, kâr payının dağıtım politikasına uygun şekilde dağıtılmasını gerektiğini düzenleyen SerPK m. 19/1 hükmüne aykırı olması nedeniyle iptal edilebilir görünmektedir. Diğer taraftan anılan hükmün gerekçesinde, kâr dağıtım politikasına yapılan atfın, ortaklıklara finansal yapıları ve yatırım planlarına uygun karar alma imkânı vermek amacı taşıdığı; bu serbestinin kötüye kullanılması riskinin Kurul'a sektör ve ortaklık özelliklerine göre farklı esaslar belirleme yetkisi tanındığı düzenleme yetkisi ile engellenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır⁵¹. Hükmün amacı ışığında, kanaatimizce de haklı sebebin varlığında ve payların nakde çevrilebilirliği dikkate alınarak, borsada işlem gören ortaklıkların dağıtım politikasında öngörülmemiş olan hisse kâr payı dağıtım kararı, hükümsüzlük yaptırımına uğramamalıdır.

B. KÂR PAYINDA İMTİYAZLI PAYLARIN VARLIĞI DURUMUNDA

Hisse kâr payı dağıtımının, bedelsiz payları edinme hakkının emredici şekilde oransallık ilkesine tabi olması karşısında, eğer ortaklıkta imtiyazlı paylar bulunuyorsa, imtiyazları ihlal etme riski doğabilir. Ancak Rehber'in öngördüğü sistem dikkate alındığında, bu riskin söz konusu olmayacağı anlaşılmaktadır. Zira kâr payını pay olarak dağıtma imkânı, payları borsada işlem gören ortaklıklara ancak birinci kâr payı dağıtımını için tanınmıştır. Rehber, hesaplanan birinci kâr payının ne kadarının ne kadarının pay olarak dağıtılacağına kâr payı dağıtım tablosunda açıklanacağını belirtmektedir (C-3). Yine Rehber'de birinci kâr payının hesaplanmasında imtiyazların dikkate alınmayacağı öngörülmektedir (C-11). Dolayısıyla tüm pay sahiplerine oransallık ilkesi uyarınca bedelsiz paylar dağıtıldıktan sonra imtiyazlı pay sahiplerine imtiyazlarına denk gelen tutarda nakit dağıtım yapılması mümkündür.

⁵⁰ bkz. Halil M. Çonkar, "Kâr Payı Hakkı", Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 171. Yazar, bu halde ayrıca SerPK m. 32 çerçevesinde kamuyu aydınlatma belgelerinden sorumluluğa da başvurulabileceğini eklemektedir (aynı yer).

⁵¹ bkz. SerPK m. 19 hükmü gerekçesi: "Madde ile Kurul'un temettü oranı belirlemesi ve bu oran çerçevesinde halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde birinci temettü oranının gösterilmesi zorunluluğu uygulaması yerine halka açık ortaklıkların genel kurulları tarafından belirlenecek kâr dağıtım politikaları çerçevesinde kârlarını dağıtabilecekleri düzenlenmiştir. Böylelikle dağıtılacak kâr payına ilişkin oransal veya asgari tutar şeklinde herhangi bir kısıtlama getirilmeyerek şirketlere finansal yapıları ve yatırım planlarına uygun hareket edebilme esnekliği sağlanmıştır. Bununla birlikte söz konusu serbestinin kötüye kullanımını engellemek ve piyasanın ihtiyaçları doğrultusunda karar alınabilmesini sağlamak amacıyla Kurul'a sektör ve şirket bazında farklı esaslar belirleme yetkisi verilmiştir."

C. DAĞITIMA KATILACAK KİŞİ ÇEVRESİNE ETKİSİ

Kârdan pay alacak kişi çevresi paysahipleriyle sınırlı değildir. Paysahipleri ile kârdan pay alacak diğer kişilere yapılacak kâr dağıtımında izlenecek sıra, SerPK m.19/2'da özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre: *“Kanunen ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve ortaklık çalışanlarına kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, belirlenen kâr payı ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz”*. Hükümde sıralamayı belirleyen “ödenme” olgusu, Kâr Payı Tebliği m. 5/3'te açıklık kazanmıştır: *“TTK'ya göre ayrılması gereken yedek akçeler ile esas sözleşmede veya kâr dağıtım politikasında pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça; başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine, ortaklık çalışanlarına ve pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, pay sahipleri için belirlenen kâr payı nakden ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz. ...”*. İki hükmün birlikte değerlendirilmesiyle, dağıtım konusunun sadece bedelsiz paylar olması halinde, kârdan pay alacak diğer kişilere kâr dağıtımını yapılamayacağı; bu bakımdan hisse kâr payı dağıtımının kâra katılacak kişi çevresini daraltıcı etkisi bulunduğu sonucuna varılmaktadır.

D. GENEL KANUNİ YEDEK AKÇE AYRIMINA ETKİSİ

Bedelsiz payların çıkarılması, ortaklık malvarlığından aktif değerlerin çıkışına neden olmamakta, aksine serbest öz kaynakları bağlı malvarlığı haline getirmektedir. Bu nedenle öğretide bedelsiz payların dağıtılmasına bağlı olarak TTK m. 519/2-c uyarınca dağıtılan kâr üzerinden ayrılması öngörülen genel kanunî yedek akçenin ayrılmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir⁵². Bu görüş, Kâr Payı Rehberinde açıkça şu ifadelerle kabul edilmiştir: *“Kâr payının sermayeye ilave edilmek suretiyle pay olarak dağıtılması durumunda, bu maddede belirtilen genel kanuni yedek akçenin ayrılmasına gerek yoktur” (C.16)*.

SONUÇ

Hisse kâr payı dağıtımını, diğer bir deyişle ortaklığın kâr payı olarak kendi paylarını dağıtması, ortaklık malvarlığından nakit çıkmasına gerek kalmaksızın paysahiplerine nakde çevirebilecekleri bir varlığın sağlanması; payın piyasa değerini etkileme imkânı vermesi; ayrıca bazı vergi avantajları sunması dolayısıyla ortaklıklar tarafından nakdî dağıtımlara alternatif olarak başvuru bir kâr dağıtım yöntemidir. Farklı modellerle uygulandığı görülen

⁵² Örnek olarak bkz. Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, (İstanbul, İÜHF Matbaası, 1980), 314.

hisse kâr dağıtımı, ülkemizde halka açık ortaklıklar cephesinde, payları borsa-sada işlem gören ortaklıklarla sınırlı olarak ve iç kaynaklardan sermaye artırımıyla çıkarılacak bedelsiz payların dağıtımı zemininde düzenlenmiştir. İdeal şartlarda işleyen piyasada payların kolayca nakde çevrilebileceği dikkate alındığında, hisse kâr payı dağıtımı imkanının yalnızca borsa ortaklıklarına sağlanması pahasahiplerinin nakit elde etme beklentisinin gözetildiğini göstermektedir. Pahasahibine nakit kâr payı ve hisse kâr payı arasında seçim yapma hakkı tanınan dağıtım modeli, şarta bağlı sermaye sisteminde alım hakkı tanınabilecek kişiler arasına pahasahiplerinin dahil edilmesiyle, kolay ve hızlı bir usul sunmak üzere gündeme gelebilecek veya kâr payı yeniden yatırım planları, piyasaların gelişmesiyle bir başka dağıtım modeli seçeneği olarak değerlendirilebilecektir.

Hisse kâr payı dağıtımına konu bedelsiz paylar, artırım tarihinde mevcut payların tümüne -bu payların ne zaman iktisap edildiği dikkate alınmaksızın- dağıtılır. SerPK, pahasahiplerinin bedelsiz paylardan hangi ölçüte göre yararlanacağı konusunda düzenleme getirmemektedir. Bu halde TTK m. 462/3 hükmü devreye girmekte ve bedelsiz payların mutlak şekilde oransallık ilkesine göre dağıtılması gerekmektedir. Oransallık ilkesinin bedelsiz payların dağıtımında mutlak şekilde uygulanması, eğer kâr payında imtiyazlı paylar söz konusuysa, bu imtiyazı ihlal etmeyecektir. Zira hisse kâr payı dağıtımı ancak birinci kâr payının dağıtımı için öngörülmüş olup; birinci dağıtımda imtiyazla dikkate alınmamaktadır. Hisse kâr payının dağıtımı ardından imtiyazlı paylara ayrıca dağıtım yapılacaktır. Hisse kâr payı dağıtımında karşılaşılabilecek bir başka mesele, kâr dağıtım politikasında öngörülmemiş olmasına rağmen alınan hisse kâr payı dağıtımı kararının yaptırıma tâbi olup olmadığıdır. Politikanın kâr dağıtımı hakkında ortaklığın genel vizyonunu ortaya koyan, bağlayıcılığı bulunmayan bir belge olması dikkate alınarak, haklı bir sebebin varlığı halinde, dürüstlük kuralı ihlal edilmeksizin politikadan saparak alınmış hisse kâr payı dağıtımı kararının bu tür bir yaptırıma maruz kalmaması gereklidir. Hisse kâr payı dağıtımının kâr dağıtımına katılabilecek kişi çevresini ve dağıtıma bağlı olarak ayrılacak genel kanunî yedek akçeyi sınırlandırıcı etkileri mevcuttur. Pahasahipleri dışında kârdan pay alacak kişilerin kâra katılmasının pahasahiplerine nakden kâr payı ödenmesi şartına bağlanması karşısında, diğer kişilere kâr dağıtılmasına karar verilemeyecektir. Yine, ortaklık malvarlığından değer çıkışına yol açmaması dikkate alınarak, hisse kâr payı dağıtımı nedeniyle genel kanunî yedek akçe ayrılmasına gerek görülmemiştir.

KAYNAKÇA

- Aydın, Alihan. *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi*. İstanbul: Arıkan Basım, 2008.
- Ayhan, Rıza; Çağlar Hayrettin ve Özdamar Mehmet. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Aytaç, Zühtü. "Halka Açık Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı". *15. Yıl Sempozyumu*. Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1998.
- Aytuğar, Bilge. "Anonim Şirketlerde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında 7244 Sayılı Kanun İle Öngörülen Tedbirler". *İÜHFD* 11, S. 2 (2020): 396-410.
- Birsel, Mahmut T.. *Yargıtay Kararlarının Işığında Şirket Kârı Konusunda Anonim Şirket İle Pay Sahibi Arasındaki Menfaat Çatışması*. Ankara: BTHAE, 1971.
- Böckli, Peter. *Schweizer Aktienrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, 2009.
- Bürgi, Wolfhart F.. *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697)*. Zürich: Schulthess, 1957.
- Cenkci, Esra. *Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Çelikboya, Kerem. *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Çonkar, Halil M.. "Kâr Payı Hakkı", *Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Demir, Koray. *Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475)*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Fischel, Daniel R. "The Law and Economics of Dividend Policy", *Virginia Law Review* 67, (1981): 699-726.
- Forstmoser, Peter. "Sachauschüttungen in Gesellschaftsrecht," *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*. Zürich: Schulthess Verlag, 1989.
- Forstmoser, Peter; Meier-Hayoz, Arthur ve Nobel, Peter. *Schweizerisches Aktienrecht*. Bern: Stämpfli Verlag+Cie AG, 1996.
- Handschin, Lukas. editör. *Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 620-659b OR, Die Aktiengesellschaft Allgemeine Bestimmungen*. Zürich Basel Genf: Schulthess Verlag, 2016.
- Goshen, Zohar. "Shareholder Dividend Options", *Yale Law Journal* 104, N. 881 (1995): 881-932.
- Gürbüz Usluel, Aslı E.. *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı*. Ankara: BTHAE, 2016.

- Honsell, Heinrich; Vogt, Nedim Peter ve Watter, Rolf. editör, *Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*. İstanbul: Yasa Yayıncılık, 1989.
- Karacan, Ali İhsan ve Karacan, Esra Erişir, *Halka Açık Şirketlerde Kâr Dağıtımı*. İstanbul: Legal Kitabevi, 2016.
- Kaya, Mustafa İsmail. *Şartlı Sermaye Artırımı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Manavgat, Çağlar. *Hukukî Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz*. Ankara: BTHAE, 2016.
- Moroğlu, Erdoğan. *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Özkorkut, Korkut. “Dürüst Resim İlkesi Çerçevesinde Finansal Tabloların Onaylanabilmesi İçin Aranması Gereken Kriterlerin Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarında Yargıtay Kararlarına Etkisi”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*. Ankara: BTHAE, 2020.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku C. II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Pulaşlı, Hasan. “Halka Açık Şirketler Hukukunda Son Yıllardaki Önemli Gelişmeler”, *MÜHF-HAD 27*, S. 1 (2021): 414-439.
- Saez, Maribel ve Gutierrez, Maria. “Dividend Policy with Controlling Shareholders”, *Theoretical Inquiries in Law*16, (2015): 107-130.
- Saraç, Tahir. *Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı*. Ankara: Asil Yayıncılık, 2009.
- Sickinger, Mirko ve Zipperle, Madeleine. “Die Aktiendividende- Trotz ungeklärter Rechtsfragen ein interessantes Kapitalmarktinstrument”, *Die Aktiengesellschaft* 13-14, (2015): 189-190.
- Tekinalp, Ünal. *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*. İstanbul, İÜHF Matbaası, 1980.
- Toramam Çolgar, Emek. *Şirkete Borçlanma Yasağı*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019),
- Üçışık, Güzin ve Çelik, Aydın. *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Von der Crone, Hans Caspar. *Aktienrecht*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2020.
- Yüksel, Sinan. “Kapalı Anonim Ortaklıklarda Yeni Payların Kâr Payına Hak Kazanmasında ve Kâr Payının Hesaplanmasında Zaman Unsuru”, *GÜHFD* 1 (2019): 381-415.

YENİ BİR İŞ KANUNU İÇİN SOMUT ÖNERİLER

*Mustafa KILIÇOĞLU**

GİRİŞ

Makalemizi iki temel eksen üzerine oturtmak istiyoruz. Bunlardan ilki ayrı normatif düzenlemelere göre çalışan işçilerin, tek bir yasa kapsamında düzenlenip düzenlemeyeceği sorununa yanıt aramaktır.

İkincisi, yeni bir iş yasasında yaklaşık yirmi yıllık bir uygulamada, davaları çoğaltan hükümleri belirlemek yeniden ele almak ve COVID- 19 ve de buna bağlı çalışma dünyasındaki değişimlerin nasıl bir düzenleme ihtiyaç duyacağına ilişkin öngöründe bulunmaktadır.

Her iki temel konu beraberinde olumlu ve olumsuz bir çok sorunu getireceği tabiidir. Ancak, biz burada satır başları ile konuya yaklaşmak istiyoruz.

I. KODİVİKASYON

A. MEVCUT DURUM

1. Kanunlara Genel Bakış

4857 sayılı “İş Kanunu” 22/5/2003 tarihinde kabul edilmiştir. 5953 sayılı “Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanun” 13/6/1952 tarihinde; 854 sayılı “Deniz İş Kanunu” 29/4/1967 de; 6356 sayılı “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu” 18/10/2012 de; 6331 sayılı “İş Sağlığı ve Güvenliği” 30/6/2012 de ve son olarak da içerisinde “ Hizmet Sözleşmeleri” bölüm başlığı bulunan 6098 sayılı “Türk Borçlar Kanunu” 4/2/2011 tarihinde kabul edilmiştir.

5953 sayılı Kanun 1924 AY ışığında, 857 sayılı Kanun 1961 AY diğer kanunlar 1982 AY döneminde çıkarılmıştır. 4857 sayılı ve 6356 sayılı Kanunlar son kanunlar olup 1961 AY döneminde 1475 sayılı İş Kanunu, 273 sayılı Sendikalar Kanunu ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Kanunu çıkmıştır. Doğal olarak, her kanun çıktığı yılın anayasasına aykırı olamayacağı için, bir anlamda normların anayasal anlayışın bir göstergesi olduğunu söylemek çok da haksız sayılmaz.

* Doç. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Daire Başkanı, dr.mustafakilicoglu@gmail.com

2. Kanunların Doğuş Dinamikleri ve Temel Bileşenleri

a. Kanunların Doğuş Dinamikleri

a.1. Genel Olarak

Kanunların topyekûn değişiklikleri, genel olarak rejim değişikliklerinde olur. Çünkü, bir rejim yeni bir devlet düzeni ve anayasa gerektirir. Modern anayasacı “Konstitution” kavramı, normatif açıdan bir ülkenin asli yapısını eylemli olarak -dar anlamda- betimleyen, bir anlamda da devletlerin *egemenlikleri meşrulaştıran*, dolayısıyla da *siyasi iktidarların icraatlarını meşrulaştıran bir yazılı belge olarak düşünülmektedir*¹.

Çıkarılacak kanunların anayasa aykırı olamayacağı eşyanın tabiatı gereğidir. Kanunlar anayasaya, devletin imzacı olduğu uluslararası sözleşmelere -özellikle temel haklar yönüyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine- uygun olması gerekir.

Kanunu yapan kanun koyucudur. Bir metnin kanun olarak hukuk dünyasına arz edilmeden önce, hukuk teknisyenlerinin titiz bir incelenmesinden geçmesi gerekir. Kullanılan dil hangi hukuk alanında ise onun özelliklerini taşımalı. En önemlisi, çıkarılacak kanunun diğer kanunlarla çelişmemesi gerekir. Aksi halde uygulayıcı için bir sorun teşkil eder. Çatışan hükümlere ilişkin kurallara başvuru sorunları doğar.

a.2. İş Kanunu

Daha önce de vurgulandığı üzere kanunların genel olarak tümünden değişimini genel bir düşünceye dayandırmıştık. Ancak çalışma ilişkilerinin sil baştan düzenleme zorunluluğu *uluslararası sözleşmeler* ve *İLO gibi kurumsal istekleri karşılama*da görülür. Özellikle 4857 sayılı İş Kanunu temelde “İş güvencesi” hükümleriyle öne çıkmış, 158 sayılı İLO sözleşmesiyle hayata geçirilmiştir. İş K.m.5’in başta İLO’nun 100 sayılı sözleşmesi Birlik Adalet Divanının çok sayıda kararları ve yönergeleri -75/117, 76/207, 79/7, 86/613, 86/378- esas alınmıştır. İşyerinin veya bir bölümünün devri 77/187 sayılı Yönerge, belirli ve belirsiz süreli sözleşmeler 99/70 sayılı Yönergeyi esas almıştır². Verdiğimiz bu örnek çoğaltılabilir. Kanun ayrıca “ Geçici İş İlişkisi” (m.7), “Kısmi Süreli ve Tam Süreli İş Sözleşmeleri”(m.13), “Çağrı Üzerine ve Uzaktan Çalışma” (m.14) gibi esnek çalışma türlerine yer verilmiştir.

¹ Christian Waldhof, “Anayasası Tarihçesi ve Anayasa Teorisi”, Çev. Yrd. Doç. Dr. Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, Anayasa Teorisi, Verfassungstheorie, Ed.O.Dепенheur/ C.Grabenwarter, Çev.Ed.İ.Doğan, (Ankara: Lale Yayınları, 2014), 134-137.

² Bkz.Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, B.3, (İstanbul:Legal Yayınları 2013), 79-269.

b. Temel Bileşenleri

b.1. Genel Olarak

Genel olarak kanunların, özellikle özel hukukta ekonomi ile paralel bir yapılanması görülür. Ekonomik gelişmelerin dinamik yapısı ile hukukun muhafazakar -statüyü koruyucu- yapısının dengeli bir uyum içerisinde olması gerekir. Aksi halde mevcut kanuna güvenerek geleceğe yatırımda bulunan girişimciler sürprizlerle karşılaşabilir.b.2 İş Kanunu Bağlamında

İş hukukunun kanuna aktarımında temel bileşenler, *sosyal politika, ekonomi, hukuk ve sosyal güvenlik* olarak belirtebiliriz. İş sağlığı ve güvenliği, normatif açıdan bireysel iş hukuku kapsamında düşünülmesi daha isabetli olacaktır.

Sosyal politika, bir anlamda bir ülkeyi yönetenler tarafından belirlenen bir plandır. Sosyal politikanın konularından biri çalışma ilişkisidir. Hükümet/hükümetlerce konulan bu planlar, aslında geniş bir zaman aralığına yönelik bir devlet öngörüsünü içinde barındırır. Başka bir anlatımla geleceğe yönelik yazıya dökülen bu öngörüler hükümetler arasında derin bir felsefe/düşünce ayrımı yok ise devamlılığı esastır.

Ekonomi vazgeçilmez bir bileşendir. Esnek çalışma gibi arayışlar ekonomik zorunlulukların önce atipik sözleşmelerle daha sonra kanuna yansıtılan bir sürece evrilir.

Sosyal güvenlik, genelde bağımsız bir yapısı var ise de çalışma ilişkisi/iş hukukundan soyutlanacak bir karakter gösteremez. Çünkü sosyal güvenlik kanunları devlet tarafından bir yaptırıma sahiptir. İşvereni yükümlülük altına sokar.

3. Kodifikasyon Zorunluluğu ve Öneriler

a. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu, 122maddelik bir içeriğe sahip -ek ve geçici maddeler hariç- diğer hukuk dallarına göre -Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku- oldukça *dar bir düzenlemeyi* içerir. İş hukukunun zengin bir içeriğe sahip olmasına rağmen normatif düzenlemenin cılızlığı, sık sık diğer kanunlara atıf yapma gereğini doğurmaktadır. Özellikle, Türk Borçlar Kanunu (TBK) bu konuda başı çekmektedir. Mahkeme kararlarında, mantıklı hukuki gerekçeler işlense de çoğu kez normatif hükümler ihmal edilmekte ya da farklı uygulamalara gidilmektedir.

O halde genel önerimiz, İş Kanunu'nun Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu gibi yapılanmaya gidilmesidir. Örnek olarak Fransız İş Kodu gösterilebilir.

b. İş Kanununda Biçimsel Düzenleme Önerisi ve Kodifikasyon Zorunluluğu

b.1. Biçimsel Düzenleme Önerisi

4857 sayılı İş K. dokuz bölüm ve her bölüm altında kenar başlık altında düzenlenen hükümlerden oluşmaktadır.

Birinci bölüm, "Genel Hükümler", İkinci Bölüm " İş Sözleşmesi Türleri ve Feshi", Üçüncü Bölüm "Ücret", Dördüncü Bölüm "İşin Düzenlenmesi", Beşinci Bölüm "İş Sağlığı ve Güvenliği" başlığı altında iken yürürlükten kaldırılmıştır., Altıncı Bölüm "İş ve İşçi Bulma", Yedinci Bölüm "Çalışma Hayatının Denetimi ve Teftişi", Sekizinci Bölüm "İdari Ceza Hükümleri", Dokuzuncu Bölüm "Çeşitli, Geçici ve Son Hükümler" olarak yer almıştır.

Türk Borçlar Kanuna bakıldığında "Kısım" "Bölüm" "Ayrım" olarak genel bir yapılanma görülür. Her ayrımın altındaki hükümler, kendi içinde bir sınıflama gitmiştir (A,I,1,... gibi). Dolayısıyla tüm Borçlar Hukuku en ufak ayrıntısına kadar normatif bir hukuki örgüyle donanmıştır.

Çok fazla ayrıntıya girmeden bir konuya önemi nedeniyle değinmek isterim. TBK.m. 1-206 arası düzenlemeler "Genel Hükümler"dir. Birinci Kısım altında yer alır. Özel Borç İlişkileri İkinci Kısım altında yer almaktadır. *Genel hükümler anlaşılardan daha rafine bir görünüm arzeden özel borç ilişkilerinin -alt bölümlerinde sözleşme türleri var- anlaşılmasının mümkün olacağını iddia etmek kanımızca zordur.* Örneğin, Altıncı Bölüm, Birinci Ayrım konusu olan "Genel Hizmet Sözleşmesi", genel hükümler ışığı altında anlam kazanır.

İş Kanunu'nda "Genel Hükümler" 7 maddeden oluşmaktadır. Oldukça dar kapsamlıdır. Örneğin, "Sözleşmenin kurulması", "Sözleşmenin yorumu, muvazaalı işlemler", "İrade bozuklukları"na ilişkin hükümler -kapsamlı- bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu ve benzeri konular somut olay örneğinde karşılaşıldığında hukuki gerekçelendirilmelerinde İş Kanunu'nun ana hükümlerine başvuruluyor, karşılığının bulunmamasına rağmen hüküm oluşturulmaktadır.

Yeni bir iş kanununda genel hükümlere kazandırılacak genişlik, TBK'nın genel hükümlerinin aynen aktarımı şeklinde olmayıp iş hukuku dünyasına evrilmesi gerekir. Örneğin, genel işlem şartları iş hukukunda spesifik bir çalışmayla şekillendirmesi gerekir.

b.2. Kodifikasyon Zorunluluğu

Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bireysel iş hukuku kapsamından düzenlemelerdir.

Anılan bu düzenlemelerin "İş Kanunu" başlığı altındaki bir kanun kapsamında "Basın İş Sözleşmesi" "Deniz İş Sözleşmesi" kısım başlıkları altında

ana metin altında düzenlenebilir. Keza, “İş Sağlığı ve Güvenliği” de ana metnin sonlarına doğru bir kısım olarak yer verilebilir. Bu tür bir çalışmada, çalışanlar arasında eşitlik/ayırıcılık gibi kavramların göz önünde tutulması daha kolay olacaktır. Sözü edilen bu kanunların *zamansal hukuk dünyasına* girişi -sosyal politika unsurunun egemenliği- göz önünde bulundurulduğunda, mevcut aşırı farklılıklar -özellikle Basın İş Kanunu’nda giderilebilir. Yalnız, her bir çalışma şeklinin nispi özellikleri gözden uzak tutulmamalı.

Toplu iş hukukunun bu kodifikasyon çalışması içerisinde olup olmama sorununda, bazı çekincelerimizin olduğunu belirtmemiz gerekir. 6386 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi kurallarını tek bir çatı altında toplamıştır. Halbuki, 2821,2822,273ve 274 sayılı Kanunlarda ayrı ayrı düzenleme bulunmaktaydı. Biz tek bir kanun altında yapılan bu çalışmayı eleştirmiştik.

Ancak, yine de sendikalar ve toplu iş sözleşmeleri bir kısım altında ancak iki bölüm altında ayrı ayrı düzenleyerek bir çözüm getirilebilir düşüncesindeyiz.

Dolayısıyla kodifikasyon içerisine alınması düşüncesindeyim.

II. İŞ KANUNUNUN SORUN YARATAN HÜKÜMLER VE ÖNERİLER

A. GENEL OLARAK

Yürürlükte olan bir kanun hükümlerinin sorun yaratıp yaratmadığı, ancak *tatbikattan* anlaşılır. Başka bir anlatımla, dava sayılarının yoğunluğu bu konuda bir işaret sayılır. Yeni kanunlar, yeni açılımlar getirir. Bu açılımların hukukta bir boşluğu ya da yeni bir ihtiyacı karşılaması kadar, onun *doğru uygulanması* aynı derecede öneme haizdir.

4857 sayılı İş K., bu konuda işverenler nezdinde özellikle iş güvencesi hükümleri açısından *tepkili* ya da anlamamaya yönelik bir tavırla karşılanmıştır. İşverenler, iş güvencesine ilişkin hükümleri ve onun bir sonucu olan *işe iadeyi* ve de, hükümlerin temelindeki mantığı kabul etmede zorlanmışlardır. İşe iade davası sonucunda işe iade kararı alan işçiyi *işe almama* yönünde tavır geliştirmişlerdir. O halde zihniyet farklılığını iyileştirici konusunda bir aydınlatma çalışmasından söz edilemez. Bu ve benzeri konularda dava yoğunluğu -ekonomik zorunluluk hariç- bir kavgaanın varlığının göstergesidir.

1. Hüküm Bazında Sorunlar ve Öneriler

a. İşyeri Kavramı

İşyeri kavramı, İş K.m./f.1,2,3 de yer almaktadır. Ancak, hüküm fıkralarında yer alan kavramların yeterliliği tartışmalıdır. Örneğin, işverence bir kadın işçisinin iş görüşmesi yapması için gönderdiği bir yerde -yer başkasına ait- burada işçinin uğrayacağı cinsel taciz olayında işverenin sorumluluğu tartışma götürür. Çünkü m.2/f.3 de “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve

araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” Derken “organizasyon” kavramı sınırlanmıştır³.

Halbuki “organizasyon” kavramının tek başına yer alması, yukarıda verilen örnekte işvereni sorumlu tutmada işlevini pekiştireceği gibi, özellikle gelecekte daha da genişleyecek esnek çalışma ilişkisinde bir tutamak oluşturur.

b. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi

Asıl işveren alt işveren ilişkisi İş K.m.2/f.6,7,8 de düzenlenmiştir. Önceki Kanuna göre, uygulamada bir rahatlık sağlamış ise de bu konudaki uyumsuzluklar yoğun bir şekilde devam etmektedir. Öğretide de “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” Tümcesindeki “ile” sözcüğünün veya olup olmadığı tartışması oldukça yer kaplamıştır. Halbuki kanun hükmünün bağlaç olmadan önerme mantığı ile düzenlenseydi bu konudaki tartışmalara yer kalmazdı. Bir ne matematiksel kesinlik taşıyan ifade o kadar az yoruma başvurulur.

Alt işverenlerin değişmesi ve işçinin son alt işverende çalışırken işine son verilmesi durumunda, son alt işverenin tüm süreden kıdem tazminatından -asıl işveren ile birlikte- sorumluluğu, son alt işveren için adaletsiz sonuç doğurmaktadır. Alt işverenlerin mali güçlerinin zayıf oluşu nedeniyle bir nevi asıl işverenle aynı sorumluluğa mahkum olması, sonraki girişimleri sınırlar.

Bu sorunun çözümü güç bir sorun olmakla birlikte, her alt işverenin sözleşme sonunda işçiye kıdem tazminatının ödenmesi hükmü getirilmesi işçi açısından aleyhe bir durum teşkil ettiği gibi görünse de, çalışan sürenin *son ücretinden yapılan ödemenin* ekonomik değerini koruyacağı açıktır. Kıdem tazminatının ödenme sorunu iş sözleşmelerinin devri nedeniyle şu anki yasalara göre mümkün olmasa da, kanun değişikliği ile bu sorun çözülebilir. İleride değinileceği gibi, sözleşme süresi ne olursa olsun, hatta bir yıldan az olsa dahi *oranlanarak* -örneğin işçi altı ay çalışmış ise on beş günlük kıdem tazminatı- verilmesi eşitlik ve hakkaniyeti sağlayacak bir düzenleme olacaktır. Böylece *on bir aylık* sözleşmelerle işçiyi kıdem tazminatsız bırakılması hilesi de engellenmiş olur.

Bu konuda son olarak, kamu kurumları için getirilen ayrıcalığın (m.2/f.8), eşitlik ilkesine aykırı oluşu nedeniyle kaldırılması gereğini vurgulamak gerekir.

³ Kavramsal açıdan ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku, B.21,(İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 196-200; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, B.33, (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 144,145;Hamdi Mollamahmutoğlu ve Muhittin Asıtlı, İş Hukuku, B.5 (Ankara: Turhan Kitapevi, 2012), 222-228; E.Tuncay Senyen-Kaplan, Bireysel İş Hukuku, B.11, (Ankara: Gazi Yayınevi, 2020), 65.

c. Eşit Davranma İlkesi ve Ayrımcılık

İş Kanunu m.5 eşit davranma ilkesini ele almıştır. Gerek öğretide, gerek Yargıtay uygulamalarında, hükmün ilk fıkrası ağırlıklı olarak ayrımcılık olarak kabul edilmiş, altıncı fıkrasındaki yaptırımın ilk fıkra ile ilgili olduğu öngörülmüştür. Halbuki altıncı fıkrada “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında...” söz dizimi bulunmaktadır. O halde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında tazminat yaptırımı, tüm fıkraları kapsar. Böyle bir yorum – ki burada hüküm fıkrası açık- işvereni daha dikkatli davranışa yönlendirir.

İşçinin işçilik alacağı -işverenin, hak edişe rağmen ödememesi ile oluşan temerrüdü- elbette ki eşitliğe aykırı kabul edilemez. Ancak, bunun dışında farklı ödeme yapılmasının kanaatini işçiye yüklemek ne derece adil olur?

d. İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri

İş K.m.6'da yer alan, “İşyerinin veya bir bölümünün devri” hükmü, Kanun Gerekçesinden de anlaşılacağı üzere Avrupa yönergelerin -77/187, 2001/23 hayata geçirilmesidir.

Anılan yönergeler, 6.maddenin yorumunda yetersiz kalışı nedeniyle Avrupa Adalet Divanı'nın “Ayşe Süzen” davasına ilişkin kararında belirtilen kıstaslarından yararlanılması düşünülmüştür⁴.

Ayşe Süzen davasındaki kıstaslar şunlardır: “a) İşyeri ya da işletmenin türü

b) İşletmenin maddi malvarlığını oluşturan bina ve menkul gibi araçların devredilip devredilmediği

c) Devir anındaki işletmenin gayri maddi malvarlığını oluşturan aktifin değeri

d) Personelin de devralınması

e) Müşteri çevresinin de devri

f) Devirden önce ve sonra işyeri ya da işletmede icra edilen faaliyetin benzerlik derecesi

g) Bu faaliyetlerin icra edilmesinde kesintinin süresi”.

Yargıtay bu unsurları aynen kararlarına geçirmiştir⁵.

6. Maddede, işyerinin veya bir bölümünün devrine ilişkin *tanıma yer vermek gerekir*. Çünkü işverenin devrinden ne anlaması gerektiği Kanun'da

⁴ Bkz. Kılıçoğlu ve Şenocak, Şerh, B.3, 93,94 de yer alan Münchener, Kommentar/Müller-Glöge, R, §613a BGB Rdnr.15, 374.

⁵ Bkz. Y.9HD, 4.2.2013T, 2013/26524E, 2013/4179K; Mustafa Kılıçoğlu, İş Hukuku Esasları, B.2, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2019) 86-89.

belirtilmediği için işverenin devre ilişkin sonuçları bilmesi kendisinden beklenemeyeceği şaşırtıcı olmaz. Ancak, dava ortamında yargıcın yorumu ile devir hukuki niteliğine kavuşacak *kanunların yoruma ihtiyaç göstermeden düzenlemesi* bu konudaki uyumsuzlukları azaltacaktır.

e. Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, Asgari Ve Azami Süreli Sözleşmeler

İLO'nun "İş Sözleşmesine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmesi" ve 99/70 sayılı Avrupa Yönergesi'ni referans alan İş K.m.11 çok sık davalara neden olan konulardan biridir. Bu tür çalışan işçiler iş güvencesi kapsamı dışındadır.

Hükmün Gerekçesinde de ifade edildiği gibi, belirli süreli iş sözleşmelerinin *kötüye kullanılmasını* engellemek için *objektif temellere* dayandırılması amaçlanmıştır.

Objektif temellere dayanmadan belirli süreli sözleşme yapılmış ise, mevcut uygulamaya göre sözleşme belirsiz süreli kabul edilecektir. Bu durumun, işe almada bir *çekingenlik* yaratması doğaldır. Bu durumun aşılması için, ilk sözleşme de objektif koşulun aranmaması ancak ikincisinin yapılması durumunda sözleşmeyi baştan itibaren belirsiz süreli olarak kabulünün yeniden tartışılması gerekir.

Kanaatimize göre, bunu üç yıla sınırlamak gerekir. örneğin, Hollanda da zincirleme yapılan sözleşmeleri üç yıllık bir sınırlama konmuştur⁶.

5580 sayılı Kanuna yönelik İçtihatı Birleştirme Kararı 23.3.3018T, 2017/1-2018-2 özel öğretim kurumlarında belirli süreli çalışan öğretmenlerin birden fazla yenilenmesi durumunda sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönmeyeceğine ilişkin kararı 158 sayılı İLO Sözleşmesi ve 1999/70/EC Sayılı Konsey Direktifine aykırı⁷.

Kanun mevcut haliyle korunması halinde objektif neden olması halinde kaç kez uzatılacağına da Kanun'a aktarılması gerekir.

Öte yandan *asgari ve azami süreli sözleşmelerin* İş Kanununa aktarılması bu konudaki uygulamaya rahatlık kazandıracaktır.

f. İş Güvencesine İlişkin Hükümler

f.1. Ön Şartlara Yönelik

İş K.m.18 ile 22 arası hükümler -m.22 tartışmalı- iş güvencesinin normatif örgüsüdür. Özellikle 18.madde temel hükümdür. Bilineceği üzere, bir işçi-

⁶ Pascale Vielle ve Pierre Walthery, Flexibility And Social Protection, European Foundation For The Improvement Of Living And Working Conditions, Luxembourg 2003, 34; Mustafa Kılıçoğlu, İş Hukukunda Esneklik, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2021) 53.

⁷ Kılıçoğlu, İş Hukukunda Esneklik, 56, Mustafa Kılıçoğlu ve İlayda Kılıçoğlu Ada, İş Kanunu Yorumu, B.5 (Ankara: Bilge Yayınevi, 2018), 295.

nin iş güvencesinden yararlanabilmesi için ön koşullar bulunmaktadır. Bunlardan ilki *sözleşmenin niteliğine* ilişkin koşuldur. İşçinin işverenle yaptığı sözleşme *belirsiz süreli* olmalıdır. İkincisi, işçiye ilişkin koşuldur. *En az altı aylık kıdeme* sahip olmasıdır. Üçüncüsü işyerinde veya *aynı işkolunda işyerlerinde otuz işçi veya daha fazla işçi* çalıştırılmasıdır. İşçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için *bu üç koşulun birlikte* olması gerekir. aksi halde ön koşulların gerçekleşmemesi nedeniyle, işçi iş güvencesinden yararlanamaz.

Buradaki önerimiz, *aynı işkolu koşulunun kaldırılmasıdır*. Altı aylık kıdem, insan emeği dikkate alındığında ön şartlar açısından belirleyici olmalıdır. İşçi farklı iş koşullarında çalışması halinde sırf otuz işçi koşulunun sağlanmayışı nedeniyle işe iade davası açma hakkından yoksun kalmaktadır. Bu sonuç adil olmaz.

f.2. Sebebe Yönelik

f.2.1. Ölçülülük İlkesi

İş Kanunu m.18 de, geçerli fesih sebepleri ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki işçiye diğeri, işletmenin-işyerinin veya işin gereklerindedir.

İşçiye ilişkin sebepler, işçinin yeterliliği veya işçinin davranışı nedeniyle olandır. Bu iki sebep türünün yorumlanması ilkeler bazında yapılması gerekir.

“Ölçülülük ilkesi” çatısı altında, “elverişlilik”, “gereklilik”, “oranlılık” ve “ultima-ratio” (feshin son çare olması ilkesi) ile “tahmin ilkesi” (prognoseprinzip) sayılabilir⁸.

Bu ilkelerden *ölçülülük ilkesi* AY.m.13de “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” kenar başlığı altında yer almıştır. Başta idare hukuku olmak üzere, hukukun bir çok dalında yer almaktadır. Kısaca ölçülülük ilkesi ile -alt ilkelerle birlikte ele alınarak- iş sözleşmesinin her türlü feshinin *uygun, gerekli ve takip edilen amaçla oranlı* olması gereği vurgulanmaktadır⁹.

Önerimiz, “ölçülülük ilkesinin”, m.18,m.24 ve m.25 de -her türlü fesihten- yer almasıdır. AYM’nin ölçülülük ilkesine ilişkin kararları temel haklar açısından oldukça önemlidir¹⁰.

f.2.2. İhtarın Fesih Usulüne Dahil Edilmesi

Berkowsky’nin ihtarı özetleyen veciz ifadesine bir göz atalım: “ Genel olarak ifade edilmek gerekirse, işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının

⁸ Ayrıntı için bkz. Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, İş Güvencesi, (İstanbul: Bilge Yayınevi, 2007) 178-220.

⁹ Peter Hinze,Mildere Mittel zur Verneidung betriebsbedingter Kündigung,VVF, Hannover 2001, 47; Kılıçoğlu ve Şenocak, İş Güvencesi, 188.

¹⁰ Bkz. AYM, 28.2.2018 T, 2016/141 E, 2018/27K, RG-T-S, 29.3.2018-30375; Mustafa Kılıçoğlu ve Ömer Faruk Tüfek, Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları,(Ankara: Bilge Yayınevi, 2021) 6.

türü ve ağırlığı itibarıyla, onun gelecekte sözleşmeye uygun davranması artıyla işverenden, iş ilişkisine devam etmesinin *haklı olarak beklenebileceği* durumlarda ihtar gerekli ve *zorunlu olmalı*, aksi takdirde işveren ihtar vermemesinin iş sözleşmesini feshedilebilmelidir”¹¹.

Bu ifadenin ilk bölümü geçerli fesih, ikinci bölümü haklı fesih için düşünülebilir. Burada yapacağımız çıkarım *işçinin davranışı ve yeterliliği nedeniyle fesihte -yeterliliği tartışmalı- işçiye ihtar verilmeli* bu sorun, Kanun’un “Sözleşme Feshinde Usul” kenar başlığı altında yer alan m.19/f.2de yer alan hüküm, “ Hakkındaki iddialara karşı savunmasını alınmadan ve fesih öncesi *ihtar edilmeden* bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez.” değişikliğiyle çözülebilir.

g. Geçersiz Sebep ile Yapılan Fesih

İş K.m.21, geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarına yöneliktir. Anılan hükümde, işe iade kararı sonrası işverene, işçiyi başlatma ya da başlatmama hususunda iki seçenek sunulmuş ve bu seçeneklere göre de düzenleme yapılmıştır.

İşçi içinde iki seçenek vardır. Ya Kanunda belirtilen süre de işe başvuracak, ya da başvurmayacaktır. Her iki seçeneğe göre de hükümde düzenleme bulunmaktadır.

Sorun şu nokta da toplanmaktadır. *İşe iade kararı alan işçinin, işverence çalışmaya zorlanması ne derece doğru olur?* Çalışma ilişkisi karşılıklı güvene dayanan bir ilişkidir. *Güvenin kalktığı bir ortamda, samimiyette ortadan kalkar.* Dolayısıyla işçi güvensiz bir ortamda çalışmaya mahkum edilmiş olur.

İkinci konu, işe iade davaları ortalama bir yıl süren davalardır. Çünkü mahkemeler yoğun iş yükü altındadır. İşverence yapılan fesihten sonra işçinin, bir başka iş bulması olası. Bu durumda, işçinin tekrar eski işine dönmesi durumunda geçersiz fesih geçerli duruma dönüşmektedir.

Bu sonuçla, güvensiz ortama dönmek istemeyen işçi 4 ila 8 ay arası takdir edilecek *tazminattan yoksun kalacak*; işverence kanun uygun olmayan fesih nedeniyle ödüllendirecektir. Bu nedenle önerimiz, *işçinin işe dönme koşulu olmadan işverene yaptırım uygulanmasıdır.* Gerek başta geçen süre, gerek tazminat işçiye ödenmelidir.

h. İşverenin Haklı Nedenle Derhal Fesih

1475 sayılı İş K.m.17, 4857 sayılı İş K.m.25’ e aktarımında iş güvencesi hükümleri yeterince gözönüne tutulmamıştır. Özellikle İş K.m.25/II’de bu durum açıkça görülür.

¹¹ Wilfried Berkowsky, Die personen und verhaltensbedingte Kündigung, §9, 2004 C.H.Beck; 4., neubearbeitete Auflage, Rdnr.15, 217, Kılıçoğlu ve Şenocak, İş Güvencesi, 397.

Örneğin, 25/II,h da yer alan “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi.” Hükmünün işçinin davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi arasında *kesin bir ayırmadan söz etmek zordur*. Öğretide, çeşitli gerekçeler getirilmekte ise de kanun *koyucunun burada bir tercihte bulunması gerekir*.

Aynı durum 25/II,1 da yer alan işçinin işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da zarar vermesi hükmünde de görülür. Bu bağlamda *TBK m.400de yer alan işçinin sorumluluğunun, kanuna bir şekilde aktarılması gerekir*. işçinin sorumluluğu -özellikle kusur yönüyle- feshe yönelik bir çok olayda göz önünde tutulması gerekir.

i. Ücret ve İşçilik Alacakları

Ücretin miktarı konusu hala yoğun dava türlerini teşkil etmektedir. Ücretin ödenmesi İş K.m.32 de bankadan ödeme zorunluluğu nedeniyle nispeten kolaylık sağlanmışsa da eksik ödemeleri tam olarak karşılayamamaktadır.

Ücretin miktarına yönelik çeşitli çözümler üretmiş ise de gerçeğe ulaşma da ne kadar etkili olacağı tartışmalıdır. Örneğin, emsal ücret araştırması, meslek odaları, sendikalara sorulması Türkiye İstatistik Kurumu verilerinden bir sonuca varılmaktadır.

Vasıflı işçinin asgari ücretle çalışmayacağı, hayatın olağan akışı gibi bazı ilkeler belirlenmiştir. Ancak bunların hiç biri hassas bir değerlendirmeyi içermez.

Aslında işverenlerin ücretleri eksik göstermenin temel gerekçesi primleri az ödemek. İşçinin de sosyal güvenliğin eylemli aldığı ücrete göre belirlenmektedir. Bu konuda temel çözüm primlerin düşürülmesi yoluyla işverenin hileli yollara başvurusunu önlemektir. İkinci çözüm, kanunda ağır para cezalar ile işvereni yıldırıcı önlemleri almaktadır.

Fazla çalışmanın ispatı konusu da aynı öneme sahip sorundur. Kurumsal işyerlerinde giriş çıkış saatlerinin saptanması kısmi bir çözüm gerektiriyor ise de burada diğer bir önerimiz de işçinin *fazla çalışma yaptığı saatlerde ne ürettiğinin saptanmasına yönelik bir düzenleme yapılmalıdır*.

Fazla çalışmanın ücret içerisinde olduğu şeklinde iş sözleşmeleri -özellikle bankalarda- kanuna konulacak bir hükümle yasaklanmalıdır.

j. Esnek Çalışma Sözleşmeleri Ve Esnek Çalışma İlişkisi

Kanımızca, önümüzdeki günlerin artarak gidecek hukuki sorunları, esnek çalışma modelleri ve bunların hukuki örgüleri olacaktır. COVID-19 pandemisi global anlamda iş dünyasını alt üst etmiş uzaktan çalışma-dijital çalışma gibi yeni çalışma yöntemleri, uygulamada ağırlık kazanmıştır. Anılan hastalığın şiddeti geçmekle birlikte -hiçbir zaman ortadan kalkmayacağı-

işverenlerce, pandemi süresince devam eden esnek çalışma şekli, kısmen de olsa bazı meslek gruplarında varlıklarını devam ettirmektedir. Gerek pandemi öncesi gerek sonrası hukuki sorunlar kendini göstermiştir.

Esnekliğin yapısal özelliği bu konuda ki çalışmaları zorlaştırır. Çünkü, *tek taraflı-çok taraflı esneklik, dış esneklik-iç esneklik, eşitsizlik ve esneklik, cinsiyet ve esneklik, işe alımlarda esneklik, işten çıkarmalarda esneklik* gibi yapısal özellikler ve özellikle olmazsa olmaz olan *güvenceli esneklik*, sorununun boyutlarını genişletmiştir¹². Bu kadarla kalmayıp *çalışma süresi* esnekliği ve *iş-yaşam* dengesi esnekliğin diğer boyutunu teşkil eder¹³. Başka bir anlamıyla sosyolojik yaklaşımında incelenmesi gereğini vurgular.

Esnek çalışma sözleşmeleri, belirli süreli iş sözleşmeleri, mevsimlik iş sözleşmeleri, kısmi süreli iş sözleşmeleri, çağrı üzerine çalışma, uzaktan çalışma, evden çalışma, dijital platform çalışması ve geçici iş ilişkisi/ sözleşmeleri sayılabilir¹⁴.

Bu sayılan sözleşme/çalışma ilişkisinden uzaktan çalışma evden çalışma ve dijital platform çalışmaları özel öneme haizdir. Bu tür çalışmaların COVID-19 pandemisi nedeniyle çalışma şekli yaygınlaşmıştır. Gelecekte bu durum daha da genişleyecektir.

Uzaktan çalışma bilgi teknolojisi kullanarak işin işyeri dışında, işin süreli olarak organize edilmesidir. 16.7.2002de kabul edilen Uzaktan Çalışma Çerçeve Anlaşması (m.2); ve uzaktan çalışan işçilerle işyerinde çalışan işçiler *aynı haklara* sahiptir¹⁵.

Hukukumuz açısından bu özelliğin Kanun'a aktarımıyla COVID-19 pandemisi ve sonrası için bu tür çalışmaya hüvence getirilmiş olur.

Evden çalışma ve evde çalışma ayrımı

Evden çalışma, uzaktan çalışmaya yaklaşıp. Ancak, evden çalışanlar, ev eksenli çalışmanın bir alt kümesi olup, bir işverene ya da aracıya bağımlı olarak çalışır, ekonomik özerklikleri de yoktur¹⁶.

Biz ev eksenli çalışmanın tamamının iş kanunu kapsamında bulunmasının uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Dijital platform çalışmaları, "Çevrimiçi web tabanlı platformlar", "Taksi platformlar", "Teslimat platformları" gibi çalışmalarda çalışma süreleri plat-

¹² Bkz. Kılıçoğlu, İş Hukukunda Esneklik, 17-23.

¹³ Kılıçoğlu, İş Hukukunda Esneklik, 24.

¹⁴ Bkz. Kılıçoğlu, İş Hukukunda Esneklik, 51-98.

¹⁵ Jeff Kenner, "The European Union", International Labor and Employment Laws, Third Edition, Volume IA, Major Economies (Non-NAFTA), Editors-in-Chief, Keller, WL / Darby, TJ, Arlington, 2009, I.B.3, 1-88; Kılıçoğlu, İş Hukukunda Esneklik, 81

¹⁶ İLO, Working From Home, Working From Home, From Invisibility To Decent Work, First Published, International Labour Office- Geneva 2021, 19; Kılıçoğlu, İş Hukukunda Esneklik, 87.

formun niteliğine bağlıdır. Örneğin, İLO anketlerine göre taksit ve teslimat platformlarında çalışanlar haftalık 57-70 saat arası çalışmakta olup, endişe kaynakları olmaktadır¹⁷.

Hukumumuz açısından bu tür çalışanlar için kanun hükümleri getirilmesinin gerekmekte olduğunu söyleyebiliriz.

k. Kıdem Tazminatına Yönelik

Kıdem tazminatı, *işçinin yıpranması karşılığı*, işverence ödenen bir tazminat türüdür. *Sadakatinin karşılığı değildir.*

İşçinin iş sözleşmesi ister işverence ister işçi tarafından *ne şekilde sona ererse ersin*, işçiye kıdem tazminatı ödenmelidir. 1475 sayılı İş K.m.14'de yer alan ve 4857 sayılı Kanuna aktarılan fesih sebepleri ortadan kaldırılması gerektiğini söyleyebiliriz.

Kıdem tazminatı hesabı ise aynen muhafaza edilmeli. Ancak, bir yıldan az çalışmalara, yıllık otuz gün ölçütüne uygun olarak kıdem tazminatı ödenmelidir. Örneğin işçi altı ay çalışmış ise on beş gün karşılığı kıdem tazminatı ödenmesi *hakkaniyet* gereğidir.

İşçinin işverene zarar vermesi durumunda işverence, işçiden tazminat alabileceği için tek taraflı bir düzenlemeden söz edilemez.

I. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmelerine Yönelik

Sendikalara ve toplu iş sözleşmesi hukukuna yönelik düzenlemelerde amaçlanan ve korunması gereken temel bir felsefe olmalıdır.

Sendikaların kuruluşunu zorlaştırıcı düzenlemelerden sakınılmalı, sade yöntemler geliştirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Toplu iş sözleşmesi hukukunda yapılacak yeniliklerde de, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasının kolaylaştırıcı yöntemler benimsenmelidir.

Örneğin, iş kolu tespitlerinde yoruma açık kanuni düzenleme yapılmamalı. Kesin ölçütler getirilmeli. *Ülke barajı kaldırılmalı*¹⁸.

En önemlisi, işletme işyeri ayrımı kaldırılmalı. İşyeri toplu iş sözleşmesi başlığı altında düzenleme yapılmalı. *İşletme toplu iş sözleşmeleri ortadan kalkmalıdır.* Çünkü, işyeri ya da işletme itirazı davaları uzun zaman alarak, sendikalı işçilerini mağdur etmektedir.

¹⁷ İLO, World Employment, And Social Outlook, The Role Of Digital Labour Platforms In Trafnforming The World Of Work, İnternational Labour Organization, First Publishes, Geneva 2021, 168, Kılıçoğlu, İş Hukukunda Esneklik,91.

¹⁸ Kavramsal açıdan ayrıntılı bilgi için bkz. Fevzi Şahlanan, Toplu İş Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020),361-365; Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, B.2,(İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 232-233.

SONUÇ

Yeni bir iş kanunu, diğer kanunları da içeren bir kodifikasyona yani tek bir metinde düzenlemeye ihtiyacı bulunmaktadır. Tüm bu kanunlar -İş Kanunu, Basın İş Kanunu,Deniz İş Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Kanunu- farklı yıllarda ve o günün sosyal ihtiyaçları için kanuna aktarıldığı için günümüzü yansıtmamaktadır. Dolayısıyla her kanunun kendi içinde aksayan yönleri bulunmaktadır. Her ne kadar çalışanlar yönünden farklılıklar var ise de temel haklar açısından ortak paydaları bulunmaktadır. Bu konuda Fransız İş Kod'u örnek alınabilir. Yazım biçimi açısından TBK ya da TMK örnek alınabilir.

Yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanununa, oldukça dar düzenlemelere sahiptir. TBK'nın *genel hükümleri* çıkarılacak yeni iş kanununa uyarlanmalı. Bu yolla, iş hukuku daha bilimsel temellere oturtulur. Somut olaylara uygulanışı rahatlık kazanılır. Dolayısıyla iş hukuku davaları az sayıda *İş Kanunu kapsamına sıkıştırılma zorunluluğundan* kurtulunur.

Çağımızın olmazsa olmaz çalışma şekillerinden biri de esnek çalışma türüdür. Bu tür çalışmaların COVID-19 pandemisi nedeniyle uygulamada genişlik kazanmıştır bu nedenle yeni düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu yapılırken güvenceli esneklik anlayışından uzaklaşılmalı. Oranlılığa dikkat edilmelidir.

Kodifikasyon, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AYM'nin Bireysel Başvuru kararları ve AB Direktifleri göz önünde tutulmalıdır.

Kanun hazırlanırken dil olarak *yoruma en az yer verecek, matematiksel kesinliğe yakın önermelerle* hazırlanmasının iyi olacağı düşüncesindeyiz.

Kıdem tazminatı, işçinin yıpranması karşılığı oluşu nedeniyle, iş sözleşmesi ne şekilde sona ererse ersin işçiye ödenmesi gereken bir düzenleme yapılmalıdır.Toplu iş sözleşmesi yapımındaki yasal prosedürler sadeleşmeli, işletme- işyeri kavramlarındaki bulanıklık nedeniyle, itiraz davalarının uzaması göz önünde tutularak, *işyeri kavramı genişletilmeli işletme kavramı kaldırılmalıdır.*

KAYNAKÇA

- Çelik Nuri, Caniklioğlu Nursen ve Canbolat Talat. *İş Hukuku Dersleri*. B.33, İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Ekmekçi Ömer. *Toplu İş Hukuku Dersleri*. B.2 İstanbul:On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kılıçoğlu Mustafa; Şenocak Kemal. *İş Kanunu Şerhi*. B.3 İstanbul: Legal Yayınları 2013
- Kılıçoğlu Mustafa. *İş Hukuku Esasları*. B.2,Ankara: Bilge Yayınevi, 2019.
- Kılıçoğlu Mustafa; *İş Hukukunda Esneklik*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2021.
- Kılıçoğlu Mustafa; Tüfek Ömer Faruk. *Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2021.
- Kılıçoğlu Mustafa; Kılıçoğlu Ada İlayda. *İş Kanunu Yorumu*, B.5 Ankara: Bilge Yayınevi, 2018.
- Kılıçoğlu Mustafa; Şenocak Kemal. *İş Güvencesi*. İstanbul: Bilge Yayınevi, 2007.
- Mollamahmutoğlu Hamdi ve Astarlı Muhittin. *İş Hukuku*. B.5, Ankara: Turhan Kitapevi, 2012 .
- Senyen-Kaplan E.Tuncay *Bireysel İş Hukuku*. B.11, Ankara: Gazi Yayınevi, 2020.
- Süzek Sarper. *İş Hukuku*. B.21,İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Şahlanan Fevzi. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Waldhof Christian. “*Anayasası Tarihçesi ve Anayasa Teorisi*”, Çev. Yrd. Doç. Dr. Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, Anayasa Teorisi, Verfassungstheorie, Ed.O.Depenheur/C.Grabenwarter, Çev.Ed.İ.Doğan. Ankara: Lale Yayınları, 2014, 134-137.

UKRAYNALILAR VE SURİYELİLER İÇİN SAĞLANAN GEÇİCİ KORUMA REJİMLERİNİN FARKLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*Bahar KÜPE**

GİRİŞ

Kitlesel akın kavramı ile sınırlardan ani ve hızlı olarak büyük kalabalıklı geçiş yapan yabancılar ifade edilmektedir. Bu kişiler kendi hayatlarına ve özgürlüklerine karşı ciddi tehlikelerden veya diğer tehditlerden kaçmaktadır. Geçici koruma ise ülkelerinden kaçıp gelerek başka ülkelere sığınan kişilere kendi ülkelerine dönene kadar güvenlik ve statü sağlama yükümlülüğü getiren istisnai bir mekanizmadır.

Bireylerin temel haklarının ve özgürlüklerinin normal şartlarda, menşe devletleri tarafından güvence altına alınacağı ve kişilerin bu devletlerce korunacağı varsayılmaktadır. Ancak savaş, silahlı çatışmalar ya da yaygın insan hakları ihlalleri nedeniyle menşe devletler, bazen bu korumayı sağlayamamakta ve bu sebeple, söz konusu bireylerin yoksun kaldığı korumanın menşe devletlerinden farklı devletlerce sağlanması gerekliliği temel hakların korunması bakımından önem arz etmektedir¹.

Belirli sebeplerden ötürü bir ülkeden ya da coğrafi bölgeden diğerine ani ve öngörülemez şekilde çok sayıda kişinin sığınmaya çalıştığı durumlara kitlesel akın denilmektedir. Bu durumda kabul eden devletler bir yandan sığınma arayan çok sayıda kişi için bireysel başvuru ve değerlendirme usulünü etkili şekilde işletmemekte diğer yandan kitlesel olarak uluslararası koruma arayan çok sayıda kişi için kapılarını kapatmak istememektedir². Geçici koruma statüsü, kitlesel akınlarda bireysel olarak başvuruların yapılamadığı

* Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, bahar.godekmerdan@atauni.edu.tr.

¹ Sema Koca Çörtoğlu / F. Candan Kavşat, "Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (2015), 331; Neva Övünç Öztürk, "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 66, S.1 (2017), 203.

² Doğa Elçin, "Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar", *TBB Dergisi* 124, (2016), 10; Davor Sopf, "Temporary Protection in Europe After 1990: The "Right to Remain" of Genuine Convention Refugees", *Washington University Journal of Law and Policy* 6, (2001), 109.

ya da değerlendirilemediği bu süreçte geçici ve esnek bir koruma mekanizması olarak karşımıza çıkmaktadır³.

Mültecilerin korunmasına ilişkin en temel düzenleme 1951 tarihli BM Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesidir⁴. 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamında mülteci statüsünün tanınabilmesi için kişinin, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaş olduğu ülkenin dışında bulunması ve bu ülkenin korumasından yararlanamaması ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istememesi yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunması, oraya dönememesi veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istememesi gerekmektedir (m. 1-A/2).

Öte yandan silahlı çatışmalar, yaygın şiddet ve insan hakları ihlalleri insanların kitleler halinde ülke içi ve sınır aşan yer değiştirmelerine ve sığınma aramalarına sebep olan etmenlerdir. Ancak 1951 Cenevre Sözleşmesi kitleler halinde sığınma arayan bu kişileri korumada yetersiz kalmaktadır. Koruma sisteminde yer almadığı için boşluk olarak görülen bu durumlarda⁵, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel koruma ihtiyacı içinde olan kişilere sağlanan uluslararası koruma türü olarak geçici koruma ortaya çıkmıştır. O halde devletler, kitlesel akınla gelen bu kişiler bakımından bahsi geçen koruma boşluğunu doldurmak ve bu kişilerin sayısının fazlalığından dolayı bireysel statü tanımada yaşadıkları zorluklar nedeniyle olağan sığınma sisteminden ayrılıp geçici koruma statüsü tanımayı tercih ederler.

Belirtmek gerekir ki uluslararası hukukta her ne kadar mülteciler için bağlayıcı uluslararası sözleşmeler mevcut ise de geçici korunanlara yönelik bağlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple her ülke geçici korunanlara yönelik kendi iç politikalarını ve düzenlemelerini oluşturmuştur. Ancak Cenevre Sözleşmesi'nin temel hükümlerinden biri olan geri gönderme ilkesinin geçici korunanlar için de uygulanması gerektiğini belirtmek gerekir. Ayrıca uluslararası doktrinde bu ilkenin artık teamül olarak kabul edilmesi gerektiği dolayısıyla sözleşmeyi imzalamayan ülkeler için bile bağlayıcı olduğu ifade edilmektedir.

³ Bülent Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), 118-119; Elçin, 10.

⁴ 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi (1951 Convention Relating to the Status of Refugees), 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı ile yapılan Konferansta kabul edilmiş, 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanarak 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵ Guy S. Goodwin-Gill, "The International Law of Refugee Protection" in Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, Nando Sigona (eds) *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies* (2014), 44; Volker Türk ve Rebecca Dowd, "Protection Gaps," in Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, Nando Sigona (eds) *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, (2014), 279.

I. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE UKRAYNALILAR İÇİN UYGULANAN GEÇİCİ KORUMA

Geçici korumanın tarihi geçmişi esasen, İspanya iç savaşından kaçan kişilere Fransa ve İngiltere'nin çatışma süresince güvenli bölge sağladığı 1936 yılına kadar geri götürülebileceği ifade edilmektedir⁶. Avrupa Birliği'nde ise 1991 yılında eski Yugoslavya'da ortaya çıkan iç savaş sonrasında Hırvatistan ve Slovenya'nın da bağımsızlıklarını ilan etmesinin akabinde II. Dünya Savaşı sonrası; hemen ardından 1992 yılında Bosna-Hersek'in bağımsızlığını ilan etmesiyle Doğu Bosna'daki Boşnak ve Hırvat nüfusun büyük çoğunluğunun yaşadığı yerleri terk etmek zorunda kalması Avrupa'da yaşanan en büyük kitlesel akınlardan olmuştur⁷. AB üye devletleri, kitlesel akınlara gelen sığınmacılara tanıyacakları statüyü ve bu kişilerin sahip olacağı hak ve yükümlülükleri belirlerken, kendi şartlarına göre yorum yaparak farklı düzeylerde koruma sağlamışlardır. Bunun sonucunda da yeknesak bir düzenleme amacıyla 20 Temmuz 2001'de Avrupa Konseyi tarafından "Yerinden Edilmiş Kişilerin Kitlesel Akını Halinde Sağlanacak Geçici Korumanın Asgari Standartları ve Bu Kişilerin Kabul Edilmesi ve Kabulün Sonuçlarının Üstlenilmesi Konusunda Üye Devler Arasında Bir Gayret Sağlanmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yönerge" kabul edilmiştir⁸.

⁶ Deborah Perluss, Joan. F. Hartman, "Temporary Refugee: Emergence of a Customary Norm" (1986) 26, *Virginia International Law Review*, 559; "Daha sonraki yıllarda Macaristan'da gerçekleşen Ekim Devrimi'nden kaçan iki yüz bin kişiye Avusturya ve Yugoslavya tarafından sağlanan geçici sığınma ile 1956 ve 1968 yıllarında Sovyetler Birliği'nin Çekoslovakya'yı işgal etmesi sonrası Avusturya'nın sağladığı sığınma geçici sığınma geçici koruma örneklerini teşkil etmektedir. Benzer şekilde 1980'li yılların başlarında Güney ve Güney Doğu Asya'da görülen "Vietnamlı Bot İnsanları Krizi" olarak adlandırılan mülteci krizlerine çözüm bulmak amacıyla yapılan çalışmalarda emredici bir norm olan non-refoulement ilkesi ile devletlerin takdir hakkı kapsamında olan sığınma sağlama arasındaki boşluk "geçici mülteci" (temporary refugee) kavramı ile doldurulmaya çalışıldığı ifade edilmiştir. Esra Yılmaz Eren, "Avrupa Birliği'nin Ukraynalılar için Uygulayacağı Geçici Koruma Rejimi Üzerine Bir Değerlendirme, 2-3, Erişim Tarihi: Mart 10, 2022" <https://blog.lexpera.com.tr/avrupa-birliginin-ukraynalilar-icin-uygulayacagi-gecici-koruma-rejimi-uzerine-bir-degerlendirme/#fn7>.

⁷ Geçici koruma statüsünün tarihsel açıdan daha eski örnekleri olmasına rağmen, 1990'lardaki Yugoslavya kriziyle ilk kez gündeme geldiği ifade edilmektedir. 1991 yılında Slovenya'nın bağımsızlığını ilan etmesiyle, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti (YSFC) dağılmaya başlamıştı. Slovenya'nın sorunsuz bir şekilde ayrılmasından sonra Hırvatistan ve Bosna Hersek de YSFC'den ayrıma girişimlerinde bulunmuş ancak bu süreç kanlı olaylara ve iç savaşa sebep olmuştur. Yaşanan bu gerilim sonucunda yaklaşık 2,6 milyon kişi yerinden edilmiştir ve çatışmalar 1995 yılında imzalanan antlaşmalar ile sona ermiştir. Yerinden edilen bu kişilerin sayısı anlaşmalar imzalandığı sırada 3 milyonu bulmuştur ve bu kişilerin 500.000'ini komşu ülkelere sığınanlar, 700.000'ini ise Batı Avrupa'ya yayımlar oluşturmaktaydı. Eski Yugoslavya krizinin etkileri henüz geçmemişken 1999 yılında Bosna Hersek ve Hırvatistan arasında çatışmalar yaşanmıştır. Yaşanan bu çatışmalar sonucunda Avrupa, ikinci bir kitlesel akınlara karşı karşıya kalmıştır. Kosova krizi sonucunda 778.300 kişi yerinden edilerek, ağırlıklı olarak Kosova'ya yakın bölgelere sığınmıştır. Krizin başlarında, yaklaşık 70 bin kişi Batı ve Orta Avrupa ülkelerine kaçmıştır ve bunların yaklaşık 40 bini AB ülkeleri tarafından korunmuştur. Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku*, 7. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 293; Övünç Öztürk, 212-213; Elçin, 20-21; Yılmaz Eren, 3.

⁸ Çalışmada Geçici Koruma Yönergesi olarak ifade edilmiştir. Council Directive 2001/55/ EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of

Avrupa Konseyi'nin kabul etmiş olduğu Geçici Koruma Yönergesi AB hukukunun geçici korumaya ilişkin mevzuat alt yapısında önemli bir gelişme olarak kabul edilmektedir⁹. Ortak Sığınma Sistemi'nin hukukî ayaklarından birini teşkil eden bu düzenleme, kapsamlı ve ayrıntılı içeriğiyle doğrudan doğruya geçici korumayı ele alan ve AB üyesi devletlerin yeknesak bir temelde hareket etmesini sağlayan ilk örnek olması bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca Geçici Koruma Yönergesi'nde öngörülen geçici koruma sisteminin Avrupa sığınma düzenlemelerini tamamlayan ve olağanüstü koşullarda kullanılabilir tek bir düzenleyici mekanizmayı sağlamayı hedeflediği söylenebilir.

Geçici Koruma Yönergesi'nin amacı yine Yönergede, "üçüncü ülkelerden gelen ve kendi ülkelerine geri dönemeyen, yurdundan ayrılmaya zorlanmış kimselere kitlesel sığınma durumunda geçici koruma sağlamak için asgari standartlar oluşturmak, yurdundan ayrılmaya zorlanmış kimseleri kabul etmenin doğuracağı sonuçları kabullenmek ve bunları kabullenmek konusunda üye ülkeler arasındaki yük dağılımında bir denge sağlanmasına katkıda bulunmak olarak açıklanmaktadır¹⁰.

Geçici Koruma Yönergesi'nin, Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra özellikle Yugoslavya ve Kosova'da meydana gelen krizin¹¹ neden olduğu kitlesel göç akınlarının yönetilmesinde uygulama alanı bulduğu söylenebilir. AB dışındaki kitlesel göç akınlarının yönetilmesinde ve doğan külfetin paylaşılmasında doğrudan veya dolaylı herhangi bir etkisi olmadığını söylemek yanlış değildir ta ki 3 Mart 2022 tarihinde Avrupa Komisyonu'nun, Rusya'nın Ukrayna'ya saldırısından kaçan kişilere koruma sağlamak için Geçici Koruma Yönergesi'ni aktif hale getirmesine kadar¹².

Geçici koruma, Yugoslavya'daki çatışmaların ardından Avrupa Birliği'nin (AB) mülteci krizleri karşısında yürürlüğe koyacağı uygulamaların en önemli unsuru olarak ilan edilmiştir. İfade edildiği üzere AB, uygulanmasına ilişkin bir 'Geçici Koruma Yönergesi' bile kabul edilmiştir. Ancak bu zamana kadar yaşanan birçok mülteci krizine rağmen Geçici Koruma Yönergesi etkinleştirilmemiştir. Bu doğrultuda Geçici Koruma Yönergesi'nin yürürlüğe konmamasının ardındaki temel nedenler de araştırma konusu olmuştur. Araştırma sonuçları, AB üye devletlerinin gerçek kaygılarının, geçici koruma sağlama

Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts between Member States in Receiving such Persons and Bearing the Consequences thereof, OJ 2001, L 212/12. Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001L0055>.

⁹ Asar, 292-293.

¹⁰ Asar, 293.

¹¹ Övünç Öztürk, 212-213.

¹² Avrupa Komisyonu bu kitlesel akına cevap vererek sığınmacılara uluslararası koruma sağlayabilmek için 2 Mart tarihinde bir tasarı metni sunarak Geçici Koruma Yönergesi'nin aktif hale getirilmesi çağrısında bulunmuştur. Tasarı metni sunulduktan sadece bir gün sonra Konsey tarafından kabul edilmiştir. Yılmaz Eren, 1.

çabalarını destekleyen tedbirler konusunda yoğunlaştığını göstermektedir. Başka bir deyişle, AB'de geçici koruma, üye devletlerin sorumluluk ve bütçe paylaşımı konusundaki endişelerinin gölgesi altında kalmıştır. Yönerge'nin etkinleştirilememesinin, Avrupa bütünleşmesinde bir temel ilkeler krizini gösterdiği ifade edilmiştir¹³.

Rusya'nın Ukrayna'na saldırmasından evvel, AB Geçici Koruma Yönergesi'nin mülteci krizlerine toplu olarak yanıt veremediği ve bunun Avrupa entegrasyonunda bir krize işaret ettiği ifade edilmekteydi. Geçici Koruma Yönergesi'nin başarısızlığı AB entegrasyonunun kurucu ortak değerleri hakkında sorularla da karşı karşıya bırakmaktadır. AB sığınma hukuku kaynakları dört mekanizma etrafında tartışılmaktadır:

- Geçici Koruma Yönergesi,
- Diğer iltica ve göç mekanizmaları,
- Eylemde bulunmama ve
- Dayanışma.

Bu dördü, ikincil kaynaklarla birlikte değerlendirildiğinde, Geçici Koruma Yönergesinin aşağıda belirtilen yasal ve siyasi nedenlerle eskidiği ifade edilmektedir. Öte yandan, Geçici Koruma Yönergesi'nin etkinleştirilmesini engelleyen en dikkate değer yasal faktörler, karmaşık yasal değerlendirme ve Üye Devletler arasında geçici koruma yönergesini etkinleştirme kararı üzerinde anlaşmaya varmak için gereken uzun, yorucu siyasi süreç olarak gösterilmektedir. Avrupa Konseyi üyeleri arasında gerekli siyasi anlaşmaya varmak, özellikle Geçici Koruma Yönergesi'ni etkinleştirmek için çok yüksek bir sayısal eşik olan üçte iki çoğunluğun aranması nedeniyle oldukça zordur. Kitlel akın nedeniyle geçici koruma kararı verilebilmesi için komisyon, re'sen ya da bir Üye Devletin talebi üzerine bir teklif hazırlamalı ve bu teklif, Konsey tarafından nitelikli çoğunlukla kabul edilmelidir. Zaten etkinleştirme sürecinin kendisi mülteci krizleri için kabul edilemez derecede zaman alıcıdır. Diğer taraftan Geçici Koruma Yönergesi'ndeki anahtar kavram olan "kitlel akın" kavramı üzerindeki belirsizlik, Üye Devletleri farklı, özellikle dar yorumlama ve AB Konseyi için geniş bir takdir marjı benimsemeye yöneltmektedir.

Siyasi nedenler arasında ise Geçici Koruma Yönergesi'nin, Avrupa'ya daha fazla mülteci çekmesi korkusu ve bu korkuya bağlı yük paylaşımı endişeleri öne çıkmaktadır. Üye Devletler, özellikle yük paylaşımı konusunda derin endişeler duymaktadırlar. Yeni Üye Devletler, örneğin Macaristan, mülteci yerleştirme planına karşı çıkararak ve geçici koruma sistemini uygulamayarak yük paylaşımına gölge düşürmüş ve belki de Birliğin çekirdek devletle-

¹³ H. Deniz Genç ve N. Aslı Şirin Öner, "Why not Activated? The Temporary Protection Directive and the Mystery of Temporary Protection in the European Union", *Uluslararası Siyaset Bilimi ve Kentsel Araştırmalar Dergisi* 7, S. 1 (Mart 2019), 4.

rinden herhangi birinden daha olumsuz yaklaşım sergilemişlerdir. Yük paylaşımına karşı çıkmak, Üye Devletler arasındaki dayanışma eksikliğinin bir göstergesidir. Ayrıca Üye Devletler arasında çok daha derin bir güven ve dayanışma sorununa işaret edilmektedir. “Sorumlu olmadıkları talihsizliklerde birbirlerine yardım eden eşitlerin erdemini içeren 'bizi' oluşturan bir bağ” olarak tanımlanan “dayanışma”, Avrupa entegrasyonunun temel bir ilkesi olmuştur. Bu nedenle, Üye Devletler arasında geçici koruma sağlama konusunda yük paylaşımı ve dengeli çabaların (çoğu durumda asgari düzeyde) garanti edilmesiyle ilgili endişeler dile getirilmesi, bu ülkelerin birbirlerine güvenme mekanizmalarında daha derin sorunları olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, Geçici Koruma Yönergesi'nin devre dışı bırakılmasının Avrupa entegrasyonunun temel ilkelerinde bir krize işaret ettiği sonucuna varmak yanlış olmaz¹⁴.

Avrupa Birliği üyelerinin sığınma politikası daha çok sığınmacıların üye ülkelere ulaşamaması üzerine kurulmuştur. Bu amaçla Üye Devletler vize için gerekli şartları ağırlaştırmak, havaalanında uluslararası alan kurmak, güvenli üçüncü ülke politikaları geliştirmek, sığınmacı paylaşım programları uygulamak ve geri kabul anlaşmaları akdetmek gibi tedbirlerle göçü dışsallaştırma politikası uygulamaktadırlar¹⁵. AB'nin giriş kabul etmeyen ve göçü dışsallaştıran rejimi, non-entr ee regime olarak adlandırılmaktadır. Bu rejim üye devletlerin Suriyeli mültecilere sığınma hakkı tanınmasına ilişkin sorumluluklarını azaltmaya yönelik en önemli politik araçlarından birisi olmuş ve ayrıca üye devletlerin, mültecilerin sosyal yardıma erişim, hukuki yardım ve istihdam gibi temel haklarını karşılama konusundaki yükümlülüklerini hafifletmelerine olanak tanımıştır¹⁶. Avrupa Birliği'nin Suriyelilere yönelik sığınma politikaları karşısında, Ukraynalılara sunmuş olduğu geçici koruma statüsü azımsanmayacak bir gelişmedir.

2 Mart 2022'de Avrupa Komisyonu, Ukrayna'daki savaştan kaçan insanlara hızlı ve etkili yardım sunmak amacıyla geçici koruma ve sınır kontrolleri için Geçici Koruma Yönergesi'ni etkinleştirmeyi önermiştir¹⁷. Bu teklifle, savaştan kaçanlara AB'de geçici koruma sunulması, oturma izni verilmesi, eğitim ve iş piyasasına erişimleri sağlanmasının hedeflendiği ifade edilmektedir. Komisyonun Geçici Koruma Yönergesini etkinleştirmeyi önerdiği günden bir gün ve savaşın başladığı günden sadece yedi gün sonra 3 Mart 2022'de Geçici Koruma Yönergesi'ni uygulanmaz ve hatta başarısız kıldığı belirtilen nitelikli çoğunluk sağlanmış ve Konsey tarafından Yönerge etkin hale getirilmiştir.

¹⁴ Genç ve Şirin Öner,4-5.

¹⁵ Yılmaz Eren, 9.

¹⁶ Cansu Çeliker, *Humanitarian Assistance Policies Of The European Union Towards Syrian Refugees in Turkey/ Avrupa Birliği'nin Türkiye'deki Suriyeli Mültecilere Yönelik İnsani Yardım Politikaları*, ODTÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (2018), 249.

¹⁷ Erişim Tarihi: Mart 3, 2022https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1469.

Bugüne kadar, Geçici Koruma Yönergesi uygulanmamıştır. 2011'de Arap Baharı sırasında Tunus'tan gelen çok sayıda başvurunun ardından, İtalya ve Malta Geçici Koruma Yönergesi'ni aktifleştirme talebinde bulunmuştur. Bununla birlikte, Komisyon, Konsey'e bir teklif sunmadığı için talepleri takip edilmemiştir¹⁸. Yine de talep, Konsey bünyesinde, AB Konseyi Daimî Temsilciler Komitesi'nde ve ayrıca diğer Üye Devletlerle ikili olarak tartışılmış ancak Üye Devletler mekanizmasının etkinleştirilmemesi gerektiğini düşünmüşlerdir. Bu bağlamda Geçici Koruma Yönergesi'nin güçlü ve zayıf yönlerinin ortaya konması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Nisan 2011'deki Adalet ve İçişleri Konseyi Toplantısı öncesindeki yorumlarda dönemin Avrupa Birliği Konsey Başkanı Malmstrom: "Geçici Koruma Direktifini etkinleştirmek için henüz erken olduğunu ve Malta ve İtalya'ya yardım etmenin başka yolları da olduğunu dile getirmiş¹⁹, Nisan 2011'de çevrimiçi blogunda da benzer şekilde şunları yazmıştır: "Bu noktada, bazı Üye Devletlerimiz şiddetli baskı altında olsa da Avrupa'ya kitlesel bir göçmen akını göremiyoruz. Geçici mekanizma, gerekirse gelecekte kullanılacak bir araçtır, ancak henüz bu duruma ulaşmadık"²⁰.

2011 yılında başlayan Suriye iç savaşından kaçan kişilerin sayısı 2015 yılında en üst seviyeye ulaşmıştır. 2015 yılında, 1 milyon civarında Suriyeli, deniz yoluyla Yunanistan ve İtalya'ya gelmiş, yaklaşık 4 bin kişi ise Avrupa topraklarına varmak isterken hayatını kaybetmiştir²¹. Bunun üzerine Avrupa Parlamentosu üyesi Elisabetta Gardini, Akdeniz'de devam eden kriz nedeniyle Geçici Koruma Yönergesi'ni etkinleştirmek için yasal koşulların oluşup oluşmadığını ve dolayısıyla Konsey'e bir öneri sunulmasının gerekip gerekmediğini sormuştur²². Ancak bir kez daha Geçici Koruma Yönergesi etkinleştirilmemiştir. Ukrayna sınırında haber yapan bir gazetecinin "*Ukraynalılara verilen sıcak karşılama, Belarus sınırındaki diğer çaresiz mültecilere yönelik düşmanlığı açıkça ortaya koyuyor*" başlıklı yazısında "Polonya'daki Przemysl'deki tren istasyonunda, Rusya'nın Ukrayna'yı işgalinden kaçan binlerce mülteci her gün vagonlarından inerek Avrupa'ya sığıyor. Onlar vardıklarında, düzinelerce Polonyalı sınır muhafızı ve asker gülümseyerek yiyecek, su, battaniye ve sıcak çay dağıtıyor. Askerlerin Polonya sınırında

¹⁸ Erişim Tarihi: Mart 3, 2022, https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-09/final_report_evaluation_tpd_en.pdf.

¹⁹ Erişim Tarihi: Mart 3, 2022, <https://timesofmalta.com/articles/view/malmstrom-again-rejects-call-for-activation-of-migration-mechanism.359381>.

²⁰ Erişim Tarihi: Mart 3, 2022, <http://blogs.ec.europa.eu/malmstrom/tag/temporary-protection-mechanism/>.

²¹ Erişim Tarihi: Mart 3, 2022, <https://www.unhcr.org/news/latest/2015/12/5683d0b56/million-sea-arrivals-reach-europe-2015.html>.

²² Yılmaz Eren, 5; Meltem İneli Çiğner, *5 Reasons Why: Understanding the reasons behind the activation of the Temporary Protection Directive in 2022*, Erişim Tarihi: 3.3.2022, <https://eumigrationlawblog.eu/5-reasons-why-understanding-the-reasons-behind-the-activation-of-the-temporary-protection-directive-in-2022/>.

kadınlara ve çocuklara ağır bagajlarını taşımalarına nasıl yardım ettiklerini gördüm. Çocuklarla oynamalarını ve yüzlerini okşamalarını izliyorum. Sahne ortaya çıktıkça, bunun, aylardır aynı doğu sınırı boyunca kısa bir mesafe kuzeyde, Suriye, Irak ve Afganistan'dan sığınmacıları şiddetle geri iten aynı sınır kuvveti olduğunu düşünmeden edemiyorum. Aynı sınır kuvveti, şefkatli bir dokunuş ve rahatlatıcı bir gülümseme sunmak yerine, Halepli mültecileri vahşice dövdü. Przemysł'de Ukraynalılara sıcak içecekler servis edilir. Belarus sınırında ise göçmenler soğuktan öldü. Rus işgalinden kaçan Ukraynalı mültecilerin çıkışını gözlemlerken, Ukrayna'daki şehirlerden Przemysł tren istasyonuna gelen ve çoğunlukla öğrenci olan Pakistan, Gana, Fas ve Somali'den, çok sayıda insan fark ettim. Polonyalı yetkililerin kalmalarına izin verip vermeyeceği belli değil. Bazıları ülkelerine geri dönmek isterken bazıları geri gönderilmekten korkuyor” sözleriyle Avrupa'nın sığınmacılara ve mültecilere nereden geldiklerine bağlı olarak uyguladığı çifte standartı ifade etmiştir²³.

Bu, 2022/382 sayılı Konsey Uygulama Kararı'na²⁴ da bir ölçüde yansımıştır. Bu Karara göre (Önsözün 11. paragrafı), aşağıdaki üç grup AB'de geçici koruma alacaktır:

Rus silahlı kuvvetlerinin askeri işgalini takiben, 24 Şubat 2022 tarihi itibarıyla yerinden edilmiş olan ve o tarihteki durum nedeniyle ülkelerine veya menşe bölgelerine dönemeyen

- Ukrayna'da ikamet eden Ukrayna vatandaşları,
- Ukrayna'da yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşları veya vatansız kişiler. Bu kişiler mülteci statüsünden veya eşdeğer korumadan yararlanan veya kitlesel akınlara yol açan olaylar başladığında sığınma başvurusunda bulunmuş kişiler olabilecektir. Ayrıca Ukrayna'da uzun süreli olarak yasal ikamet eden üçüncü ülke vatandaşları ülkelerine veya menşe bölgelerine güvenli bir şekilde geri dönüp dönemeyeceklerine bakılmaksızın geçici korumadan yararlanabileceklerdir.
- Bu kişilerin kitlesel akına neden olan olaylar başladığında Ukrayna'da bulunan aile üyeleri, ülkelerine güvenli ve kalıcı bir biçimde dönüp dönemeyeceğine bakılmaksızın geçici korumadan yararlanabilirler.

Bu kapsamda Geçici Koruma Yönergesi'nin güçlü ve zayıf yönleri tablodaki gibi ifade edilebilir.

²³ Erişim Tarihi: Nisan 14, 2022, <https://www.theguardian.com/global-development/commentisfree/2022/mar/04/embraced-or-pushed-back-on-the-polish-border-sadly-not-all-refugees-are-welcome>.

²⁴ Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022D0382&pk_campaign=todays_oj&pk_source=EURLEX&pk_medium=TW&pk_keyword=Ukraine&pk_content=decision.

Kavram	Güçlü yönler	Zayıf yönler
Tanım	Sayısal göstergeler ve belirli eşiklerle sınırlı olmayan, ulusal iltica sistemlerini ve ülkeye çeşitli giriş tiplerini kapsayan geniş bir kitlesel akın tanımı	Kitlesel akının net tanımının ve göstergelerinin olmaması, bu nedenle de Geçici Koruma Yönergesinin uygulanmamasını destekleyen yüksek eşik ve katı yorumlar
Usul	Üye Devletlerin takdirine bağlı olarak başvurulacak, duruma göre değerlendirilmeye ve acil koruma sağlanmasına izin veren esnek bir araç	Siyasi faktörlerden etkilenen hantal ve uzun aktivasyon prosedürü, Komisyonun Geçici Koruma Yönergesini etkinleştirmek için bir teklifte bulunma konusundaki tekel konumu,

II. GEÇİCİ KORUMA YÖNERGESİ'NİN SURIYELİLER İÇİN ETKİNLEŞTİRİLMEMESİNİN NEDENLERİ

Geçici koruma Yönergesi'nde geçici koruma, (m.2/1-a) üçüncü ülkelerden gelen ve kendi ülkesine geri dönemeyen, yerinden edilmiş kişilerin kitlesel sığınması ya da yakın bir kitlesel sığınma tehlikesi durumunda²⁵, özellikle de sığınma sisteminin bu akınla, etkili işleyişi olumsuz biçimde etkilenmeksizin başa çıkamayacağına dair bir riskin bulunması durumunda, ilgili kişilerin ve koruma talep eden diğer kimselerin menfaatleri doğrultusunda bu kişilere acil ve geçici koruma sağlanması anlamına gelir.

Yerinden edilmiş kişi ise (2/1-c), kendi ülkelerini ya da buldukları yerleri terk etmek zorunda kalmış ya da özellikle uluslararası organizasyonlar tarafından gelen bir istek üzerine tahliye edilmiş ve bu ülkede devam eden durum dolayısıyla güvenli ve sürekli koşullarda geri dönemeyen üçüncü ülke vatandaşları ya da vatansız kişiler, Cenevre Sözleşmesi'nin 1A maddesi ya da başka uluslararası ya da ulusal, uluslararası koruma sağlayan araçlar kapsamında bulunan, özellikle silahlı anlaşmazlık bölgelerinden ya da yaygın şiddetten kaçan kişiler ve insan haklarının sistematik ya da genel olarak ihlâl edilmesinin kurbanı olmuş ya da böyle bir duruma maruz kalma konusunda ciddi bir biçimde risk altında olan kişiler anlamına gelmektedir.

²⁵ Geçici korumanın uygulanacağı haller yerinden edilmiş kişilerin yakın zamanda kitlesel bir akın oluşturacağı halleri de içine alacak şekilde genişletilmiştir. Dolayısıyla üye devletler, geçici koruma tedbirini sadece bir kitlesel akın olasılığına dayanarak kitlesel akın oluşmadan önce uygulamaya karar verebilirler. Bu durum acil durumlara tepki tedbiri olarak tasarlanmış olan Yönergenin ruhuna aykırı olacağı için eleştirilmiştir. Henüz ortada kriz yokken acil durum mekanizmasının devreye sokulması, sığınmacıların başvurularının doğru araçlarla değerlendirilmesini engelleyebilir.

Geçici Koruma Yönergesi'ne göre kitlesel akının, belirli bir ülke veya bölgeden gelme, çok sayıda insanın topluluğa gelişi, geri dönememe, sığınma olayının ani olması ve varışın sığınma sistemi üzerinde baskı meydana getirmesi şeklinde unsurları bulunmaktadır²⁶.

Başka bir deyişle kitlesel akın, belirli bir ülke ya da coğrafi bölgeden kendiliğinden ya da yardım sonucu (örneğin tahliye programı aracılığı ile) çok sayıda yerinden edilmiş kişinin topluluğa ulaşmasıdır. Bu kapsamda sığınmanın kitlesel olabilmesi için mutlak bir sayı sınırlaması yapılmamıştır. Hangi nüfus hareketlerinin kitlesel sığınma olarak değerlendirileceğinin tespiti topluluk kurumlarının takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle sayının takdiri Avrupa Konseyi'nin takdirindedir²⁷. Esasında kitlesel akın sayıya göre belirlenen bir durum olarak görülmemektedir. Bir ülkenin kaldırabileceğinden fazla bir akınla karşı karşıya kaldığı durumlar kitlesel akın olarak değerlendirilebilecektir.

Suriyeliler özelinde incelendiğinde, esasında sığınma hareketinin aynı ülke veya bölgeden gerçekleşmesi, ani olması ve çok sayıda kişinin gelmesi nedeniyle kitlesel akının unsurlarının tamamını içerdiği görülmektedir. Öte yandan daha önce ifade edildiği üzere Yunanistan ve İtalya'nın bireysel sığınma sistemiyle, bu başvurularla baş edemediği de aşikardır. O halde Avrupa Birliği, Ukraynalılar için işlettiği Geçici Koruma Yönergesi'ni Suriyeliler için hangi gerekçelerle uygulamaktan kaçınmıştır sorusunu cevaplandırmak gerekir.

Komisyonun Suriyeliler hakkında Geçici Koruma Yönergesi'ni etkinleştirmekten kaçınma gerekçeleri aşağıdaki başlıklar altında sıralanabilir²⁸:

- İltica sistemlerinin hala çalışmakta ve gelen sayıların hala yönetilebilir olduğu.
- Diğer AB desteklerinin etkin hale getirildiği ve bu önlemlerin akınla baş etmede yeterli olduğu (2001 ve 2014 yılları arasında ulusal sistemleri üzerinde baskı yaşayan Üye Devletlerin çoğu, iç tepkilerin ve sağlandığında AB düzeyinde desteğin baskıyı hafifletmeye yeterli olduğunu bildirmiştir.)
- Avrupa sığınma destek ofisinin (European Asylum Support Office) kurulması,
- Sınır ülkelerine yardım edilmesi bu bağlamda önce Avrupa Göç Ajandasının kurulması,
- İtalya ve Yunanistan'daki sığınmacıların yeniden yerleştirilmesi ve bu ülkelere maddi destek sağlanması,
- Sınır kontrolü için AB Üye Ülkelerinin Dış Sınırlarının Yönetimi için Operasyonel İş birliği Ajansı (Frontex), Triton ve Poseidon gibi uygulamalar için ek ödenekler ayrılması,

²⁶ Erişim Tarihi: Mart 3, 2022, https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-09/final_report_evaluation_tpd_en.pdf,s.48.

²⁷ Avrupa Komisyonu, kitlesel akın ile gelen kişilerin sayısına ilişkin bir belirleme yapmaktan kaçınmaktadır. Bu durumda her bir somut olay hakkında bu hususun Konsey tarafından ayrıca incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Yılmaz Eren,, 4.

²⁸ Yılmaz Eren, 5-6.

- Göçün dışsallaştırılması için Türkiye başta olmak üzere AB üyesi olmayan devletlerle yapılacak ikili anlaşmalarla kitlesel akının yönetilmesi.

Görüldüğü üzere AB, geçici koruma alternatifini yerine sınır ülkelerine yardım ve göçün dışsallaştırılması gibi diğer destek biçimlerini tercih etmektedir.

Geçici Koruma Yönergesi'nin uygulanmama nedenleri çoğunlukla siyasi tercihlerle açıklanmaktadır. Zira halihazırda, Geçici Koruma Yönergesi'nin etkinleştirilmesini sağlayan bir kitlesel akın vakası neyin oluşturduğuna ilişkin karar, doğası gereği politik bir karardır. Bu nedenle, siyasi anlaşmanın sağlanmasıyla ilgili olarak, Üye Devletler, orta vadede belirsiz sonuçlarla uzun sürebilecek müzakerelerden ziyade, anında yanıt veren somut önlemler oluşturmaya veya güvence altına almaya zaman ve çaba harcamayı tercih edebilir.

Geçici Koruma Yönergesi'nde tanınan cömert düzeydeki haklar, Üye Devletlerin Yönergeyi etkinleştirilmemesi için bir argüman oluşturmuş olabilir. Ulusal geçici koruma rejimlerine dahil edilenlere kıyasla daha elverişli görülen bu hakların uygulanması Üye Devlet için maliyetli olabilir.

Geçici Koruma Yönergesi'ne başvurmada üye devletler için isteksizlik yaratan bir başka endişe de geçici korumanın verilebileceği süre ile ilgilidir. Geçici Koruma Yönergesi, geçici korumanın "üçüncü bir statü" oluşturmadığı, bunun yerine yararlanıcılara olası bir sonuç olarak mülteci statüsü ve ikincil koruma ile uluslararası koruma prosedürüne erişim hakkı verdiği ilkesi üzerine inşa edilmiştir. Dolayısıyla üç yıllık süre dolduğunda menşe ülkede siyasi istikrar hala sağlanamamışsa bu kişilerin ya gönüllü geri dönüşleri istenecek ya kendilerine bireysel statü belirlenecek veya buldukları ülkeye entegrasyon sağlamış olmaları beklenecektir²⁹. Yine Suriye örneğinde olduğu üzere Türkiye'de bir süre sınırı öngörülmezsizin uygulanan ve 10 yıla yaklaşan geçici koruma, uluslararası korumaya alternatif haline gelmiştir. Oysa geçici korumanın uzun sürmesi durumunda kalıcı çözümlerin uygulanması gerekir. Geçici korunanlara yönelik gönüllü geri dönüş, üçüncü ülkeye yerleştirme ve yerel entegrasyon kalıcı çözümlerin başında gelmektedir.

Öte yandan AB sınırına ulaşan sığınmacıları kitleler halinde kabul etmek, komşu ülkelerdeki sığınmacıları AB'ye seyahat etmeleri ve geçici korumaya erişim konusunda şanslarını denemeleri konusunda teşvik unsuru olabilir. Bunun da AB'de koruma arayan kişilerin sayısını ve Üye Devletler üzerindeki baskıyı artıracığı endişesiyle üye devletler geçici koruma yönergesini aktifleştirmek istememektedirler.

Coğrafi olarak Avrupa'ya uzak bir bölgede gerçekleşen olaylar ve sınır devletlerinin buralarda filtre görevi görmesi, dayanışma ve yük paylaşımının tüm üye ülkeler bakımından bağlayıcı hale getirilmek istenmemesi de Geçici Koruma Yönergesinin aktifleştirilmemesinde bir diğer sebep olarak gösterilebilir.

²⁹ Gökçe Arıkan, "10 Yıla Yaklaşan Geçici Korumada Geçiciliğin Sonu ve Kalıcı Çözümler", *SÜHFD* 29, 2 (2021), 1435.

III. TÜRKİYE'DE GEÇİCİ KORUMA İLE AVRUPA BİRLİĞİ'NDE GEÇİCİ KORUMANIN KARŞILAŞTIRILMASI

2011 yılından bu yana Suriye'den Türkiye'ye doğru, toplu bir nüfus hareketi artarak devam etmektedir. Türkiye'de uluslararası koruma talep eden Suriyeliler için açık sınır kapısı politikası, zorla geri göndermeme, kalma süresinin sınırlanmaması, kamplarda insanî yardım sağlanması ilkeleri kapsamında geçici bir koruma sistemi oluşturulmuştur³⁰. Türkiye'nin Suriyeliler için 2014'ten bu yana uyguladığı Geçici Koruma Yönetmeliği, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun³¹ 91. maddesine dayanmaktadır. Geçici Koruma Yönetmeliği ile AB Geçici Koruma Yönergesi arasında önemli farklar bulunmaktadır. Bunlardan geçici korumanın süresi ve geçici koruma süresince diğer başvuruların durumu ile ilgili farklar aşağıdaki gibidir:

A. GEÇİCİ KORUMANIN SÜRESİ

Geçici koruma statüsü, bireysel uluslararası koruma prosedürünün işleminin zor ya da olanaksız olduğu durumlarda, esnek bir çözüm olarak karşımıza çıkmakta ve bu niteliği nedeniyle belirli bir süre için uygulanması gerekmektedir. Hatta geçici koruma için öngörülen sürenin bitiminden sonra geçici korumadan yararlanan kişilerin kalıcı bir uluslararası koruma statüsüne kavuşmaları gerektiği belirtilmektedir.

Nitekim Avrupa Birliği Geçici Koruma Yönergesin 'de, sunulan korumanın sınırlı bir süre için olması gerektiği vurgulanmıştır³².

Geçici Koruma Yönergesi'ne göre geçici korumanın süresi, Yönergede belirtilen nedenlerle koruma sona erdirilmedikçe bir yıldır. Bu süre altı aylık sürelerle en az bir yıl daha uzatılabilir (m.4/1). Ancak geçici koruma nedenlerinin devam etmesi durumunda, Konsey, nitelikli çoğunluk ile bir Üye Devlet tarafından Konsey'e öneri sunulması için kendisine yöneltilen herhangi bir talebi de inceleyerek, Komisyon tarafından sunulan bir öneri üzerine geçici koruma süresini bir yıla kadar uzatma kararı alabilir (m.4/2). O hâlde Yönergeye göre geçici korumanın süresi en fazla üç yıl olabilir.

Yönerge statünün geçiciliğine vurgu yapmak amacıyla süreyi düzenlemiştir. Ancak öngörülen sürenin 3 yıla sınırlandırılması iddialıdır. Zira bu süre sona erdiğinde üye devletler, ya kitlesel göçe yol açan hususların giderilip dönüş için uygun ve güvenli yolları sağladıklarını ya da geçici koruma statüsünden başka bir uluslararası korumanın bu kişilere tanınarak bireysel olarak onları koruyabileceklerini kabul ettikleri anlamını taşır.

YUKK m. 91 ile sadece kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabileceği belirtilmiş ancak geçici

³⁰ Elçin, 12.

³¹ R.G: 4/4/2013-28615.

³² Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 5. Baskı, (İstanbul: Beta Basım, 2018), 158.

koruma statüsünün süresine dair bir düzenleme yapılmamıştır. Geçici koruma kararının içeriğinde bulunması gerekenler, Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 10. maddesinde sayılmıştır. Buna göre, Cumhurbaşkanı'nın verdiği geçici koruma kararında, geçici korumanın başlangıç tarihinin belirlenmesi gerekmektedir fakat gerekli görülmesi hâlinde süresi tespit edilebilir. Bu düzenlemeye göre Türk hukukunda geçici koruma statüsü kural olarak süreye tâbi değildir. Süre öngörülmesi Cumhurbaşkanı'nın bu konuda bir gereklilik bulunduğunu takdir etmesi durumunda söz konusu olabilir.

Geçici Koruma Yönetmeliği'nde süre öngörülmemiş olması, doktrinde, geri gönderme yasağına ilişkin 6. maddeyle birlikte değerlendirilmiş ve süresiz olarak düzenlenmiş olması isabetli bulunmuştur.

Geçici korumanın sona ermesi hâlinde bu korumadan yararlanan kişilere bireysel başvuru olanağının getirildiği veya YUKK hükümlerine göre Türkiye'de kalmalarına izin verildiği ayrıca koşullarını taşıdıkları statünün toplu olarak verilmesinin mümkün olduğu vurgulanmıştır.

Kanaatimizce, geçici koruma statüsünün belirli bir süreyle sınırlı tutulması, bu müessesenin niteliği gereği ortaya çıkmaktadır. Geçici koruma sağlanan kişilerin bu koruma kapsamında esas alınan temel hak ve özgürlükleri, diğer uluslararası koruma statülerine nazaran daha sınırlıdır. Bu nedenle geçici koruma statüsü, kural olarak belirli bir süre için uygulanmalıdır. Bununla birlikte belirli bir süreye tâbi tutulması, geçici koruma sağlanan kişilerin bu koruma kapsamında esas alınan temel hak ve özgürlüklerinin süre yönünden sınırlanması niteliğini değiştirmemektedir. Bu nedenle geçici koruma sağlanacak sürenin, prensip olarak kanunda yer alması zorunludur ancak kitlesel akınlarda sağlanan geçici koruma, her bir somut olayın özelliklerine göre değişkenlik göstermektedir. Bu nedenle süre yönünden kanunda düzenleme yapılmalı fakat bu sürenin her bir kitlesel akının somut şartları karşısında uzatılabilmesine imkân tanınmalıdır. Suriye'de 2011 yılından bu yana on bir yıla yakın süredir uygun koşulların sağlanamadığı göz önünde tutulursa, kaynak ülkedeki koşulların süreyi belirleyeceği bir sistem kabul edilmelidir.

B. GEÇİCİ KORUMA SÜRESİNCE SİĞINMA BAŞVURULARININ DURUMU

Geçici koruma statüsü, kitlesel akın şeklinde kabul ülkesine sığınan kişilere bireysel statü belirlemesi yapılmaksızın koruma sağlamayı hedeflemektedir. Kitleyi oluşturan kişilerden bir kısmı 1951 Cenevre Sözleşmesi anlamında mülteciler olma şartlarını taşıyor olabileceği gibi, bu şartları taşıyor da olabilirler. Ancak bireysel değerlendirme yapılmadan bu kişilere özel koruma sağlanması mümkün değildir.

AB Geçici Koruma Yönergesine bakıldığında, "Geçici Koruma Kapsamı İçerisinde Sığınma Prosedüründen Yararlanma" başlıklı IV. Bölümünde 17/1. maddesinde, geçici korumadan yararlanan kişilerin herhangi bir zamanda sığınma için başvuruda bulunabilecekleri hususu düzenlenmiştir. Ancak baş-

vurunun ne kadar süre içerisinde inceleneceği belirtilmediği için, her ne kadar başvurunun geçici koruma sona erdikten sonra tamamlanması gerekiyor olsa da (m. 17/2), pratikte sığınma başvurusunun işleme alınmasının geçici koruma süresinin bitimine kadar bekletilebilmesi mümkün olmuştur. Ayrıca m. 19/1 uyarınca üye devletler, bir sığınma başvurusunun değerlendirmesi devam etmekte iken, geçici koruma statüsünden yararlanan bir kimsenin aynı zamanda sığınma arayan statüsünden yararlanamayacağını kararlaştırabilme imkanına da sahiptirler.

Bu bağlamda Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 16. maddesi gereğince geçici koruma altındaki yabancıların bireysel uluslararası koruma başvurularının geçici korumanın uygulandığı süre içinde işleme konulmayacağı düzenlenmiştir. AB üyesi ülkelerde bu hususun nasıl düzenleneceği ise devletlerin takdir hakkına bırakılmıştır³³.

SONUÇ

Savaş, şiddet, yaygın insan hakları ihlalleri gibi olaylar nedeniyle, ani ve öngörülemez şekilde çok sayıda kişinin kitleler halinde bir ülkeden ya da coğrafi bölgeden diğerine sığınmaya çalıştığı kitlesel akınlara tarihsel süreçte rastlanmakla birlikte, bunlardan sonuncusu Rusya'nın Ukrayna'yı işgal etmesiyle yaşanmıştır. Bireysel koruma başvuru usullerinin etkin işletilemediği bu durumlarda, kişilere geçici koruma statüsü tanınabilmektedir. Avrupa Birliği bakımından Ukraynalıların durumu, Türkiye bakımından ise Suriyelilerin durumu kitlesel akına örnek gösterilebilir. AB Geçici Koruma Yönergesi doğrudan doğruya geçici korumayı ele alması, AB üyesi devletlerin yeknesak bir temelde hareket etmesini sağlayan ilk örnek olması ve uluslararası bir antlaşma şeklinde düzenlenmediğinden, bağlayıcılığı haiz bölgesel bir uluslararası hukuk kaynağı olmaması bakımından önem arz etmektedir. AB, Geçici Koruma Yönergesi'ni Ukraynalılar için etkinleştirmişken, Suriyeliler için çeşitli bahanelerle Yönergeyi etkinleştirmemiştir. Bunun nedeni siyasi ve yasal birtakım gerekçelerle açıklanmıştır. Henüz Rusya-Ukrayna savaşı patlak vermeden evvel Geçici Koruma Yönergesi'nin güçlü ve zayıf yönleri ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu noktada gereken sayısal çoğunluk ve bu çoğunluğa ulaşmak için aranan yüksek siyasi uzlaşma Geçici Koruma Yönergesi'nin aktifleştirilmesinin önündeki en büyük engeller olarak ortaya konmuştur. Oysa savaşın başlamasının hemen ardından bu engel ortadan kalkmış olmalı ki Avrupa Konseyi üyelerinin oybirliği ile Geçici Koruma Yönergesi etkinleştirilmiştir.

Çalışma kapsamında geçici koruma yönergesi ile geçici koruma yönetmeliği esas alınarak bir karşılaştırma yapılmıştır. Sonuç olarak özellikle geçici korumanın süresi ile geçici korumaya başvurunun bireysel koruma talepleri üzerindeki etkileri konusunda farklar dikkat çekici olarak tespit edilmiştir.

³³ Ekşi, 34; Yılmaz Eren, 6.

KAYNAKÇA

- Arıkan, Gökçe. "10 Yıla Yaklaşan Geçici Korumada Geçiciliğin Sonu ve Kalıcı Çözümler.", *SÜHFD* 29, 2 (2021): 1435-1475.
- Asar, Aydoğan. *Yabancılar Hukuku*. 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Çeliker, Cansu. *Humanitarian Assistance Policies Of The European Union Towards Syrian Refugees in Turkey/ Avrupa Birliği'nin Türkiye'deki Suriyeli Mültecilere Yönelik İnsani Yardım Politikaları.*, ODTÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (2018).
- Çiçekli, Bülent. *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Ekşi, Nuray. *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*. 5. Baskı, İstanbul: Beta Basım, 2018.
- Elçin, Doğa. "Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar.", *TBB Dergisi* 124, (2016): 9-80.
- Genç H. Deniz ve Şirin Öner, N. Aslı. "Why not Activated? The Temporary Protection Directive and the Mystery of Temporary Protection in the European Union.", *Uluslararası Siyaset Bilimi ve Kentsel Araştırmalar Dergisi* 7, 1 (Mart 2019): 1-18. Goodwin-Gill, Guy S. "The International Law of Refugee Protection." İçinde *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, editörler Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, Nando Sigona, 36- 50. *Oxford: Oxford Handbooks Online*, 2014.
- İneli Ciğer, Meltem. 5 Reasons Why: Understanding the reasons behind the activation of the Temporary Protection Directive in 2022, Erişim Tarihi: 3.3.2022, <https://eumigrationlawblog.eu/5-reasons-why-understanding-the-reasons-behind-the-activation-of-the-temporary-protection-directive-in-2022/>. Koca Çörtoğlu, Sema / Kavşat, F. Candan. "Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi.", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, 1 (2015): 311-348. Övünç Öztürk, Neva. "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme.", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 66, 1 (2017): 201-264. Perluss, Deborah and Hartman, Joan. F. "Temporary Refugee: Emergence of a Customary Norm." *Virginia International Law Review* 26 (1986): 551-626.
- Sopf, Davor. "Temporary Protection in Europe After 1990: The "Right to Remain" of Genuine Convention Refugees.", *Washington University Journal of Law and Policy* 6, (2001): 110-154.

Türk Volker ve Dowd, Rebecca. "Protection Gaps." İçinde *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, editörler Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, Nando Sigona, 278-301. Oxford, Oxford University Press 2014. Yılmaz Eren, Esra. "Avrupa Birliği'nin Ukraynalılar için Uygulayacağı Geçici Koruma Rejimi Üzerine Bir Değerlendirme.", Erişim Tarihi: Mart 10, 2022" <https://blog.lexpera.com.tr/avrupa-birliginin-ukraynalilar-icin-uygulayacagi-gecici-koruma-rejimi-uzerine-bir-degerlendirme/#fn7>: Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001L0055>. Erişim Tarihi: Mart 3, 2022, <http://blogs.ec.europa.eu/malmstrom/tag/temporary-protection-mechanism/>. Erişim Tarihi: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1469. Erişim Tarihi: Mart 3, 2022, https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-09/final_report_evaluation_tpd_en.pdf. Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022D0382&pk_campaign=todays_oj&pk_source=EURLEX&pk_medium=TW&pk_keyword=Ukraine&pk_content=decision. Erişim Tarihi: Mart 3, 2022, <https://timesofmalta.com/articles/view/malmstrom-again-rejects-call-for-activation-of-migration-mechanism.359381>. Erişim Tarihi: Nisan 14, 2022, <https://www.theguardian.com/global-development/commentisfree/2022/mar/04/embraced-or-pushed-back-on-the-polish-border-sadly-not-all-refugees-are-welcome>. Erişim Tarihi: Mart 3, 2022, <https://www.unhcr.org/news/latest/2015/12/5683d0b56/million-sea-arrivals-reach-europe-2015.html>.

HUKUK YARGILAMASINDA 'GÖREV VE İŞ DAĞILIMI BAKIMINDAN İHTİSASLAŞMA'

*Nedim MERİÇ**

GİRİŞ

Uyuşmazlıkların çözülmesi için bir yargı teşkilatı kurulması bir ihtiyacın karşılanmasıdır. Uyuşmazlığın ortaya çıktığı toplumda yargı yetkisinin kullanılması hükümdarlık yetkisinin nasıl kullanıldığı ile ilgilidir. Hükümdarlık yetkisinin padişah gibi tek kişi tarafından kullanıldığı toplumlarda yargı yetkisi ya padişah tarafından kullanılmıştır yahut da yetkili kaldığı kişiler veya kurullar tarafından kullanılmıştır. Padişahın mevcut bütün sorunları çözmesi olsa olsa çok küçük şehir devletlerinde mümkün olabilir. Halkın sayıca fazla olması, uyuşmazlıkların sayısını da artıracığından yargı yetkisini elinde tutan padişah bu yetkiyi devretmek isteyecektir. Hükümdarlık yetkisinin millet tarafından kullanıldığı devlet sistemlerinde de yargı yetkisinin kullanılması ayrı ve özel olarak düzenlenmiştir. Uygarlık tarihinde hangi sisteme bakarsanız bakın yargı yetkisinin kullanılması bu hususta özel bir teşkilat kurulmasını gerektirmiştir.

I. BÜTÜN UYUŞMAZLIKLARIN TEK BİR MAHKEME TARAFINDAN GÖRÜLMESİ VE ÇÖZÜLMESİ MÜMKÜN MÜDÜR?

Bu soruya olumlu cevap verilmesi gerekir. Çok küçük bir şehir devletinde bir mahkemenin bütün uyuşmazlıklara bakması mümkündür. Söz konusu mahkeme baş edemeyeceği sayıda fazla uyuşmazlığın çözülmesi talep edildiğinde işlevini kaybedecektir. Günümüzde hukukî ilişkilerin karmaşık yapısı ve çeşitliliği artmıştır. Bu iki durum tek bir mahkemenin zamanla uyuşmazlıkları nitelik ve başkaca ayırt edici özelliklerine göre sınıflandırmasını, söz konusu uyuşmazlıklar için ayrı zaman ayırmasını gerektirecektir. Bu durum ister istemez mahkeme sayısının artmasını ve de uzmanlaşmayı gerektirecektir.

II. YARGI ÇEŞİDİNE GÖRE UZMANLAŞMANIN YAPILMASI BİR ZORUNLULUK MUDUR?

Uzmanlaşma ilk olarak yargı yoluna ilişkin bir ayırım yapılmasını gerektirmiştir. Değişik yargılama sistemlerinde uyuşmazlığın türüne göre uzmanlaşma genel esaslara dayalı bir ayırıma tâbi tutulmuştur. Tabir yerindeyse

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku A.B.D., nedimmeric@gmail.com.

uzmanlaşma, öncelikle yargı yolu bakımından bazı uyuşmazlıkların diğerlerinden ayrıştırılmasına yol açmıştır. Bu ayrıştırma sonucunda devletin kamu gücüne dayalı işlemleri ile vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıklar, vergiyle ilgili uyuşmazlıklar başta olmak üzere yargı yolları ayırımı yapılmıştır. Bu ayırım yargı çeşitleri arasındaki ilişkiyi esas almaktadır¹. Yargı çeşidi (yargı yolu) nitelik ve özellikleri itibarıyla birbirine benzeyen, hukukî içerikleri açısından bir bütün teşkil eden ve ayrı (ortak) bir yargılama usulüne tâbi olan işler bütünü olarak tanımlanmaktadır². Gözler, aynı yüksek mahkemeye kanun yoluna başvurunun mümkün olduğu düzen olarak tanımlarken³, öğretilerde haklı olarak bu durumun söz konusu yargı yoluna girecek işlerin belirlenmesi suretiyle gerçekleştiği ifade edilmiştir⁴. Alman hukukunda iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ayrı bir yargı yolu olarak görülürken hukukumuzda bu uyuşmazlıklar medeni yargı alanına dâhil görülmüştür. Yargı yolu ayırımı görüldüğü üzere esasen bir üst görev ayırımının yapılması durumudur. Bu ayırımın yapılması kolaylıklar sunar. Kolaylık aynı nitelikteki uyuşmazlıkları kanun yolu incelemesinin de aynı konuda uzmanlaşmış yüksek mahkeme tarafından yapılmasıdır. Şu durumda yargı yolu ayırımı görevin daha genel bir ayırıma tabi tutulmasından ibarettir ve kuruluşu itibarıyla bir zorunluluğu değil, yapısı itibarıyla yargılama işlevine kolaylığı ifade eder⁵. Yargı yolu ayırımı yapılmadan kanun koyucular sadece görev ayırımı da yapabiliirdi.

III. GÖREV KURALLARI İLE İŞ DAĞILIMI ARASINDAKİ İLİŞKİ YAPAY BİR AYIRIM MIDIR?

Görev, aynı yargı çeşidi içinde yer alan farklı türdeki ilk derece mahkemelerinden birinin bir uyuşmazlığı görmeye yetkili olmasıdır⁶. Öğretilerde bu kurallar yargıya ulaşma hakkı ile ilgili de görülmüştür⁷. Bu uyuşmazlıkların

¹ Ali Çetin Aslan, *Medenî Usûl Hukukunda Görev* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Programı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021), 139, 140; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku C. I- II* (İstanbul: Alfa, 2000), 19.

² Baki Kuru, "Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet", *Ankara Barosu Dergisi* 2 (1960), 27; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz; Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2021), 65; Murat Atalı; İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2020), 31; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I* (Ankara: Demir Demir, 2001), 3-4; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku C. I* (Ankara: Yetkin, 2021), 101; Murat Atalı, "Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler, Görev Kavramı ve Görevsizlik Kararı", Prof. Dr. Halil Cin'e Armağan Selçuk Üniversitesi 10. Hizmet Yılı Armağanı (1995), 532; Mine Akkan, *Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku C. 1* (İstanbul: Oniki Levha, 2017), 79.

³ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin, 2000), 395.

⁴ Aslan, *Medenî Usûl Hukukunda Görev*, 141; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 31.

⁵ Yargı yolu ayırımının kamu düzenine ilişkin olduğuna ilişkin görüş hk. Yavuz Alangoya; M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (İstanbul: Beta, 2011), 20.

⁶ Kuru, *Kaza Çeşitleri*, 29; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, Ankara 2020), 46.

⁷ Budak ve Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 46.

neler olacağını kanun koyucu belirler. Uyuşmazlığın niteliği, kimler arasında olduğu, para alacağına ilişkin uyuşmazlıklarda alacağın miktarı gibi kıstaslara bakılarak mahkemelerin görevi belirlenebilir⁸. Bu durumda aynı yarı çeşidi içinde birden fazla mahkeme kendisine verilen görev kapsamında belirtilen uyuşmazlıklara bakacaktır. İş dağılımı ise, aynı mahkemenin iki farklı dairesi arasındaki ilişkiyi ifade eder. Bu ayırımın yasal dayanağı 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 5. fıkrasıdır. Düzenlemeye göre, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Numaralandırılan bu daireler arasında gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak iş dağılımı yapılabilir. İş dağılımı hususunda Hâkim ve Savcılar Kurulu yetkilidir. Nitekim uyuşmazlıkların niteliğine bakılmak suretiyle Hâkimler ve Savcılar Kurulu iş dağıtım kararları vermektedir. Örneğin, 25.11.2021 tarihli 1232 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesinin Kararına göre, "23.02.2006 tarihli ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'ndan" kaynaklanan bir uyuşmazlık dört asliye ticaret mahkemesi dairesinin bulunduğu Antalya'da 4. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından görülecektir. Bu türden ihtisaslaşmaya ilişkin kurallar öğretide 'nitelikli iş dağılımı'⁹, 'basit bir iş bölümü'¹⁰, 'geniş anlamda iş dağılımı'¹¹ şeklinde tanımlanmıştır. Hakimler ve Savcılar Kurulu iş dağılımına ilişkin kararlarını 'ihtisas kararı' olarak vermektedir¹².

İş dağılımı ile görev arasındaki bu ayırım yapay bir ayırım olarak görülmemelidir. Nihayetinde aynı mahkemenin farklı daireleri arasında bir iş dağılımı yapılmakta olduğundan¹³ bu durum ihtisas mahkemelerinin niteliğini değiştirmiş olmayacaktır¹⁴. Öte taraftan öğretide iş dağılımı ile belirli uyuşmazlıklar bakımından görevlendirilen mahkemenin aynı nitelikteki diğer mahkemelerden farklı bir mahkeme olduğu da ifade edilmiştir¹⁵. Biz iş dağılımı sonucu belirli uyuşmazlıklar konusunda görevlendirilen mahkemenin niteliğini ve yapısını şeklen koruduğunu, bununla birlikte işlev bakımından farklı bir mahkeme olarak görülmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kanun ko-

⁸ Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 57; Akkan, *Pekcanitez Usul*, 234.

⁹ Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1979), 47 dn. 3; Aslan, *Medenî Usûl Hukukunda Görev*, 165.

¹⁰ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I*, 55.

¹¹ Mehmet Kodakoğlu, "Konkordato Taleplerinde Görevli Mahkeme Kavramı ve İş Dağılımı Sorunu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XXVI*, 2 (2022), 98.

¹² <https://www.hsk.gov.tr/adli-yargi-ilk-derece-mahkemelerinde-belirlenen-ihtisas-mahkemelerine-iliskin-duyuru>.

¹³ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 202.

¹⁴ Aslan, *Medenî Usûl Hukukunda Görev*, 165.

¹⁵ Efe Direnisa, "Deniz Ticaret Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Diğer Asliye Ticaret Mahkemeleriyle İlişkilerine İlişkin Sorular", *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 2* (2020), 373.

yucu bir nitelik farklılığı öngörmemiş olsa da işlevsel olarak bir ihtisaslaşmayı öngördüğünden bu mahkemeler ile aynı nitelikteki iş dağılımı ilişkisinin yapay olduğunu, gerçekte bir görev ilişkisinin kurulduğunu düşünmekteyiz. Bu düşünmemizin nedeni, esasen Hâkim ve Savcılar Kurulu'nun iş dağılımı kararı vermesine duyduğu ihtiyaçtır. Kanun koyucu iş dağılımı ilişkisine konu ihtisaslaşma alanında bir mahkemenin görevli olmasını Kanunla düzenlediği durumda mahkemenin işlevine verilen değeri görev, bu kapsamda bir değişiklik yapılmaksızın Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararıyla bir mahkemenin belirli uyuşmazlıklara bakma konusunda görevlendirilmesini iş dağılımı olarak nitelendirmek -niteliği değişmemiş olsa da- işlev farklılığını görmezden gelmektir.

IV. İŞ DAĞILIMINA AYKIRILIĞIN SONUCU NEDİR?

İş dağılımı tevzide dikkat edilmesi gereken bir husustur. İş dağılımına aykırı tevzi yapılması durumunda mahkeme görevsizlik vermeyecektir. Bu durumda mahkeme nasıl bir karar verecektir! Yargıtay kararları incelendiğinde mahkemenin iş dağılımına göre kendisinin göremeyeceği uyuşmazlık konusunda gönderme kararı vermeyerek dosyayı tevzi bürosuna göndermesi gerektiğine ilişkin kararlara da gönderme kararı vererek dosyayı doğrudan (talep aranmaksızın) iş dağılımına göre bakacak mahkemeye göndermesine yönelik kararlara¹⁶ da rastlamaktayız.

"...Mahkemece her ne kadar yetkisizlik kararı verilmiş ise de; İİK'nin 4. maddesi gereğince icra mahkemesinin birden fazla dairesi arasındaki ilişki yetki ilişkisi olmayıp iş bölümüne ilişkindir.

Bu durumda, Mahkemece dosyanın iş bölümünde görevlendirilen icra hukuk mahkemesine tevzi edilmesi için Tevzi Bürosuna gönderilmesi gerekirken yetkisizlik kararı verilip istek halinde gönderme kararı verilmesi ve devamında da davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi yerinde görülmediğinden ..."¹⁷

"...Somut olayda, mahkemece borçlunun İcra Müdürlüğü'nün 2014/32781 Esas sayılı dosyası ile ilgili itirazın kaldırılması talebinin inceme görevinin İcra Mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiş ise de; İİK'nun 4. maddesi gereğince icra mahkemesinin birden fazla dairesi arasındaki ilişki yetki ilişkisi olmayıp iş bölümüne ilişkindir. Bu nedenle itirazın kaldırılması talebi yönünden yetkisizlik kararı verilemez. İcra Müdürlüğünün hangi icra mahkemesine bağlandığı hükümde açıkça belirtilerek gönderme kararı verilmesi gerekir.

O halde, mahkemece, İcra Müdürlüğü'nün 2014/32781 E. sayılı dosyası ile ilgili itirazın kaldırılması talebini incelemek üzere icra müdürlüğünün bağ-

¹⁶ Kararın doğrudan ilgili mahkemeye gönderilmesi gerektiğine ilişkin öğretilerdeki görüş için bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, 203.

¹⁷ Y8.HD, 22.01.2019, E.2016/4463 K.2019/687 (Legal Bank).

landığı ilgili icra mahkemesi açıkça belirtilmek sureti ile gönderme kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesi isabetsizdir..."¹⁸

"...Bilindiği gibi 05.07.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 6352 sayılı Kanunla değişik 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesinde "Birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaların görüleceği iş mahkemeleri Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir" şeklinde yapılan değişiklikle HSYK tarafından 20.12.2012 tarih 3201 sayılı kararı ile İstanbul 19., 20., 21. ve 22 İş Mahkemeleri sosyal güvenlik davalarına bakmakla görevlendirilmiştir.

5521 sayılı Kanununun 1. maddesinde yapılan değişiklik ile ayrı bir sosyal güvenlik mahkemesi kurulmamış, sadece birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde hangi mahkemelerin sosyal güvenlik, hangi mahkemelerin bireysel iş uyuşmazlıklarından doğan davaları göreceğine yönelik iş bölümü yapılmıştır. Bu iş bölümü gereğince mahkemeler arasındaki ilişki bir iç ilişkisidir.

Mahkemeler arasında HMK anlamında bir görev dağılımı yapılmadığından iş mahkemeleri arasındaki göndermeler bir görevsizlik niteliğinde değildir.

Mahkemece, iş mahkemeleri arasındaki iç ilişkisinin yanlış değerlendirilerek görevsizlik kararı oluşturması da bu hukuki sonucu değiştirmez. Verilen karar aynı mahkemeler arasında bir gönderme kararı olduğundan mahkemece görevsizlik kararı verilmesi kanuna aykırı olduğundan kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir..."¹⁹

İş dağılımı ilişkisinden dolayı verilen gönderme kararları mahkemenin aynı mahkemenin farklı dairesi olarak görüldüğünden bir görevsizlik kararı gibi görülmemektedir. Bu nedenle verilen gönderme kararlarının doğru olmadığına ilişkin kanun yolu başvurusu yapılmamaktadır. Kendisine gönderme kararı gelen diğer mahkemenin gönderme kararı ile bağlı olduğu düşünülmemelidir. Mevcut yasal durumda gönderme kararı ile dosya kendisine gelen mahkeme iş dağılımı bakımından davaya bakamayacağını düşünmekteyse kendisi de ayrı bir gönderme kararı vermelidir. Bu durumda ortaya çıkan ihtilafı Hâkim ve Savcılar Kurulu karara bağlayacaktır (HSKK, m. 9 f. 1 b. 9).

İş dağılımı bakımından görevli olmayan aynı nitelikte bir mahkemede davanın görülmesi ve uyuşmazlığın çözülmesi kanun yolunda bir hükmün kaldırılması yahut bozma sebebi olarak görülmeyecektir²⁰. İş dağılımı kuralına aykırılık da olsa nihayetinde uyuşmazlık görevli olan mahkemede görülmüş kabul edilecektir²¹. Şu durumda Hâkim ve Savcılar Kurulu'nun bazı uyuşmazlıkların belirli mahkemelerde görülmesi gerektiğine ilişkin ihtisas

¹⁸ Y12.HD, 05.05.2016, E.2015/33808 K.2016/13361 (Legal Bank).

¹⁹ Y10.HD, 24.11.2015, E.2015/17207 K.2015/20491 (Legal Bank).

²⁰ Kodakoğlu, İş Dağılımı, 112.

²¹ Kodakoğlu, bu durumun gerekçesi olarak aynı mahkemenin farklı bir dairesi tarafından karar verilmesini görmüştür, Kodakoğlu, İş Dağılımı 112.

kararı, uyulmadığında (aynı nitelikte diğer bir mahkeme tarafından ihlâl edildiğinde) yaptırımsızdır.

Yaptığımız bu tespitten sonra belirli uyuşmazlıkların belirli mahkemeler tarafından görülmesi gerektiğine ilişkin yargı yolu, görev ve iş dağılımını bütün olarak değerlendirmemiz gerektiğini düşünmekteyiz. Esasen bir uyuşmazlığın bir yargı yoluna dâhil olması, o yargı yolunda görevli mahkeme tarafından görülmesi, görevli mahkemelerden birinin söz konusu uyuşmazlık konusunda ihtisaslaşmış mahkeme olarak belirlenmiş olması bunların diğerinden farklı değerlendirilmesine yol açmamalıdır. Nasıl yargı yoluna ve göreve ilişkin aykırılıklar bir dava şartı olarak görülmekteyse ve önemsenmekteyse, iş dağılımına aykırılık da en azından aynı derecede önemsenmelidir. Aksi halde ihtisas kararı verilmesinin bir anlamı da olmayacaktır.

V. YARGI YOLU, GÖREV VE İŞ DAĞILIMI AYIRIMINI NE KADAR ÖNEMSEMELİYİZ?

Yargı yolu ayırımı bir dava şartı olup mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmaktadır. Bunun gibi görev de dava şartıdır. Görev kurallarına aykırılık da re'sen dikkate alınmayı gerektirir. Yargıtay yargı yoluna ve göreve ilişkin aykırı yargılamalarda bozma kararları vermektedir.

"....Davacı vekili, davacı ...'in ... köyünde 01/03/1998 ve 06/09/1996 tarihleri arasında 8 yıl 6 ay koruculuk yaptığını ancak 06/09/1996 tarihinde koruculuğa ihtiyaç kalmadığı gerekçesiyle Kaymakamlık tarafından istifa dilekçesi verilmesi istendiğini ve davacının da 06/09/1996 tarihli istifa dilekçesini vererek Köyü koruculuğundan ayrıldığını, fazlaya ait haklarının saklı kalmak kaydıyla 10.000,00 TL tazminatın davacının koruculuktan ayrıldığı 18/08/1996 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davaya konu edilen olayda; kamu tüzel kişiliğini haiz olan davalıların, davacının tazminat istemini reddetmesi nedeniyle davacıyı zarara uğrattığı ileri sürülmektedir. Söz konusu işlemde kamu gücü kullanılmaktadır; bu idareler hukuki rejim anlamında kamu hukukuna tâbidirler. Böyle bir davanın ise idari yargıda görülmesi gerekmektedir. Bir mahkemenin görevli olup olmadığı hususu kamu düzenine ilişkin olup açıkça veya hiç ileri sürülme de re'sen nazara alınır.

Şu durumda; yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda davanın yargı yolu caiz olmadığından usulden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun değildir. Açıklanan nedenlerle kararın bozulması gerekmiştir..."²²

"...Dosyanın incelenmesinde, davacı tarafından kredi kartını bilgisi dışında kullanan davalılara karşı bedel iadesi ve tazminat talebi ile dava açıldığı anlaşılmakla, davacıya ait kredi kartına ilişkin sözleşmenin davacı ve kredi kar-

²² Y4.HD, 04.11.2021, E.2021/20618 K.2021/8244 (Legal Bank).

tını veren banka arasında olup somut olayda davalıların üçüncü kişi konumunda olduğu sabittir.

Şu halde, davacıya ait kredi kartının davalılar tarafından bilgisi dışında kullanılması 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun kapsamı dışında olup, davacının davaya konu talebinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri kapsamında olduğu, dolayısıyla davaya bakmakta asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu anlaşılmalı, mahkemece davanın görev yönünden reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuş, Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına temyiz isteminin kabulüne karar vermek gerekmiştir..."²³

"Yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; davacının aracını dava dışı ...Motorlu Araçlar Ticaret Ltd. Şti.'ye (...Otomotiv'e) bıraktığı, bu servis tarafından aracın motoru sökülerek davalılara motor yenileme işi için teslim edildiği ve davalılar tarafından yenileme işlemi yapılan motorun araca takılmak üzere dava dışı ...Otomotiv'e iade edildiği, sipariş fişinden anlaşılmıştır. Bu durumda dava dışı ...Otomotiv ile yapılan sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin "1" bendi gereğince davacı ile aracının tamir için bıraktığı dava dışı ...Motorlu Araçlar Ticaret Ltd. Şti. arasında eser sözleşmesi kurulduğu, ancak davalılarla davacı arasında sözleşme ilişkisi kurulmadığı gözetildiğinde davacı tarafından davalılar aleyhine ikame olunan davada tüketici mahkemesinin görevli olamayacağı, somut olayda asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu, bu sebeple Ankara 8. Tüketici Mahkemesi'nce görev dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırıdır..."²⁴

Bir uyuşmazlıkla ilgili dava şartları ilk derece mahkemesinde incelendikten sonra ayrıca bölge adliye mahkemesi ile Yargıtay tarafından da dikkate alınmaktadır (m.353, 371). Görev de yargı yolu da bu kapsamda yer alır. İlk derece mahkemesi uyuşmazlık konusunda görevli olup olmadığını tahkikata girmeden evvel re'sen dikkate alarak değerlendirmelidir (m. 137, 114). Mahkeme bu değerlendirmeyi bilhassa tarafların itirazlarının bulunmaması dolayısıyla açık şekilde yapmayabilmektedir. Buna bağlı olarak da yukarıda verdiğimiz türden kararlara, yani mahkemenin görevli olmadığına ya da yargı yolu bakımından söz konusu uyuşmazlığa bakamayacağına ilişkin bozma kararlarına ya da bölge adliye mahkemeleri tarafından verilmiş kaldırma kararlarına rastlamaktayız. Bazı durumlarda aradan uzun yıllar geçtikten sonra ilk derece mahkemesinin görevli olmadığına karar verilmektedir²⁵.

²³ Y4.HD, 05.10.2021, E.2021/18403 K.2021/6089 (Legal Bank).

²⁴ Y15.HD, 28.06.2021, E.2021/5400 K.2021/3004 (Legal Bank).

²⁵ Görevin temyiz sonrası bozmadan sonra tartışılmaması gerektiğini düşünmekteyim. Bu husustaki gerekçem görevin usûlî müktesep hak oluşturduğu iddiası değil, etkin hukukî korumanın sağlanması adına bir aşamadan sonra görevin tartışılmaması gerektiği düşüncesidir. Öğretide görevin usûlî müktesep hakkın istisnası olduğu iddia edilmiştir. Üstündağ, Me-

Bu durum zaman kaybıdır²⁶. Nihayetinde dava görevli mahkemede devam edecek olsa da görevli olan mahkeme hâkiminin huzurunda delillerin bizzat toplanmamış olması dolayısıyla delillerin yeniden toplanması gerekecektir. Aksi halde zaman kaybı kısmen giderilmiş olsa da doğrudanlık ilkesine aykırı sağlıklı olmayan bir karar verilmiş olabilecektir.

Tarafların görev itirazlarının bölge adliye mahkemesi tarafından kesin karara bağlanması yahut Uyuşmazlık Mahkemesine yargı yoluna aykırılık iddiasının taşınması suretiyle görev ve yargı yolu ihtilaflarının daha kısa sürede çözülmesi mümkündür. Buradaki kısa süre dahi bazen bir hükmün verilebileceği zaman dilimine kadar da olabilmektedir.

İş dağılımı ise nitelik olarak yargı yolu ile görevle aynı değerde olmasına rağmen yasal olarak böyle görülmediğinden taraf itirazları ile karşılaşmakta, dava şartı gibi dikkate alınmamakta ve kanun yolunda da bir bozma ya da hükmün kaldırılmasına konu olmamaktadır. Kendisine görev ve yargı yoluna denk işlev yüklenen ihtisas mahkemesinde davanın görülmemesi durumunda kamu düzeni bozulmuş kabul edilmemektedir.

Bir mahkemenin uyuşmazlığın esasını çözmeye görevli kılınmasına ilişkin kuralların temelinde koruma talep edenlerin menfaatleri ile söz konusu menfaatlerin etkin olarak korunması aranmaktadır. Yargı yolu kurallarıyla, görev kurallarıyla ve de iş dağılımı kurallarıyla bir mahkemenin yargı yetkisi genel olmaktan çıkarılır. Yargı yoluyla farklılıkları yüzeysel olarak rahat anlaşılan uyuşmazlıklar diğer uyuşmazlıklardan ayrılmıştır²⁷. Bu defa daha ayrıntıda her bir yargı yolu bakımından birden fazla mahkemenin görevleri belirlenmiştir. Örnek vermek gerekirse idare ile kişiler arasındaki uyuşmazlıklar ile bireyleri arasındaki uyuşmazlıklar yargı yolu ayırımına tabi tutulacak farklılıklar olarak görülmüş, bireyler arasındaki uyuşmazlığın kira olması eser sözleşmesi olması görev ayırımı şeklinde değerlendirilmiştir. İş dağılımı ise göreve ilişkin kısmen veya tamamen daha alt işlev yüklenen mahkemeleri ifade etmektedir.

deni Yargılama Hukuku, 894; Murat Yavaş, Medeni Usul Hukukunda Temyiz (Ankara: Seçkin, 2015), 152.

²⁶ Aslan, Medenî Usûl Hukukunda Görev, 314.

²⁷ Buna rağmen çok sayıda yargı yolu ve hüküm uyuşmazlıkları oluşmaktadır. Bu uyuşmazlıkların giderilmesinde hukukumuzda Uyuşmazlık Mahkemesi görevlidir. Uyuşmazlığın hangi yargı yoluna ait olduğuna ilişkin tespitin yapılması dâhi masraf ve zaman kaybına yol açmaktadır. Hukukumuz bakımından yargı yolu ayırımının ortadan kalkması yahut yargı yoluna ilişkin ihtilafın ilk başvuru yargı yolunda kesin surette karara bağlanması zaman ve masraf kaybına engel olacaktır. Bu hususta haklı eleştiri için bkz. Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 39.

VI. BÜTÜN BU KURALLARDA MEVZU BAHİS OLAN KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI MIDIR, YOKSA YARGILAMANIN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜLMESİ TALEPLERİNE DAHA RASYONEL, KALİTELİ VE HIZLI CEVAP VERİLMESİ GEREKSİNİMİ MİDİR?

Hukuki korunma talebinin muhatabı olan devlet söz konusu talebin karşılanması ile yükümlüdür. Bu yükümlülük hukuki korunma talebinin makul sürede incelenerek çözüme kavuşturulması, yargılama yapılırken hukukî dinlenilme hakkına ve diğer usûlî eşitlik esaslarına riayet edilmesini içerir. Bu hizmetin uyuşmazlığın niteliğine göre belirlenmiş alanında uzman mahkemelerce yapılması hizmetin daha rasyonel verilmesiyle bağlantılıdır. Nihayetinde görevle ilgili bir ayırım yapılmamış olsaydı da hâkim tarafların iddiaları ile yasal düzenlemeleri dikkate alarak uyuşmazlığı çözecekti. Bu nedenle ihtisaslaşmayı adlî hizmetin daha rasyonel verilmesinin bir parçası olarak görmekteyim ve değerlendirmekteyim.

Asliye ticaret mahkemesinin, tüketici mahkemesinin kurulmadığı bir ilçede asliye hukuk mahkemelerinin söz konusu mahkemeler sıfatıyla yargılamayı görmesi, karar vermesi kabul edilebilir olduğuna göre, göreve ilişkin hassasiyetin kamu düzeniyle ilgili görülmemesi gerekir²⁸. Bunun gibi bir hâkimin uzun yıllar ceza mahkemesinde görev yaptıktan sonra hukuk mahkemesine hâkim olarak görev yapması da ihtisaslaşmak suretiyle kaliteli adalet dağıtım hedefi ile çelişki taşıyan²⁹ bir trajikomiktir. Öte taraftan bir uyuşmazlıkta tarafların tahkim yargılamasına başvurulduğu durumlarda hakemin hukukçu olması dâhi aranmamaktadır. İç tahkimde hakemin birden fazla kişiden oluşması durumunda hakemlerden birinin uyuşmazlık konusu alanında ve 5 yıllık kıdeme sahip hukukçu olması aranmaktadır. Bu durumda dâhi diğer iki kişi hukukçu olmak zorunda dâhi değildir. Neticede görev meselesini kamu düzenine ilişkin görmemekteyim.

VII. GÖREV KURALLARI AÇIK VE ANLAŞILIR TANIMLANMALI MIDIR?

Bir uyuşmazlığın niteliğine veya uyuşmazlık konusu alacağın tutarına yahut da tarafların kim olduklarına bakılarak belirlenmiş olan görev kuralları tereddüt doğurmayacak açıklıkta olmalıdır. Aksi halde hukukumuzda olduğu gibi söz konusu görev kuralına uygun olarak görevli mahkemede dava açılıp açılmadığı meselesi yargılamanın her aşamasında tereddüt doğuracaktır. İlk derece mahkemesinin görevi ile ilgili bölge adliye mahkemesi kesin karar

²⁸ Aslan, Medenî Usûl Hukukunda Görev, 29, 294 vd. Aksi yönde Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku C. I, 153.

²⁹ Sema Taşpınar Ayvaz, "Geciken Yargılamanın Nedenleri ve Sonuçları", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 3 (2008), 164; Süha Tanrıver, "Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 105 (2013), 48; Aslan, Medenî Usûl Hukukunda Görev, 106.

vermişse görevle ilgili tereddüt nispeten çok uzun olmayan zaman diliminde çözülmüş olacaktır. Ancak bu gerçekleşmemişse Yargıtay'ın ilk derece mahkemesini görevli görmemesi mümkündür. Bu durumun önlenmesi için görev kurallarının tereddüt doğurmayacak açıklıkta olması gerekir. Bir iki örnek vermek gerekirse;

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3 f. 1 b. 1 maddesindeki tüketici işlemi tanımında yer alan "...Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" ifadesindeki "benzeri sözleşmeler" göreve ilişkin muğlaklık barındırmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu m. 4 f. 1 c bendinde ticaret mahkemesinin görevi dâhilinde sayılan "Türk Borçlar Kanunununrekabet yasağına ilişkin 444 ve 447." ifadesinin hizmet sözleşmesinin düzenlendiği kısımda yer alması dolayısıyla hizmet sözleşmesinin bulunmadığı başkaca ilişkileri barındırıp barındırmadığı hususu göreve ilişkin muğlaklık taşımaktadır.

Kanun koyucunun görev konusunu yoruma kapalı düzenlemesi gerekir³⁰. Aksi halde görevli mahkeme konusu bölge adliye mahkemelerinde ve Yargıtay'da tereddüt uyandıracak ve belki de uzun süren bir yargılama sonucunda mahkemenin gerçekte görevli olmadığı belirtilerek dosyanın yeniden görülmesi söz konusu olacaktır.

VIII. DAVA AÇILIRKEN SÖZ KONUSU MAHKEMEDE DAVA AÇILDIĞININ GEREKÇESİ AÇIKLANMALI MIDIR?

Dava dilekçesinde yer alan unsurların (m. 119) her biri önemli unsurlardır. Davacı uyuşmazlıkla ilgili esas bakımından haklılığını 'Açıklamalar' adı altında sıra sıra, açık ve anlaşılır şekilde özetlemekle yükümlüdür. Dikkat edilirse bu kısımda davacı iddiasının dayanağı olan vakıaları açıklamaktadır. Devamında ise delillerini ve nihayetinde dayanılan hukukî sebebi göstermektedir. Görüldüğü üzere bütün bunlar maddî hukuk bakımından haklılıkla ve usulî taleple ilgilidir. Aynı durum davalının cevap dilekçesi (m. 129) için de geçerlidir. Uygulamada bazı davalarda usûli bazı meselelerin de açıklamalar kısmında açıklandığı görülmektedir. Örneğin, arabuluculuk görüşmesi yapılmışsa arabuluculuk görüşmesi yapıldığı belirtilerek anlaşamama tutanağı eklenmekte yahut tasarrufun iptali davasında evvelden yapılan takipte alacağın alınmadığı ve aciz belgesi verildiği belirtilmekte ve gösterilmek yahut vasi kısıtlı adına dava açarken sulh hukuk mahkemesinden dava açabileceği-

³⁰ Akkan, Pekcanitez Usul, 237; Mine Akkan, "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Mahkemelerin Görevi.", Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2014), Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-XI Özel Sayı: 39-88, 39.

ne yönelik kararını (TMK m. 462) eklemektedir. Dava şartı için yapılan bu açıklamalar gibi kanımızca davacı dava açarken görevli mahkemeyi de neden ve nasıl belirlediğini açıklamalıdır. Şüphesiz her davada davacı davasından evvel uyuşmazlıkla ilgili hangi mahkemenin görevli olduğunu öngörmektedir, ancak kanun bunu zorunlu kılmadığından açıklamamaktadır. Bu durum göreve ilişkin bakış açısını değiştirmek durumunda kaldığımızda zorunluluk olarak düzenlenmelidir.

IX. MAHKEMENİN GÖREVLİ OLMADIĞI YARGILAMADA HER ZAMAN İLERİ SÜRÜLMELİ MİDİR?

Mahkemenin görevli olmadığını davalı her zaman iddia edebilmektedir. Bunun nedeni görevin kamu düzenine ilişkin görülmesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dava şartı olarak düzenlenmiş olması (m. 114). Biz yukarıda da belirttiğimiz gibi görevin belirlenmesinde kamu düzenini değil, daha akılcı yargı hizmeti sunulması gerekliliğini görmekteyiz. Kanımızca bu gereklilik yargılamanın makul sürede sonuçlanması ve etkin hukukî korumanın sağlanması ile kıyaslandığında daha az değerlidir³¹. Anayasal teminat altına alınmış olan hakların ve teminatların yargı hizmetinde gözetilmesi görevli olmayan mahkemenin karar vermiş olması dolayısıyla ihlâl edilmemelidir.

Görevli olmayan mahkemede bir uyuşmazlığın anayasal teminatlara ve yargısal ilkeleri göre görülmüş ve karara bağlanmış olması yeterlidir. Uyuşmazlığın görevli mahkemede incelenmesi amacıyla hükmün bozulması veya kaldırılması durumunda yargılama görüldüğü süre kadar uzayacaksa, bu sebeple subjektif hakların makul sürede korunması ertelenecekse ve buna gerekçe olarak görevin kamu düzeninden olması gösterilecekse, bu durum anayasal güvencelerin ve adil yargılanma hakkının kamu düzeni gerekçesiyle ihlâl edilmesinden başka bir şey olamaz³².

Taraflar her zaman görev itirazını dile getirememelidir, görev kamu düzenine ilişkin görülmemelidir³³. Gerek tarafların mahkemenin görevine yönelik itirazları gerekse de mahkemenin görevli olup olmadığını kendiliğinden incelemesi uyuşmazlığın ne olduğunun anlaşıldığı ön inceleme duruşmasından sonra mümkün olmamalıdır. En geç ön inceleme duruşmasında uyuş-

³¹ Aynı sonuç bkz. Aslan, Medenî Usûl Hukukunda Görev, 591.

³² Bu durum zaman kaybından başka bir şey değildir. Asliye ile sulh hukuk mahkemesi arasındaki görev ayırımının ortadan kaldırılarak tek (görevli) mahkeme eliyle yapılması durumunda zaman kaybının ortadan kalmış olacağına ilişkin bkz. Baki Kuru, "Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler", İstanbul Barosu Dergisi 58, 4-5-6 (1984), 178; Baki Kuru, "Hukuk Davalarının Uzaması Sebepleri.", Makaleler (İstanbul: Arıkan, 2006), 106. Aksi yönde Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku C. I, 48.

³³ Ali Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m. 5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler", Bankacılar Dergisi Özel Sayı (2013), 42; Ali Cem Budak, Kılı Kırk Yarma Makinası, Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadi ve Menfaat İctihadi (İstanbul: Filiz, 2021), 212.

mazlık tespit edildiğinde mahkeme görevli olup olmadığı hususunu re'sen incelemeli ve hükme bağlamalıdır. Taraflar da en geç bu aşamada görev itirazında (sebepleriyle birlikte) bulunmalıdır. Mahkemenin bu aşamada verdiği görevsizlik kararı ile görev itirazının reddi kararına karşı, kısa ve kesin sürelerle istinaf olanağı sunulmalı ve istinaf incelemesi de kısa bir süre öngörülerek acil şekilde yapılmalı ve karar kesin olmalıdır. İstinaf incelemesi sonuçlanıncaya kadar ilk derece mahkemesinin tahkikata başlamaması doğrudanlık ilkesinin mahkeme değişikliği sebebiyle ileride ihlâl edilmemesi adına önemli görülmelidir. Görevle ilgili verilen karara karşı kanun yolu başvurusu yapılmamışsa ve karar da görevsizlik kararı ise dosya görevli mahkemeye kendiliğinden gönderilmelidir. Burada davacının sübjektif koruma talebini görevsizlik kararı verildiğinde yenilemesine ihtiyaç duyulmamalıdır. Görevsizlik kararı ile dosya kendisine ulaşan mahkemenin kendisini görevli görmemesi durumunda da³⁴ kısa sürede ve kesin kararlar sonuçlanacak yargı yerinin belirlenmesi kuralları işletilmeli ve nihayetinde bölge adliye mahkemesinin kararıyla görevli mahkeme söz konusu uyuşmazlık bakımından artık tartışılır olmaktan çıkarılmalıdır³⁵.

SONUÇ

Yargı hizmetinin uzman mahkemeler tarafından verilmesi ihtiyacının temelinde kamu düzeninin bulunmamakta olup, kaliteli ve rasyonel adli hizmet verilmesinin tek faktör olarak görülmesi gerekir. Uzmanlaşmış mahkemeler eliyle yargı hizmetinin görülmesi bu anlamda bir ihtiyacın karşılanmasıdır.

İş dağılımı ile görev arasındaki ayırım yapay bir ayırım olup, gerçekte uzmanlaşmanın bulunduğu iş dağılımı ayırımında ayırım kurallarına aykırı davranılarak bir başka mahkemede uyuşmazlığın görülmesi de görev kurallarına aykırılık ile bir görülmesi gereken bir aykırılık olarak değerlendirilmelidir. İş dağılımı kurallarına aykırılık ile görev kurallarına aykırılık olması gereken hukuk bakımından kamu düzenine ilişkin görülmemelidir. Bu nedenle görev ve de iş dağılımı kurallarına aykırılık iddialarının ilk derece mahkemesinde tahkikat aşamasından evvel çözülmesi daha öncelikli gözetilmesi gereken etkin koruma ihtiyacına hizmet edecektir.

³⁴ Görevsizlik kararının bağlayıcı olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Aslan, Medenî Usûl Hukukunda Görev, 591.

³⁵ Postacıoğlu da kanun yolu (temyiz) incelemesinde ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen görevin artık ileri sürülemeyeceği fikrindedir. İlhan E. Postacıoğlu, "Tecrübeler Işığında Medeni Usul Hukuku Varılan Noktalar, Muhtemel Gelişmeler", Makaleler ve Karar İncelemeleri (İstanbul: Vedat, 2011), 8-9.

KAYNAKÇA

- Akkan, Mine. "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Mahkemelerin Görevi.", *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3 (2014), *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-XI Özel Sayı*: 39-88.
- Akkan, Mine, *Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku C. 1*. İstanbul: Oniki Levha, 2017.
- Alangoya, Yavuz; Yıldırım, M. Kâmil; Deren Yıldırım, Nevhis. *Medenî Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta, 2011.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema; Hanağası, Emel. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Atalı, Murat. "Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler, Görev Kavramı ve Görevsizlik Kararı.", *Prof. Dr. Halil Cin'e Armağan Selçuk Üniversitesi 10. Hizmet Yılı Armağanı* (1995): 529-551.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim; Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Aslan, Ali Çetin. *Medenî Usûl Hukukunda Görev*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Programı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021.
- Budak, Ali Cem; Karaaslan, Varol. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, Ankara 2020.
- Budak, Ali Cem. *Kılı Kırk Yarma Makinası, Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadi ve Menfaat İctihadi*, İstanbul: Filiz, 2021.
- Budak, Ali Cem. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m. 5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler.", *Bankacılar Dergisi Özel Sayı* (2013): 42-61.
- Direnisa, Efe. "Deniz Ticaret Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Diğer Asliye Ticaret Mahkemeleriyle İlişkilerine İlişkin Sorular.", *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 2 (2020): 371-373.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin, 2000.
- Kodakoğlu, Mehmet. "Konkordato Taleplerinde Görevli Mahkeme Kavramı ve İş Dağılımı Sorunu.", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XXVI, 2 (2022): 73-122.
- Kuru, Baki. "Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet.", *Ankara Barosu Dergisi* 2 (1960): 27-33.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I*. Ankara: Demir Demir, 2001.
- Kuru, Baki. "Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler.", *İstanbul Barosu Dergisi* 58, 4-5-6 (1984): 168-186.

- Kuru, Baki. "Hukuk Davalarının Uzaması Sebepleri.", *Makaleler*. İstanbul: Arıkan, 2006.
- Önen, Ergun. *Medenî Yargılama Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1979.
- Postacıoğlu, İlhan E.. "Tecrübeler Işığında Medeni Usul Hukuku Varılan Noktalar, Muhtemel Gelişmeler.", *Makaleler ve Karar İncelemeleri*, İstanbul: Vedat, 2011.
- Tanrıver, Süha. "Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler.", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 105 (2013): 35-50.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku C. I*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. "Geciken Yargılamanın Nedenleri ve Sonuçları.", *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı* 3 (2008): 158-171.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku C. I- II*. İstanbul: Alfa, 2000.
- Yavaş, Murat. *Medeni Usul Hukukunda Temyiz*. Ankara: Seçkin, 2015.

YILIK ÜCRETLİ İZİN UYGULANMASINDA SORUNLU KONULAR

*Faruk Barış MUTLAY**

GİRİŞ

Anayasa ile çalışanlara dinlenme hakkı tanınmıştır. Bu hak çerçevesinde 4857 sayılı İş Kanununda¹ kabul edilen dinlenme haklarından biri de yıllık ücretli izin hakkıdır. Söz konusu hakka ilişkin uygulamada önemli hukuk sorunlar bulunmaktadır. Hukuki sorunlardan bir kısmı yıllık ücretli izin hakkının uygulanmasına ilişkindir.

Çalışmamızda yıllık ücretli iznin uygulanmasındaki hukuki sorunlar 3 ana başlık altında incelenmiştir. Buna göre *yıllık ücretli iznin kullanılması, kullanılan yıllık ücretli izin gün sayısının belirlenmesi, yıllık ücretli iznin kullandırıldığıın ispatı* başlıkları altında yıllık ücretli iznin kullanılmasına dair temel esaslar ve özellikle uygulamadaki sorunlar ele alınmıştır.

I. YILLIK ÜCRETLİ İZİNİN KULLANILMASI

A. HAK KAZANILAN İZİNLERİN GELECEK HİZMET YILI KULLANDIRILMAMASININ FESİH HAKKINA VE İZİN ÜCRETİNE ETKİSİ

1. Hak Kazanılan İzinlerin Gelecek Hizmet Yılı Kullanılmamasının/ Kullanılmamasının Fesih Hakkına Etkisi

İşçinin yıllık ücretli izne hak kazanması için işyerinde en az 1 yıl çalışmış olması gereklidir (İşK m.53/1). Aşağıda da belirtildiği üzere, işçinin yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanması esastır (İşK m.54/4). Buna rağmen uygulamada işçilere 1 yılını doldurduktan sonra takip eden yılda/yıllarda izin haklarının tam kullandırılmadığı veya istisnai de olsa işçilerin yıllık izin haklarını kullanmak istemediği ve izne ayrılmadan sadece parasını almak istediği olasılıklarla karşılaşmaktadır. Bu gibi ihtimallerin sözleşmenin haklı nedenle derhal fesih hakkına etkisi kısaca ele alınmalıdır.

Hukuki sorunun açıklığa kavuşturulmasında öncelikle yıllık iznin kullanılmasına/kullandırılmasına ilişkin benimsenen anlayışa kısaca yer verilmiştir. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 7. maddesinin 1. fıkrasında "*İşçi yuka-*

* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, barismutlay@gmail.com.

¹ RG. 10.06.2003, S. 25134.

rıdaki maddelere göre hak ettiği yıllık ücretli iznini, kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak iznin ne zaman kullanılacağını belirleme yetkisi işverene aittir². Öyle ki, işveren işçinin talep ettiği izin kullanma tarihi ile bağlı değildir (Yön m.8/2). Konuya ilişkin sadece anılan düzenlemeler değil, öncelikle yıllık ücretli iznin Anayasal bir hak olduğu ve izinle güdülen amaç dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekir ki, yıllık izin talebinde bulunmaması, işverenin yıllık izin kullandırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz³. Benimsenen söz konusu anlayış doğrultusunda yıllık ücretli izin hakkının takip eden yılda/yıllarda kullandırılmasının başta Anayasa olmak üzere mevzuattan doğan bir çalışma şartı olduğu sonucuna varılmalıdır. Bütün bu gerekçelerin dışında ifade etmek gerekir ki, işçinin iznini bir yıl çalıştıktan sonra gelecek hizmet yılı içinde kullanacak olması, kendisinin neredeyse 2 yıla yakın bir süre sürekli çalışması sonucunu doğurur⁴. Yasal düzenlemenin ortaya çıkardığı sonuç dahi işçiler açısından ağırken, bir de hükmün (İşK m.54/4) ihlal edilmesi suretiyle işçilere takip eden yılda/yıllarda izinlerini kullandırmayarak kendilerinin durumlarının daha da ağırlaştırılması ve bunun da sonuçsuz bırakılması makul olmaz.

Açıklananlar doğrultusunda belirtelim ki, işçiler tarafından talep edilsin ya da edilmesin yıllık iznin kullandırılmaması çalışma şartının da uygulanmaması anlamına geleceğinden işçinin İşK m.24/II kapsamında iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği kanaatindeyiz. Ancak bu noktada kullandırılmayan izin gün sayısı miktarının fesih hakkının doğumu açısından önemli olup olmadığı da ayrı bir hukuki sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukuki sorun bakımından önce Yargıtay uygulaması açıklanmıştır. Yüksek Mahkeme (22. Hukuk Dairesi) incelediğimiz hukuki soruna ilişkin bir kararında “...Yıllık iznin hangi tarihlerde kullandırılacağı işverenin yönetim hakkı kapsamında olmakla birlikte talep hakkının doğduğu yıl içerisinde izin hakkının kullandırılması gerekir. Ancak, **yıllık ücretli iznin kullandırılmasının haklı fesih sebebi oluşturabilmesi için çok uzun süre hiç izin kullandırmaması ya da talep edildiği halde gerekçesiz olarak izin kullandırılmaması gereklidir.** Somut olayda, hizmet süresi itibari ile toplam 42 gün yıllık izne hak kazanan davacının, çeşitli tarihlerde toplam 35 gün yıllık izin

² Yıllık ücretli iznin kullanılmasına ilişkin açıklamalar için bkz. Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, (İstanbul: Beta, 2022), 193 vd.; Nuri Çelik; Nursen Caniklioğlu; Talat Canbolat veERCÜMENT ÖZKARACA, İş Hukuku Dersleri, (İstanbul: Beta, 2021), 844 vd.; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, (İstanbul: Beta, 2021), 866 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu; Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku, (Ankara: Turhan kitabevi, 2014) 1314 vd.; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, (İstanbul: Onikilevha, 2021), 466 vd.; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, (Ankara: Seçkin, 2019), 441 vd.

³ Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 479.

⁴ Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 480.

kullandığı davalı işveren tarafından ibraz edilen yıllık izin belgeleri içeriği ile sabittir. **Davacı fesih öncesinde bakiye 7 günlük yıllık izin hakkının kullanılabilmesi hususunda davalı işverene başvuruda bulunduğu ve bu talebin işverence reddedildiğini ispatlayamamıştır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının işçi tarafından gerçekleştirilen feshin haklı nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır.** Kıdem tazminatı istemi yönünden davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir...” şeklinde ifadelerle yer vermiştir⁵. Bunun dışında Yargıtay 22. Hukuk Dairesi başka bir kararında, benzer biçimde “...İşçinin yıllık iznini talep etmesine rağmen işverence kullanılabilmesi gereken yıl içinde kullanılmaması “çalışma koşullarının uygulanmaması” kapsamında sözleşmenin feshinde işçi açısından haklı sebep oluşturmaktadır. Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 54. maddesine göre, işçi kazandığı yıllık iznini bir sonraki yıl kullanır. Somut olayda davacı işçi 31.12.2012 tarihinde 2012 yılı izninin kullanılmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı sebep iddiasıyla feshetmiş ise de **fesih öncesi işverene başvurduğunu ve işverenin talebi kabul etmediğini ispatlayamadığı** gibi İş Kanunu'nun 54. maddesine göre henüz yıllık izin kullanma süresi dolmadığından davacı işçinin haklı sebebi ispatlayamadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu itibarla davacının kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir...” sonucuna ulaşmıştır⁶.

İfade edelim ki, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, her ne kadar yukarıda yer verdiğimiz E.2013/7567 esas sayılı kararında **uzun süre hiç izin kullanılmamasını veya talep edildiği halde gerekçesiz olarak izin kullanılmamasını** fesih nedeni olarak saymışsa da başka bir kararında “...Somut uyuşmazlıkta, Mahkemece, davalı işveren tarafından davacıya yıllık izin alacağının kullanılmaması işçi bakımından İK 24/II-f maddesi uyarınca haklı fesih nedeni kabul edilmiş ise de, **Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre, yıllık ücretli iznin kullanılmamasının haklı fesih sebebi oluşturabilmesi için talep edildiği halde gerekçesiz olarak uzun süre izin kullanılmaması gereklidir.** Davacı 9 tam yıl için 150 gün izne hak kazanmış olup, davalı işverence davacının 73 gün izin kullandığına ilişkin belge ibraz edilmiştir. **Davacı işçi talep ettiği halde bakiye izinlerinin kullanılmadığını ispat edememiştir.** Bu nedenle Mahkemece davacının feshinin haklı nedene dayandığının kabulü hatalıdır...” ifadelerine yer vermek suretiyle konuya ilişkin görüşünü daha net ortaya koymuştur⁷.

Sonuç olarak, **Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin, talep olmasına rağmen uzun süre izin kullanılmaması durumunda feshin haklı olabileceği kanaatinde olduğunu söylemek yanlış olmaz.**

⁵ Y.22.HD., T.18.03.2014, E.2013/7567, K.2014/6472, karar için bkz. www.legalbank.net

⁶ Y.22.HD., T.18.03.2014, E.2014/24209, K.2015/34653, karar için bkz. www.legalbank.net

⁷ Y.22.HD., T.19.01.2019, E.2016/3806, K.2019/1065, karar için bkz. www.legalbank.net

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi dışında, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin hukuki soruna ilişkin yaklaşımı da açıklanmalıdır. Yargıtay 9. HD kararında “...Yıllık izin kullandırma zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olsa da işçinin yıllık olarak dinlenme hakkının sağlanması işyeri çalışma koşulları arasında yer alır. Başka bir anlatımla işçinin yıllık dinlenme hakkının tanınması, dayanağı Anayasa olan çalışma koşulu olup aksine uygulama **4857 sayılı yasanın 24/II-f. bendine göre işçi açısından haklı fesih nedeni oluşturur. Somut olayda; davacı işçiye 6 yılı aşan süre içinde sadece 14 gün yıllık izin kullandırılmıştır. İşçiye uzun bir süre dinlenme hakkının sağlanmaması işçi açısından yukarıda sözü edilen madde gereği haklı fesih nedeni oluşturur. Mahkemece kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” ifadelerine yer verilmiştir⁸. Yargıtay kararında yer verilen fiili durumun soyut olduğunu ifade etmek gerekir. Gerçekten **çok uzun süre izin** kullandırılmamasından ya da **çok uzun süre az izin** kullandırılmasından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında “...Davacının işyerindeki 27/08/2007-20/09/2013 tarihleri arasındaki çalışma süresi dikkate alındığında 4857 Sayılı Kanun'un 53. madde hükmüne göre **toplam 90 gün yıllık izni hakkı olduğu, bu izinlerinden 43 gününü 2008, 2009, 2010, 2011 yıllarında kullandığı, fesih tarihi itibarıyla bakiye 47 gün yıllık izin hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu hali ile işverenin yönetim hakkını kötüye kullandığı söylenemeyeceğinden yıllık izin kullandırılmaması da davacıya iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı vermez. Somut uyuşmazlıkta, mahkemece yıllık izin kullandırılmaması davacıya haklı fesih hakkı verdiği gerekçesiyle kıdem tazminatı talebi kabul edilmişse de hatalı değerlendirme yapılmıştır...” sonucuna ulaşmıştır⁹. Görüldüğü üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işçinin yarından daha fazla izin hakkı olmasına rağmen feshi haklı kabul etmemiştir. Oysa başka kararında “...Davacı işçi iş sözleşmesini ücretlerinin eksik ödendiği ve yıllık izinlerin her yıl 5 gün olmak üzere eksik kullandırıldığı gerekçesiyle haklı neden iddiasıyla feshetmiştir. Yapılan yargılama sonunda davacı ücretinin sözleşme hükümlerine uygun olarak ödendiği tespit olunmuş ve mahkemece ücret isteğinin reddine karar verilmiş, ücret farkının bulunmadığı gerekçesiyle kıdem tazminatı talebi de reddedilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56/3.maddesinde ve aynı Kanun'un 53. maddesinde izin sürelerinin tarafların anlaşması ile 10 günden aşağı olmamak üzere bölümler halinde kullandırılacağı öngörülmüştür. İşçinin Anayasal temeli olan yıllık dinlenme hakkı bu şekilde güvence altına alınmıştır. Somut uyuşmazlıkta, **davacının yılda 5 gün izin kullandığı kalan izin sürelerinin kullandırılmadığı dosya içeriği ile sabit olup işveren tarafından sınırları kanunla çizilmiş ... koşullarına uyulmamıştır. Böyle olunca davacının iş sözleşmesini feshi 4857 sayılı İş Ka-******

⁸ Y.9.HD., T.08.04.2019, E.2017/10772, K.2019/8028, karar için bkz. www.legalbank.net

⁹ Y.9.HD., T.12.02.2019, E.2015/30289, K.2019/3349, karar için bkz. www.legalbank.net

nunu'nun 25/II/f bedine göre haklı nedene dayandığından kıdem tazminatı isteğinin bu gerekçeyle kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." ifadelerine yer vererek, yılda 5 gün izin kullandırılması nedeniyle yapılan feshi haklı kabul etmiştir¹⁰.

Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme kararlarında, yıllık ücretli izin hakkının sağlanmasının çalışma şartları arasında olduğunu belirtmişse de söz konusu çalışma şartının uygulanmadığı gerekçesiyle sözleşmenin feshedildiği her durumda, feshin haklı olduğu sonucuna varılmamıştır. Kararlardan anlaşılacağı üzere, talep edildiği halde işçilere çok uzun süre hiç izin kullandırılmaması ya da az izin kullandırılması (22. HD) veya talep olmasa da çok uzun süre eksik izin kullandırılması (9.HD) haklı fesih nedeni sayılmaktadır.

İşverenin yıllık izni hiç kullandırmaması ya da eksik kullandırması çalışma şartlarının ihlali olup Kanuna aykırıdır. Bu noktada yıllık iznin amacı ve Anayasal bir hak olduğu esas alındığında, kullandırılmayan izin sayısının az ya da çok olması feshin hukuki niteliğine etki etmemelidir. Bunun dışında işçinin talebinin yıllık iznin kullanılmasında gerekli ve bağlayıcı olmadığı da dikkate alındığında haklı nedenle fesih hakkının doğumunun taleple ilişkilendirilmesi de kanaatimizce isabetli değildir.

Yukarıda işverenin izin hakkını kullandırılmaması değerlendirilmiştir. Bunun dışında işverenin yıllık izin kullandırmak istemesi ancak işçi tarafından bu hakkın kullanılmasında ısrar edilmesinin işverenin fesih hakkına etkisi üzerinde de durulmalıdır. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, yıllık iznin hakkının fiilen kullanılması çalışma şartlarındandır. Yine yukarıda açıklandığı üzere, bu hakkın ne zaman kullanılacağına belirlenmesi işverenin yönetim hakkı çerçevesinde şekillenir. İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği emir ve talimatın işçi tarafından ihlal edilmesi ise iş görme borcunun ya da itaat borcunun ihlalini oluşturur. Bu bakımdan işverence iş sözleşmesinin somut olaya göre geçerli nedenle ya da haklı nedenle derhal feshi mümkün olmalıdır.

2. Hak Kazanılan İzinlerin Gelecek Hizmet Yılı İçinde Kullandırılmamasının İzin Ücretine Etkisi

İşçinin en az 1 yıl çalıştıktan sonra hak kazandığı yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanması esastır (İŞK m.54/4). Yukarıda da açıklandığı üzere anılan düzenlemenin sonucu olarak işçinin 1 yılını tamamladıktan sonra izinlerinin her yıl kullandırılması ve izinlerin biriktirilmemesi gerekli olup izinlerin birleştirilerek sonradan toplu şekilde kullandırılması Kanuna aykırıdır¹¹. Bununla birlikte uygulamada işçilerin birikmiş izinleri takip eden yıllarda toplu şekilde kullandırılmaktadır. Bu gibi durumlarda izin ücretinin ne şekilde öde-

¹⁰ Y.9.HD., T.01.04.2019, E.2019/2658, K.2019/7313, karar için bkz. www.legalbank.net

¹¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 852; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, 1335; Süzek, İş Hukuku, 871; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 447, 448; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 479, 480.

neceği önemli sorunlardadır. Misal olarak işyerinde 6 yılını tamamlamış ve hiç yıllık ücretli izin kullanmamış bir işçiye bu izinlerin tamamının işverence kullanılacak istenmesi halinde hak kazanılan 95 güne karşılık olan ücretin ne şekilde hesaplanacağı ve ödeneceğinin belirlenmesi önemlidir.

Anılan hukuki soruna ilişkin mevzuatta doğrudan bir anlayış getirilmemiş olmakla birlikte, kanun koyucu genel biçimde yıllık izin ücretinin işveren tarafından ne şekilde hesaplanacağını ve ne zaman ödeneceğini düzenlemiştir (İşK m.57). Ücretin ne şekilde hesaplanacağı çalışma konumuzun sınırlarını aşmakla birlikte kısaca belirtelim ki, biriktirilerek kullanılan yıllık izinlere ilişkin ücretlerin hesaplanmasında da İşK m.57 dikkate alınmalıdır. Ancak hesaplamada işçinin izne hak kazandığı tarihteki ücreti değil, izne ayrıldığı zamanki ücreti göz önünde bulundurulmalıdır¹².

İfade ettiğimiz üzere, sadece ücretin hesaplanmasına yönelik değil, ücretin ödenmesine ilişkin olarak da söz konusu düzenleme dikkate alınmalıdır. Buna göre, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye yıllık izin dönemine ilişkin ücretinin ilgili işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödenmesi veya avans olarak verilmesi zorunludur (İşK m.57/1). Söz konusu anlayışın yukarıda ortaya koyduğumuz hukuki sorun açısından mutlak şekilde uygulanması ise gerçekçi bir yaklaşım değildir. Gerçekten, izinlerin biriktirilerek kullanıldığı bir olasılıkta İşK m.57 hükmü doğrultusunda ücret ödemesinin toplu şekilde gerçekleştirilmesi isabetli olmaz. Zira her şeyden önce kanun koyucu, yıllık ücretli izin hakkının takip eden yılda kullanılacağı düşüncesiyle belirtilen şekilde ödeme zamanına ilişkin düzenleme yapmıştır. Bunun yanında, hak kazanılan ve kullanılmadığından biriktirilen izinlere karşılık gelen ücretlerin toplu kullanılmasında, bunların karşılığı olan ücretlerin bir defada toplu biçimde ödenmesi gerektiğini savunmak, işçileri, izinlerini toplu kullanmaya da teşvik eder.

Yukarıda açıklanan gerekçeler doğrultusunda iznin toplu olarak kullanıldığı ihtimallerde, hak kazanılan izin ücretinin İşK m.53'teki süreler dikkate alınarak ödenmesi isabetli olur. Buna göre örneğin 6 yıl çalışmış ve hiç izin kullanılmamış bir işçiye hak kazandığı toplam 95 gün karşılığı izinlerin ücretlerinin toplu ödenmesi yerine, ödeme her 14 günün başında olmak üzere 14 günlük süreler için ve son kısım için de 20 günü kapsayacak şekilde yapılmalıdır düşüncesindeyiz.

İfade edelim ki, anılan esaslar doğrultusunda yıllık izne ilişkin ücretin sadece ödenmesi değil, peşin olarak ödenmesi önemlidir¹³. Buna mukabil

¹² Yıllık izin ücretinin hesaplanmasına ve ödenmesine ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 857, 858; Tunçomağ ve Centel, İş Hukukunun Esasları, 198, 199; Süzek, İş Hukuku, 879; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 451; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 484.

¹³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 858; Tunçomağ ve Centel, İş Hukukunun Esasları, 198, 199; Süzek, İş Hukuku, 879; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 484.

doğrudan konumuza ilişkin olmasa da, farklı bir deyişle biriktirilerek kullanılan izinlere yönelik olmasa da Yargıtay bir kararında “...Somut olayda, davacı yıllık ücretli izin talebinde bulunurken aynı zamanda bu döneme ilişkin ücretinin ödenmesini de talep ettiğini, ancak davalı işveren tarafından bu konudaki talebinin kabul edilmediğini, bu durumun ise Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 21. maddesine aykırı olduğunu belirterek, hizmet sözleşmesini keşide etmiş olduğu 12.10.2015 tarihli ihtarname ile haklı olarak feshettiğini ileri sürmüştür. Davalı ise davacının fesih gerekçesinde belirttiği hususların gerçeği yansıtmadığını, yıllık ücretli izin talebinde bulunurken ayrıca ücret istemediği gibi izin döneminde ödenen aylık maaş ücretlerini de ihtirazi kayıtsız aldığını, davacının kötü niyetle hareket ettiğini savunmuştur. Mahkemece yapılan değerlendirmede davacının iş akdini feshetmesinin haklı nedene dayalı olduğu kabul edilerek kıdem tazminatı alacağı hüküm altına alınmış ise de varılan sonuç dosya kapsamı ile örtüşmemektedir. Dosyada yer alan izin talep formundan davacının “34 günlük yıllık izni bulunduğunu, 31.08.2015 tarihinden itibaren yıllık izne çıkabilmesi için müsaade istediğini” **belirttiği, ancak bu döneme ilişkin ücret alacağının peşin olarak ödenmesi hususunda başkaca herhangi bir talebinin bulunmadığı görülmektedir. Her ne kadar dava dilekçesi ekinde izin ücretinin peşin olarak ödenmesi talebinin yer aldığı belge sunulmuş ise de, söz konusu belgenin incelenmesinde davalı şirketi ilzam edebilecek şekilde herhangi bir şirket kaşesi ve/veya imza bulunmadığı anlaşılmaktadır.** Davacı iddiasını ispat için başkaca delil de sunamamıştır. O halde davacı kıdem tazminatı talebine dayanak yaptığı iddiasını, dosya kapsamına göre yöntemince ispat edemediğinden, talebin reddine karar verilmesi gerekmekte iken eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmektedir...” sonucuna ulaşmıştır¹⁴.

B. HAK KAZANILAN İZİNLERİN BÖLÜNEREK KULLANDIRILMASI

1. Hak Kazanılan İzinlerin Bölünerek Kullanılmasına İlişkin Kabul Edilen Kural

İşK m.56 hükmünde 14.04.2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanunun¹⁵ 16. maddesi ile değişiklik yapılmadan önce hükmün 3. fıkrasında “...53 üncü maddede öngörülen izin süreleri, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebilir.” şeklinde düzenleme yer almaktaydı. Anılan tarihte yapılan değişiklikle birlikte konuya ilişkin olarak “...53 üncü maddede öngörülen izin süreleri, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere bölümler hâlinde kullanılabilir.” düzenlemesine yer verilmiştir¹⁶.

¹⁴ Y.22.HD., T.03.12.2019, E.2016/24594, K.2019/22240, karar için bkz. www.legalbank.net

¹⁵ RG. 26.04.2016, S. 29695.

¹⁶ İzin bölümler halinde kullanılmasına ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 855-856; Tunçomağ ve Centel, İş Hukukunun Esasları, 198; Süzek, İş Hukuku, 876; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 481, 482.

Yürürlükteki maddeden de açıkça anlaşılacağı üzere, izin gün sayılarının en fazla 3'e bölünebileceği şeklindeki zorunluluk ortadan kaldırılmış ve bölünmenin toplam sayısına ilişkin doğrudan bir üst sınır getirilmemiştir. Ancak hak kazanılan izinlerin en az bir bölümünün 10 günden aşağı olmaması gerektiği şeklindeki kural muhafaza edilmiştir. Dolayısıyla taraflar bir bölümü 10 günden az olmamak koşuluyla kalan izin süresini istedikleri şekilde bölebilirler¹⁷.

Sonuç olarak izin gün sayısının bölünmesine yönelik doğrudan bir üst sınırın getirildiğinden bahsetmek mümkün değilse de izinlerin bölündüğü bir olasılıkta bölünen kısmın en az bir bölümünün 10 günden az olmayacağı şeklindeki kural muhafaza edilmek suretiyle, hak kazanılan izin gün sayısının en fazla bölünebileceği durumun somut olaya göre belirlenmesi mümkün kılınmıştır. Misal olarak işçinin 14 gün izne hak kazandığı bir olasılıkta işçi, izninin bir bölümünü 10 günden az olmayacak şekilde kullandıktan sonra kalan 4 gün bölümler halinde kullanılabilir. Verilen örnek bakımından işçinin hak kazandığı izin gün sayısının en fazla 5'e bölünebileceği sonucu ortaya çıkar.

2. Hak Kazanılan İzinlerin Biriktirilerek Kullanılması Halinde Bölünmeye İlişkin Kuralın Uygulanması

İzinlerin takip eden yılda kullanılması halinde bölünmeye ilişkin kural yukarıda açıkladığımız şekilde uygulanacak olmakla birlikte, hak kazanılan izinlerin takip eden yılda ya da yıllarda hiç kullanılmaması veya eksik kullanılması ihtimallerinde bölünmeye yönelik kuralın ne şekilde uygulanması gerektiği açıklanmaya muhtaçtır. Misal olarak 2 tam yıl çalışmış ve hiç izin kullanmamış olan işçinin 3. yılında kullanması gereken izin hakkı 14 gün değil, 28 gündür. Örnekteki 28 günlük dinlenme hakkının ne şekilde bölünebileceği önemlidir. Kanun koyucu, hak kazanılan yıllık izinlerin hak kazanıldığı yılı takip eden yıl içinde kullanılması kuralını dikkate alarak bölünmeye ilişkin esas düzenlediği unutulmamalıdır. Dolayısıyla 28 günün sadece 10 gününün bütün olarak kullanılması ve kalan sürenin taraflarca sınır olmaksızın bölünmesi Kanuna uygun olmaz. Kanaatimizce bu durumda da her yıl karşılığında hak kazanılan izin gün sayıları ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Buna göre örneğimizde 10 günlük iki kısmın bölünmeden kullanılması gereklidir. Farklı bir deyişle, 20 günlük bölümün bir seferde kesintisiz kullanılması gerekli olmayıp, 10gün+10gün şeklindeki izinlerin bütün kullanılması isabetli olur. Kalan 4 gün ise taraflarca bölünebilir.

¹⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 855; Tunçomağ ve Centel, İş Hukukunun Esasları, 198; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 481.

3. Kullandırılan İzinlerin Bir Bölümünün 10 Günden Az Olmamasının İzin Gün Sayısına Etkisi

Yukarıda açıkladığımız kural doğrultusunda kullandırılan izinlerin en az bir bölümü 10 günden az olmadığı sürece, 10 günden az olacak biçimde fiilen izin kullandırılması Kanuna aykırı değildir. Dolayısıyla kullanılan bütün izinlerin hak kazanılan yıllık izin gün sayısından düşülmesi gerektiği konusunda şüphe duyulmamalıdır.

Yargıtay da isabetli şekilde bir kararında “...Somut olayda davalı tarafından imzalı izin formları sunularak davacının bütün izinlerini kullandığı iddia edilmiştir. Bilirkişiye yapılan hesaplamada 52 günlük yıllık izin süresi mahsup edilmiş ancak **09.11.2010-13.11.2010 arasındaki 4 gün ve 11.05.2012-17.05.2012 tarihleri arasındaki 7 gün 10 günden az olduğu gerekçesi ile hesaplamada dikkate alınmamıştır. Dosya içeriğindeki izin formlarına göre davacı işçi, 2010 yılında 11.05.2010-21.05.2010 tarihleri arasında 10 gün yıllık ücretli iznini kullandıktan sonra 09.11.2010-13.11.2010 tarihleri arasında 4 gün daha yıllık iznini kullanmış olup işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun değişik 56/3. maddesine uygun olarak davacıya izinlerini kullandırmış olup davacının izne başlangıç ve ayrılış tarihleri belirli, imzalı izin formları ile kullanıldığı anlaşılan 09.11.2010-13.11.2010 arasındaki 4 günlük izin süresinde mahsubu gerekirken yanlış değerlendirme ile hüküm kurulması hatalı olmuştur...**” sonucuna ulaşmıştır¹⁸. Karara konu olan olayda işçinin 4 günlük ve 7 günlük izinlerinin ilk derece mahkemesinde dikkate alınmadığı ancak Yüksek Mahkeme tarafından 4 günlük iznin mahsubu gerektiği sonucuna varılmıştır. Söz konusu kanaat benimsenirken işçinin aynı yıl (2010 yılı) içinde kullandığı 10 günlük izin olduğu belirtilmiştir. İlk derece mahkemesince dikkate alınmayan 7 günlük izne ilişkin olarak Yargıtayın kararında açık bir değerlendirme görülmemiştir. Söz konusu 7 günlük iznin 2012 yılında kullandırıldığı anlaşılmaktadır. İlgili dönemde 10 gün ve daha fazla izin kullandırılmamışsa artık 7 günlük izin yıllık ücretli izin olarak değerlendirilmemelidir kanaatindeyiz. Konuya ilişkin aşağıda “**kullandırılan izinlerin tamamının 10 günden az olmasının izin gün sayısına etkisi**” başlığı altında açıklama yapılmıştır.

Yüksek Mahkeme benzer biçimde başka bir kararında da “...Dosya içeriğine göre, davacının kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücret hesaplanırken 01-08/10/2007 tarihlerinde kullandığı yedi günlük yıllık izin, İş Kanunu 56. maddesi gereğince 10 günün altında kaldığı gerekçesi ile dikkate alınmamıştır. **İş Kanunu 56/3. maddesindeki, yıllık izin sürelerinin tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere en çok üç bölünebileceği yönündeki düzenleme, davacının bir defada kullandığı on günün**

¹⁸ Y.22.HD., T.28.05.2018, E.2017/13483, K.2018/13215, karar için bkz. www.legalbank.net

altındaki yıllık izin sürelerinin hesaplama sırasında dikkate alınmasına engel değildir. Bu husus gözetilerek bakiye yıllık izin ücreti alacağına yeni-den hesaplanması için hükmün bozulması gerekmiştir...” ifadelerine yer vermiştir¹⁹. Görüldüğü üzere Yargıtay bu kararında da işçiye verilen 7 günlük iznin dikkate alınması gerektiğini, zira hükmün mutlak biçimde 10 günden az olan sürelerin dikkate alınmayacağına ilişkin olmadığını belirtmiştir. Karardan açıkça anlaşılacakla birlikte, işçiye 10 günden aşağı olmamak üzere izin kullanılmışsa artık söz konusu 7 günlük iznin kullanılmış sayılması gereklidir.

Önemle vurgulamak gerekir ki, yukarıdaki sonuçlara ulaşılabilmesi için takvim yılı içinde değil, işçinin işe başladığı ve bir yılını doldurduğu hizmet yılını takip eden bir yıl içinde bir bölümü 10 günden az olmamak üzere izin kullanılmalıdır. Misal olarak işçinin nisan ayında işe başladığı ve takip eden yılın nisan ayında 1 yılını tamamladığı bir olasılıkta devam eden yıllarda da nisan ayına kadar olan dönemde 10 günden az izin kullanılmamış olması önem arz eder.

4. Kullanılan İzinlerin Tamamının 10 Günden Az Olmasının İzin Gün Sayısına Etkisi

Yukarıda bölünmeye ilişkin açıkladığımız kurala rağmen uygulamada işçilerin izinlerinin bölünmesinde 10 günlük sınırın dikkate alınmadığı ve işçilere izinlerinin tamamının 10 günden az olacak biçimde kullanıldığı durumlarla karşılaşmaktadır. Söz konusu ihtimallerde izinlerin kullanılmış sayılıp sayılmayacağı şeklinde ortaya çıkan hukuki sorun ele alınmalıdır. Kanun koyucu emredici nitelikteki bir düzenlemeyle izinlerin bölünmesine ilişkin 10 günlük sınır koymuştur. Tarafların söz konusu sınırın aksini 10 günden az olacak şekilde iş sözleşmesiyle kararlaştırması Kanuna aykırı olduğundan geçersiz olur ve uygulanmaz²⁰. Aynı şekilde herhangi bir anlaşma olmaksızın tarafların yapmış olduğu böyle bir uygulamaya da geçerlilik tanınmaz.

C. HAK KAZANILAN İZİNLERİN BİLDİRİM SÜRELERİ İÇİNDE KULLANDIRILMASI

Bildirim süresi içinde yıllık izinlerin kullanılmasına ilişkin kurala İşK m.59/son'da yer verilmiştir. Anılan hüküm, “İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde 17 nci maddede belirtilen bildirim süresiyle, 27 nci madde gereğince işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez.” şeklindedir.

¹⁹ Y. 22.HD., T.21.02.2018, E.2017/10003, K.2018/4249, karar için bkz. www.legalbank.net

²⁰ İzin Kanunda belirtilen sürelerle aykırı bölünmesi halinde yıllık iznin kullanılmamış sayılmasının doğru olmadığı belirtilmiştir, bkz. Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 482.

Görüldüğü üzere düzenlemede, sözleşmenin işveren tarafından süreli feshi halinde, bildirim süreleri ile yıllık ücretli izin sürelerinin iç içe geçemeyeceği kuralına açıkça yer verilmiştir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin işçi tarafından feshinde anılan kural uygulama alanı bulmaz²¹. Bu bakımdan kısaca ifade etmek gerekirse, iş sözleşmesinin işverence süreli feshinde İşK m.17 gereğince işlemeye başlayacak bildirim süreleri (2-4-6-8 haftalık süreler) içinde işçi yıllık ücretli izin kullanamaz. Belirtelim ki, İşK m.17'deki bildirim sürelerinin taraflarca usulüne uygun biçimde artırılması halinde, İşK m.59/son'un uygulanmasında kanuni bildirim sürelerinin değil, taraflarca artırılmış bildirim sürelerinin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

İşverence yapılan fesihlerde her ne kadar bildirim süresi ile yıllık izin sürelerinin iç içe geçemeyeceği kuralına yer verilmişse de kuralın ihlalinin yaptırımının ne olduğu açık değildir. Farklı bir ifadeyle işverence gerçekleştirilen bir süreli fesihle işlemeye başlayan bildirim süresi içinde işçiye yıllık ücretli izin verildiğinde ortaya çıkan durumun etkisi ele alınmalıdır. Bu noktada farklı olasılıkların gündeme gelmesi mümkündür. Bir olasılık olarak, ihbar sürelerinin kullandırılmamış sayılacağı ve işçinin ihbar tazminatına hak kazanacağı düşüncesi oluşabilir. Ancak kanaatimizce bildirim süresi içinde yıllık izin kullandırılması, feshi usulsüz hale getirmemelidir. Zira fesihin usulsüz olarak nitelendirilmesi için İşK m.17'deki sürelerin eksik verilmesi ya da hiç verilmemesi gereklidir. Oysa ele aldığımız olasılıkta sürelerin eksik verilmesi ya da hiç verilmemesi değil, süre içinde yıllık izin kullandırılması söz konusudur.

Konuya ilişkin başka bir olasılık olarak, yıllık ücretli izinlerin kullandırılmamış sayılması gerektiği şeklinde düşünce oluşabilir. Kanaatimizce, açıkladığımız kurala İşK m.17'de değil, yıllık ücretli izne ilişkin esasların yer aldığı İşK m.59'da yer verilmesi de yaptırımın süreli feshine değil, yıllık izne ilişkin olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan fesihin usulsüz sayılması yerine, yıllık ücretli izinlerin kullandırılmamış olarak değerlendirilmesi daha isabetlidir.

İfade edelim ki, ulaştığımız söz konusu sonuca da mutlak bir üstünlük tanınmamalıdır. Farklı bir deyişle, bildirim süresi içinde yıllık izin kullandırıldığı *her durumda* iznin kullandırılmamış sayılması gerektiği şeklinde bir neticeye varılmamalıdır. Somut olayın özelliğine göre bildirim süresi içinde işçinin işverence izne çıkartılması, işveren feshi olarak değerlendirilebilir. Anlatılanlar doğrultusunda daha net bir şekilde ulaşılan sonucu belirtmek gerekirse, işçinin bildirim süresi içinde işverenle anlaşma yaparak yıllık ücretli izne ayrılması halinde, izin kullandırılmadığının kabulü gerekir. Zira

²¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 860; Tunçomağ ve Centel, İş Hukukunun Esasları, 197; Süzek, İş Hukuku, 877, 878; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 452.

İşK m.59/son'daki hüküm, emredici nitelik taşıdığından anılan esasa aykırı anlaşmalar geçersiz nitelendirilmelidir. Buna karşılık anlaşma olmaksızın işçinin işverence bildirim süresi içinde tek taraflı olarak izne çıkartıldığı bir ihtimalde ise -artık anlaşma olmadığından anlaşmanın geçersizliğinden bahsedilemeyeceğinden- iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılması daha isabetli olur.

D. İŞ İLİŞKİSİ DEVAM EDERKEN İZİN PARASININ ÖDENMESİNİN İZİN HAKKININ KULLANILMASINA ETKİSİ

1. Aynı İşverene Ait Aynı ya da Farklı İşyerlerinde Aralıksız Çalışan İşçinin İzin Parasının İş İlişkisi Devam Ederken Ödenmesi

Uygulamada zaman zaman işçinin izni fiilen kullandırılmamakta, bunun yerine sadece izin ücreti adı altında ödeme yapılmaktadır. Bu durumda hukuki sorun, iş sözleşmesi sona erdiğinde işçinin, yıllık ücretli izinlerin fiilen kullandırılmadığı ve kullandırılmayan izinlerin ücret alacağına dönüştüğü iddiasıyla bunların ücretlerinin ödenmesini talep ettiğinde doğmaktadır. Hukuki sorunun açıklığa kavuşturulmasında öncelikli olarak anılan uygulama nedeniyle izin hakkının sona erip ermediği belirlenmelidir.

Yıllık ücretli izin kurumuyla izin süresince işçinin fiziksel ve ruhsal açıdan dinlenmesinin, ailesiyle vakit geçirmesinin, sosyalleşmesinin vb. hususların amaçlandığı unutulmamalıdır. Nitekim işçinin tam olarak dinlenmesi amaç edinildiği için yıllık ücretli izin sürelerinin bölünemeyeceği, izin hakkından vazgeçilemeyeceği, işçinin izinli olduğu dönemde başka bir işte çalışmasının mümkün olmadığı vb. hususlar kabul edilmiştir²². Açıklananlar doğrultusunda yıllık ücretli izin hakkının iş ilişkisi devam ederken fiilen dinlenilerek/dinlendirilerek kullanılmasının/kullandırılmasının esas olduğu kabul edilmelidir²³. Yıllık ücretli izinlerin ücret alacağına dönüşmesi sadece iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde -fiilen kullandırılmayan izinler bakımından- imkân dahilindedir (İşK m.59). Dolayısıyla, iş ilişkisi devam ederken işçinin yıllık ücretli izin hakkından feragati ve bunun karşılığında sadece ücretinin ödenmesi suretiyle yapılacak bir uygulama Anayasaya ve Kanuna aykırıdır. Sonuç olarak işçilerin izinlerinin fiilen kullandırılması yerine iş ilişkisi devam ederken izin ücretlerinin ödenmesi, izin hakkının kullandırıldığı ve sona erdiği anlamına gelmez.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi bir kararında “...**Davacının, hak ettiği bu yıllık iznini mutlaka izin olarak kullanma zorunluluğu bulunmayıp işverenle anlaşması halinde ve kendisinin istemesi halinde izin hakkının karşılıklı ücret almak suretiyle de o yılın yıllık izin hakkını kullanmış sayılır.**

²² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 858; Tunçomağ ve Centel, İş Hukukunun Esasları, 199; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 482.

²³ Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 485.

Somut olayda davacı hak ettiği 1 yıllık iznin karşılığının ödendiğini belirttiğinden davacının yıllık izin ücreti alacağı bulunmamaktadır. Bu sebeple davacının yıllık izin ücreti alacağı talebinin reddi yerine yanılığlı değerlendirmeye kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir... şeklinde ifadelerle yer vermiştir²⁴. Görüldüğü üzere Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, yıllık ücretli iznin mutlaka fiilen kullanılmak zorunda olmadığına, tarafların anlaşması halinde iznin karşılığının ücret olarak verilmesinin mümkün bulunduğuna hükmetmiştir.

Yüksek Mahkemenin söz konu yaklaşımını yukarıda anlattığımız gerekçeler doğrultusunda isabetli bulmak mümkün değildir. Zira tekrar vurgulayalım ki, söz konusu yaklaşımın kabulü halinde işçinin ücretinin ödenmesi suretiyle dinlenme hakkından vazgeçebileceği sonucuna varılır ki, bu durum her şeyden önce İşK m.53/2 ve Anayasa ile teminat altına alınan dinlenme hakkıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla iş ilişkisi devam ederken ücretleri ödenmiş olsa bile, fiilen kullanılmamış olan izinlerin İşK m.59 gereğince yine ücret alacağına dönüştüğü kabul edilmelidir.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bir kararında “...şunu da eklemek gerekir ki, **çalışma sürerken yıllık izin kullanılmaksızın ücretinin ödenmesi, iş aktinin sona ermesinden sonra aynı dönem için yıllık izin ücretinin talep edilmesine engel değildir. Zira, çalışma sürerken yıllık iznin kullanılabilmesi yerine ücretinin ödenmesi yıllık izin hakkını ortadan kaldırmaz. Çalışma devam ederken yıllık ücretli izin paraya tahvil edilemez...**” sonucuna ulaşmıştır²⁵.

Yukarıda açıklananlar doğrultusunda, iş ilişkisi devam ederken ödenen izin paraları nedeniyle izin hakkının sona ermediği sonuç ve kanaatine varılmışsa da; söz konusu ödenen ücretlerin iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte muaccel hâle gelen izin ücret alacağından mahsup edilip edilemeyeceği ayrıca önem arz eder. Konuya ilişkin olarak Yargıtay bir kararında “...Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının kullandığı 60 günlük izin süresi yanında izin ödemesi adı altında tahakkuk ettirilen izin ücretleri de ayrıca mahsup edilerek bir hesaplama yapılmış ise de, 18.07.2006 ve 07.12.2007 tarihlerinde izin ödemesi adı altında yapılan tahakkukların davacının 18.07.2001 - 17.08.2006 ve 07.12.2007 - 06.01.2008 tarihleri arasında kullandığı izinli günlerin çalışılmadan ödenmesi gereken ücretleri karşılığı olduğu anlaşıldığından, **yıllık izinde çalışılmadan ödenmesi gereken ücret karşılıklarının yıllık izin alacağından mahsup edilemeyeceği gözden kaçırılarak karar verilmesi hatalıdır...**” sonucuna ulaşmıştır²⁶. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi aynı yöndeki başka bir kararında “...Dosyada davacıya **yıllık**

²⁴ Y.7.HD., T.10.02.2014, E.2013/20246, K.2014/3500, karar için bkz. www.legalbank.net

²⁵ Y.9.HD., T.21.11.2016, E. 2015/8588, K.2016/20520, karar için bkz. www.legalbank.net

²⁶ Y.9.HD., T.11.04.2016, E.2014/28705, K.2016/8857, karar için bkz. www.legalbank.net

izin ücreti altında yapılan ödemeler olduğu ve bunların davacının izin alacağından faizi ile mahsup edildiği görülmektedir. Yıllık dinlenme hakkı Anayasal bir hak olup çalışma süresi boyunca paraya tahvil edilmesi, başka bir deyişle izin haklarının satılması Anayasa ve Yasalara aykırı olup fiilen kullanılmayan yıllık izin karşılığı verilen paranın mahsup edilmesi isabetsizdir..." ifadelerine yer vermiştir²⁷.

Konuya ilişkin Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin yaklaşımının ise farklı olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında *"...2013 yılı Ocak ayı ücret bordrosunda yazılı miktarın yıllık ücretli izin alacağı karşılığı ödendiğinin tespiti halinde, Mahkemeye; iş akdinin devamı sırasında hak edilen yıllık ücretli izinlerin karşılığının bu izinler kullanılmadan ücret olarak ödenmesinin mümkün bulunmadığı ve izin hakkının akdin feshi ile birlikte ücret alınacağına dönüştüğü dikkate alınarak; ödeme tarihine göre, ödenen tutarın karşılığı yıllık izin süresinin belirlenerek bu sürenin kullanılmayan yıllık izin süresinden düşülmesi şeklinde bir yöntemin benimsenemeyeceği; bordroda yazılı tutarın ancak ve ancak 30.05.2014 olan fesih tarihindeki son ücrete göre hesaplanan alacak miktarından mahsup edilmesi gerekeceği gözden kaçırılmamalıdır..."* sonucuna ulaşmıştır²⁸. Görüldüğü üzere, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de, 9. Hukuk Dairesi gibi izinlerin kullanılmamış sayılacağı görüş ve kanaatindeyse de, 9. Hukuk Dairesinden farklı biçimde ödenen miktarın mahsubu gerektiğine hükmetmiştir.

2. Aynı İşverene Ait Aynı ya da Farklı İşyerlerinde Aralıklı Çalışan İşçinin İzin Parasının İş İlişkisi Devam Ederken Ödenmesi

Aynı işverene ait işyerinde aralıklı çalışma halinde de esasen yukarıda açıklanan temel ilkeler geçerlidir. Ancak bu başlık altında özellikle ele almak istediğimiz husus, önceki çalışma nedeniyle hak kazanılan ve fiilen kullanılmayan izin haklarına ilişkin ücretin yeni çalışma döneminde ödenmesinin mümkün olup olmadığı ile ilgilidir.

Söz konusu hukuki soruna ilişkin ulaşılabilecek sonucun, aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışmada yıllık izne esas çalışma sürelerinin ne şekilde belirleneceği ile yakından ilgili olduğu düşünülebilir. Daha net bir deyişle konunun, aralıklı çalışmada yıllık ücretli izne esas çalışma süresi tespit edilirken işçinin önceki çalışma süresinin yeni çalışma süresine eklenip eklenmeyeceği ile ilgili olduğu akla gelebilir.

Öncelikle ifade edelim ki aralıklı çalışmalarda çalışma süresinin ne şekilde belirlenmesi gerektiğiyle, önceki iş ilişkisinde hak kazanılan ancak kullanılmayan izinlerin yeni iş ilişkisinde ücretlerinin ödenip ödenemeyeceği ayrı hukuki sorunlardır. Sorunun çözümünde eski iş ilişkisinde hak kazanılan

²⁷ Y.9.HD., T.14.12.2015, E.2014/24523, K.2015/35237, karar için bkz. www.legalbank.net

²⁸ Y.22.HD., T.27.09.2018, E.2017/14282, K.2018/20381, karar için bkz. www.legalbank.net

ve kullandırılmayan izinlerin yeni iş ilişkisinde *fiilen kullandırılmasının* mümkün olup olmadığı ilk olarak belirlenmelidir. İşK m.54/1'de "*Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır.*" düzenlemesine yer verilmiştir. İşçinin çalışmasının aynı işverene ait farklı işyerlerinde kesintisiz bir şekilde geçmesi halinde, hizmet sürelerinin birleştirilmesi gerektiği konusunda şüphe duyulmamalıdır. Ancak düzenleme, aralıklı çalışmaların birleştirilip birleştirilmeyeceğine ilişkin açıklık ihtiva etmemektedir. Bununla birlikte hükümde aralıklı çalışmaların birleştirilemeyeceği yönünde bir anlayışa açıkça yer verilmediği için aralıklı çalışmaların bütün olarak dikkate alınması isabetli olur²⁹. Öyle ki, önceki iş ilişkisinde/iş ilişkilerinde yıllık ücretli izinlerin kullandırılmış olup olmaması da ulaşılan sonuç açısından önemli değildir. Görüldüğü üzere, aralıklı çalışmalarda işçinin çalışma süresinin birleştirilmesi bakımından İşK m.54 dikkate alınmalı ve önceki izinlerin kullandırılıp kullandırılmadığından bağımsız şekilde sonuca varılmalıdır.

Yine hükümden anlaşılacağı üzere, madde, önceki çalışmada hak kazanılan ancak kullandırılmayan izinlerin yeni iş ilişkisinde fiilen kullandırılıp kullandırılmayacağına ilişkin konuyu düzenlememektedir. Oysa, İşK m.59'da iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretlerin ödenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, düzenleme herhangi bir ayırım getirmeksizin iş ilişkisinin sona erdiği durumlarda izin alacağına ücret alacağına dönüştüğünü ihtiva etmektedir. Söz konusu anlayış aralıklı çalışmalarda da esas alınmalıdır. Zira önceki ve yeni iş ilişkilerinin tarafları aynı olsa da aralıklı çalışmalar bakımından önceki çalışma dönemi farklı bir iş ilişkisi niteliğinde olup sözleşmenin sona ermesiyle birlikte artık izinlerin ücret alacağına dönüştüğü kabul edilmelidir.

Sonuç olarak kısaca belirtmek gerekirse, aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde geçen aralıklı çalışmalarda işçinin kıdemi bir bütün olarak değerlendirilir (İşK m.54/1) ve hak kazandığı ücretli izin gün sayısı toplam kıdemine göre belirlenir. Bunun yanında işçinin eskiden kullanmamış olduğu izinlerin bulunması halinde, artık söz konusu izinlerin önceki çalışma döneminin sona ermesiyle ücret alacağına dönüştüğü (İşK m.59) ve eski ile yeni iş ilişkisinin tarafları aynı olsa da yeni iş ilişkisinde eski izinlerin fiilen kullanılmasının mümkün olmadığı dolayısıyla yeni iş ilişkisinin devamında eski döneme ait izinlerin ücretlerinin ödenmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

²⁹ Aralıklı çalışmada işçinin kıdemine hesaplanmasına ilişkin açıklamalar için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 845; Tunçomağ ve Centel, İş Hukukunun Esasları, 194, 195; Süzek, İş Hukuku, 868 vd.; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 443, 444; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 468.

II. KULLANILAN YILLIK ÜCRETLİ İZİN GÜN SAYISININ BELİRLENMESİ

A. İZİN GÜNLERİNDEN ÖNCE VERİLMİŞ İZİNLERİN İZİN GÜN SAYISINA ETKİSİ

İş ilişkisi devam ederken ve henüz işçi yıllık ücretli izne ayrılmamışken işçinin Kanun veya çalışma şartları gereği hak kazandığı ve kullandığı ücretli/ücretsiz izinler olabilir. Söz konusu izinlerin kullanılan yıllık ücretli izin gün sayısına etkisi kanun koyucu tarafından açıkça İşK m.56/4'te düzenlenmiştir. Buna göre, işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinleri yıllık izne mahsup edilemez³⁰. Misal olarak bir yıl çalışmış olan ve çalıştığı süre içinde 10 gün rapor alarak işe devam edememiş olan bir işçinin hak kazandığı izin gün sayısı yine 14 gün olur; yoksa hak kazandığı izin gün sayısı olan 14 günden, bir yıl içindeki raporlu olunan 10 günlük süre mahsup edilmez.

B. İZİN GÜNLERİNE DENK GELEN HAFTA TATİLİNİN VE/VEYA ULUSAL BAYRAM-GENEL TATİL GÜNLERİ İZİN GÜN SAYISINA ETKİSİ

Yıllık izin sürelerine rastlayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri kullanılmış sayılan yıllık izin sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmaz (İşK m.56/5). Bu bakımdan izin süre sayısı iş günü olarak değerlendirilmelidir³¹. İşgününden ne anlaşılması gerektiği ise ayrıca ele alınmalıdır. 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. Bahsi geçen hükmün gerekçesinde de "*...yeni getirilen iş süreleri sistemine göre cumartesi günleri çalışılıp çalışılmadığına bakılmaksızın iş günü sayıldığından...*" ifadelerine yer verilme suretiyle İş Kanunu açısından iş gününün tespitinde fiilen çalışılıp çalışılmamasının önemli olmadığı açıklanmıştır. Bu yaklaşım, bir haftadaki iş günü sayısının 4857 sayılı İş Kanunu açısından kural olarak altı gün olduğunu göstermektedir. Somut olayın özelliğine göre tarafların tam süreli ya da kısmi süreli iş sözleşmeleriyle haftanın belli günleri çalışılacağını veya denkleştirme uygulanmasını kararlaştırdıkları vb. durumlar açısından da sonuç farklı olmalıdır. Zira belirtilen ihtimallerin, sözleşme serbestisi ya da işverenin yönetim hakkı doğrultusunda şekillendiğini ancak genel bakımdan kabul edilen haftalık iş günü sayısını değiştirmedikçe kabul etmek uygun olacaktır. Farklı bir deyişle, somut olayda sözleşme serbestisi veya esnek çalışma modelleri

³⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 854; Tunçomağ ve Centel, İş Hukukunun Esasları, 197; Süzek, İş Hukuku, 877.

³¹ İzin sürelerine ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 851 vd.; Tunçomağ ve Centel, İş Hukukunun Esasları, 197; Süzek, İş Hukuku, 874 vd.; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 449, 450; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 475, 476.

doğrultusunda haftalık çalışma gün sayısının altı günden daha az belirlenebilecek olması, bazı günler yarım gün çalışmanın yapılması vb. hâller iş gününün altı günden daha az olmasına yol açmamalıdır.

Sonuç olarak konuya ilişkin ifade edelim ki, işçinin çalışma şartları uyarınca bir hafta içinde kaç gün çalışması gerekirse gereksin -aksi bir düzenleme (çalışma şartı) olmadığı sürece- kullandırılan izin gün sayısının tespitinde bir hafta 6 işgünü kabul edilmelidir. Misal olarak, pazar günü dışında cumartesi günü de çalışılmayarak haftalık çalışma süresinin 5 güne bölüdüğü durumlarda çalışılmayan pazar günü yıllık ücretli izin süresine eklenir, cumartesi günü ise eklenmez. Daha net bir deyişle, verilen örnekte işyerinde haftada 5 gün çalışan bir işçi, söz konusu hafta yıllık izne ayrıldığında kullandığı izin gün sayısı 5 gün ya da 7 gün değil, 6 gün olur. Ancak hafta tatilinin bir günden fazla olduğu şeklinde taraflar arasında bir anlaşma yapılmışsa veya işyeri uygulaması varsa, artık sadece 1 günün değil, hafta tatil günlerinin tamamının yıllık ücretli izin açısından dikkate alınmaması gereklidir (İŞK m.56/5). Verdiğimiz örnekte işçinin çalışmadığı 2 günün hafta tatili olduğu açıkça kararlaştırılmışsa artık kullanılan izin gün sayısı 6 gün değil, 5 gün olur.

Nitekim içtihat farklılıklarının görüşülmesine dair 14.9.2020 tarihli yazıda konuya ilişkin olarak **"...4857 sayılı İş Kanunu'nun 46 ve 63. maddelerine göre hafta tatili haftalık 45 saatlik çalışmadan sonraki 24 saatlik bir gündür. Bu nedenle kural olarak Cumartesi iş günüdür. Akdi tatil günü olarak Cumartesi günleri yıllık izin süresine eklenmez. Başka bir anlatımla, Cumartesi günleri akdi tatil günü olarak işçi çalışmadığı takdirde yıllık ücretli izin süresine ilişkin hesapta hafta tatili olarak değerlendirilemez. Cumartesi günü hafta tatili olarak da kararlaştırılabilir. Bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle Cumartesi ve Pazar günleri hafta tatili günü olarak belirlenmişse, İş Kanunu'nun 56/5. Maddesi gereği her iki gün yıllık izin sürelerinden sayılmaz. Başka bir anlatımla yıllık izin kullanma dönemi içindeki Cumartesi ve Pazar günleri kullanılan izin süresinden düşülür. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesinde hafta tatiline eklenen bu Cumartesi gününün yıllık izin hesabında iş günü olarak sayılacağı veya izin süresinden düşülmeyeceği şeklinde açık bir kural mevcutsa, bu hüküm geçerli sayılmalı ve İş Kanunu'nun 56/5. maddesi gereği sadece yıllık izne rastlayan Pazar günleri izin süresinden düşülmelidir..."** açıklamalarına yer verilmiştir. Tekrar ifade etmek gerekirse, görüldüğü üzere, tarafların hafta tatilini birden fazla gün olarak kararlaştırdıkları olasılıklarda söz konusu günler yıllık izin gün sayısına dahil edilmez. Ancak yine söz konusu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, taraflar hafta tatilini birden fazla gün olacak şekilde belirleseler bile bunlardan sadece bir günün yıllık izinden sayılmayacağı konusunda yapacakları anlaşma da geçerli olacaktır.

Her ne kadar uygulamanın yukarıda belirttiğimiz biçimde şekillenmesi söz konusu ise de, Cumartesinin sözleşmeden doğan bir tatil günü olması ile sözleşmede hafta tatili olarak belirlenmesinin nasıl ayırt edileceği uygulama açısından kolay değildir. Farklı bir deyişle, hafta tatil gün sayısının bir günden fazla olacak şekilde kararlaştırıldığının ispatı sözleşmede yazılı hüküm olmadığı sürece çok mümkün değildir. Ayrıca İşK m.56/5'te yıllık izin sürelerine rastlayan hafta tatil günlerinin kullanılmış sayılan yıllık izin sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı emredici şekilde hükme bağlanmış ve hafta tatil izin gün sayısına ilişkin herhangi bir istisna getirilmemiştir. Kısacası taraflar artık hafta tatil gününü İşK m.46 uyarınca bir günden fazla olacak şekilde kararlaştırdıklarında, İşK m.56/5'deki emredici düzenleme hafta tatillerinin sadece bir gün olduğu durumları hükme bağlamadığından hafta tatili olarak kararlaştırılan iki ya da daha fazla gün de yıllık ücretli izin açısından dikkate alınmamalıdır.

Son olarak belirtelim ki, İşK m.56/5 gereğince sadece hafta tatil günleri değil, ulusal bayram ve genel tatil günleri de yıllık ücretli izin gün sayısının hesabında dikkate alınmaz³². Örneğin işçinin haftanın 5 günü çalıştığı ve hafta tatil gün sayısı açısından da aksine düzenlemenin bulunmadığı bir olasılıkta, işçinin izne ayrıldığı haftaya 19 Mayıs Atatürk'ü Anma Gençlik ve Spor Bayramı denk gelirse, işçi bir haftada 5 gün izin kullanmış kabul edilir. Aynı durumda hafta tatilinin 2 gün kararlaştırılmış olsaydı, işçi 4 gün yıllık ücretli izin kullanmış sayılırdı.

C. İZİN GÜNLERİNDE İŞÇİNİN HASTALANMASI VE/VEYA BAŞKACA MAZERET İZİNLERİNİN VERİLMESİNİ GEREKTİRİR DURUMLARIN ORTAYA ÇIKMASI

İş Kanununda işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinlerin veya dinlenme ve hastalık izinlerinin yıllık ücretli izinden mahsup edilemeyeceği (İşK m.56/4), bunun yanında yıllık ücretli izin günlerine denk gelen ulusal bayram ve genel tatil günlerinin ve hafta tatil günlerinin izin gün sayısında hesaba alınmayacağı (İşK m.56/5) düzenlenmiştir. Ancak yıllık ücretli izne ayrılan işçinin, izin günlerinde hastalanmasının ya da mazeret izni verilmesi gerektirecek bir durumla karşılaşmasının izin gün sayısına etkisi düzenlenmemiştir³³.

Maddenin sadece lafzı esas alındığında yıllık izin dönemine denk gelen hastalık süresinin izin süresine eklenmeyeceği gibi bir sonuç ortaya çıkar. Ancak hukuki sorunun çözümünde yıllık ücretli izin kurumuyla izin süresince işçinin fiziksel ve ruhsal açıdan dinlenmesinin, ailesiyle vakit geçirmesi-

³² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 851; Tunçomağ ve Centel, İş Hukukunun Esasları, 197; Süzek, İş Hukuku, 877.

³³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 854; Süzek, İş Hukuku, 877; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 453; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 477.

nin, sosyalleşmesinin vb. hususların amaçlandığı unutulmamalıdır. Nitekim işçinin tam olarak dinlenmesi amaç edinildiği için yıllık ücretli izin sürelerinin bölünemeyeceği, izin hakkından vazgeçilemeyeceği, işçinin izinli olduğu dönemde başka bir işte çalışmasının mümkün olmadığı vb. hususlar kabul edilmiştir. İşçinin yıllık ücretli izin döneminde hastalanması halinde kanun koyucunun güttüğü amaç hasıl olmaz. Aynı şekilde İşK ek madde 2'de sayılan hallerden birinin yıllık izin döneminde ortaya çıkması durumunda da istenen amaç gerçekleşmez. İfade edelim ki, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile İşK ek madde 2'de sayılan durumlar dışında başkaca mazeret izinlerinin verilmesi kararlaştırılırsa ve söz konusu mazeret izinlerinin doğumuna yol açan olay ya da olaylar yıllık ücretli izin döneminde gerçekleşirse, işçinin tam olarak dinlenebildiğinden bahsetmek yine mümkün olmaz. Esasen kanun koyucunun İşK m.56/4'te yer verdiği anlayış da açıklamalarımızı desteklemektedir³⁴.

Sonuç olarak işçinin, yıllık izin döneminde hastalanması veya mazeret izni verilmesi gereken bir olayla karşılaşması halinde -söz konusu durumların ispatlanması koşuluyla- yıllık izin süresinin hastalık halinde rapor süresi veya mazeret izin süresi kadar uzatılması isabetli olur³⁵. Ancak izin bitiş tarihinde işçinin işyerinde olmasını zorunlu kılan sebeplerin bulunması ihtimalinde, işçinin yine yıllık izin döneminin sonunda işe dönmesinin gerekli olduğu fakat daha sonra hastalık süresi kadar izne çıkartılmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir³⁶.

D. KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİYLE ÇALIŞAN İŞÇİLER AÇISINDAN KULLANILAN İZİN GÜN SAYISININ TESPİTİ

İşK m.13/2'de "*Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bunun dışında İşK m.74'de yıllık izin bakımından çalışmış gibi sayılan haller açısından kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara ilişkin ayrık-sı bir durum kabul edilmemiştir. Kanunda benimsenen bu anlayışa Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde de (m.13) yer verilmiştir.

Mevzuattaki düzenlemelerin sonucu olarak kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin yıllık ücretli izne esas çalışma süresi belirlenirken, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiden farklı bir esas dikkate alınmaz. Aynı şekilde bu işçilerin hak kazandığı yıllık izin gün sayısı da İşK m.56'daki süreler kadardır. Bu noktada kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kullandığı izin gün sayısının belirlenmesinde de farklı bir anlayışı kabul etmek doğru olmaz³⁷.

³⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 854.

³⁵ Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 477.

³⁶ Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 477.

³⁷ Süzek, İş Hukuku, 871; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 477.

III. İZİNİN KULLANDIRILDIĞININ İSPATI

İşK m.56/6, c.2'de "işveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır." düzenlemesine yer vermiştir. Yönetmeliğin 20. maddesinde de aynı husus tekrar edildikten sonra işçilerin izin durumlarının izin defteri veya kartoteks sistemiyle de takip edileceği belirtilmiştir³⁸.

Mevzuatta ispat açısından belli bazı belgelere yer verilmişse de Yargıtay kararlarında isabetli biçimde yıllık izinlerin kullandırıldığına ispatına ilişkin mevzuatta sayılanlarla eş değerdeki başkaca delillerin de dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme konuya ilişkin bir kararında "...Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir..." ifadelerine yer vermiştir³⁹. Söz konusu karardaki yaklaşımın Yargıtayın genel yaklaşımı olduğunu söylemek mümkündür.

Yıllık izin kayıtlarına ilişkin belgelerin imzasız olduğu durum da değerlendirilmelidir. Yargıtay bir kararında "...Mahkemece yapılacak iş, davalı işyerinde kartlı giriş çıkış yapıldığını belirterek yıllık izinlerin buna göre belirlenebileceğini iddia ettiğinden, davacının yıllık izin kullanımına ilişkin imzasız da olsa listeler de sunulduğundan, kartlı sistemin doğruluğu araştırılmadan, günlük puantaj cetvelleri, kartlı okuma sistemi, bilirkşi marifetiyle tespit ettirilerek, davanın aydınlatma yükümlülüğü kapsamında davacının isticvap edilerek hangi yıllarda ne kadar izin kullandığının belirlenip, buna göre izin alacağını tespiti gerekirken eksik araştırma ile sonuca gidilmesi hatalıdır..." ifadelerine yer vermek suretiyle işe giriş ve çıkışın elektronik ortamda kaydedilmesinin dikkate alınması gerektiğinden bahsetmiştir⁴⁰. Aynı şekilde Yüksek Mahkeme başka bir kararında "...Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir. Somut uyumsuzlukta, dosyada mevcut olan ve hesaplamalara esas alınan işyerine giriş-çıkışa ilişkin parmak izi kayıtlarında davacının 14.03.2010-20.03.2010 tarihleri arasında 5 gün yıllık izin kullandığı, 2010/Mart ayı ücret hesap pusulasında puantaj kayıtlarıyla uyumlu şekilde 5 günlük yıllık izin ücreti tahakkuk ettirildiği görülmüştür. Mahkemece, anılan kayıt ve belgeler dikkate alınarak davacının

³⁸ İspata ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 856; Tunçomağ ve Centel, İş Hukukunun Esasları, 198, 199; Süzek, İş Hukuku, 878; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 455; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 487.

³⁹ Y.9.HD., T.09.09.2019, E.2016/9468, K.2019/15316, karar için bkz. www.legalbank.net

⁴⁰ Y.9.HD., T.09.11.2017, E.2017/5884, K.2017/17830, karar için bkz. www.legalbank.net

*hak ettiği yıllık izin süresinden kullanıldığı anlaşılan 5 günlük izin süresi düşü-
lerek hesaplama yapıldığına gidilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar
verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..."* sonucuna ulaşmıştır. Görüldü-
ğü üzere bu kararında parmak okuma sistemindeki kayıtların ücret hesap
pusulası ile uyumlu olmasını dikkate alarak söz konusu kayıtlarla yıllık ücret-
li iznin kullandırıldığına ispat edildiği kanaatine varmıştır⁴¹.

Önemle belirtmek gerekir ki, işverence ibraz edilen her belgeye yıllık ücretli iznin kullandırıldığına ispatı açısından üstünlük tanınmamaktadır. Öyle ki bu belgelerin imzalı olması dahi sonucu değiştirmemektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında "**...Davacı işçi yıllık izin ücreti isteğinde bulunmuş, Mahkemece davacının imzasını taşıyan 31.03.2012 tarihli "yıllık izin ibranamesi" başlıklı belgeye değer verilerek 2010 yılı ve öncesi izinlerin kullanıldığı gerekçesiyle isteğin reddine karar verilmiştir. Yıllık izin hakkının kullandırıldığına ispat yükü işverene ait olup, bu yönde işçinin imzasını taşıyan izin defteri veya eşdeğer yazılı belge ibrazı zorunludur. Somut uyuşmazlıkta, davacının imzasını taşıyan 31.03.2012 tarihli yıllık izin ibranamesi başlıklı belge çalışırken düzenlenmiş olup, iş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibraname geçerli değildir. Sözü edilen belgede izin kullanma dönemleri ve kullanılan izin süreleri açıklanmamış, genel olarak 2010 yılı ve öncesinde izinlerin kullanıldığı şeklinde ifadeye yer verilmiştir. Bu şekilde genel içerik taşıyan ve izin sürelerini ve tarihlerini kapsamayan belgeye değer verilmesi mümkün olmadığından Mahkemece davacı işçinin 2010 yılı ve öncesine ait izinlerin kullandırıldığına kabulü hatalıdır. Dosya içinde bulunan izin belgeleri değerlendirilerek izin ücreti yönünden inceleme yapılarak hüküm kurulmalıdır..."** şeklinde ifadeler yer vermiştir⁴². Karara konu olan olayda kanaatimizce belgenin de başlığı dikkate alınarak, işçi tarafından imzalanan söz konusu belgenin hukuki niteliği ibraname olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla TBK m.420 karşısında belgeye üstünlük tanınmamıştır. Kararda dikkat çeken nokta, imzalanan belgede izin sürelerinin ve tarihlerinin yer aldığı bir ihtimalde söz konusu belge ile ispatın mümkün olabileceği sonucuna ilişkindir. Böyle bir ihtimalde ise artık bunun işçinin soyut bir beyanı olarak dikkate alınmaması kanaatimizce de isabetlidir. Zira böyle bir belgenin de iş ilişkisi devam ederken imzalandığı gerekçesiyle geçersiz olduğu sonuç ve kanaatine varılacaksa, yıllık ücretli izin kaydına ilişkin bütün belgelerin aynı gerekçeyle geçersiz olduğu kabul edilir ki bu durum mevzuatta benimsenen anlayış karşısında isabetli olmaz.

İşçinin işyerindeki görevi vb. durumların da ispat açısından önemi değerlendirilmelidir. İşverenin ispat yükü ve ispat açısından gerekli belgelerin niteliği işçilerin niteliğine göre farklılık göstermemelidir. Öyle ki, işyerinde

⁴¹ Y.9.HD., T.26.10.2017, E.2017/26056, K.2017/16771, karar için bkz. www.legalbank.net

⁴² Y.9.HD., T.03.03.2020, E.2016/14825, K.2020/3505, karar için bkz. www.legalbank.net

söz konusu izin belgelerini düzenleyen işçiler bakımından işverenin ispat yükünün aynı şekilde devam ettiği kabul edilmelidir. Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında “...Somut uyuşmazlıkta; davalı işverenin yıllık izin defterini davacıya teslim ettiğine ilişkin iddia dışında delil olmadığı, şirket müdürü olan davacının yıllık izinlerini kendisinin ayarlayabilecek konumda olmasının hak ettiği izinleri kullandığı anlamına gelmeyeceği, sonuç itibariyle mevcut durumun davacının hak ettiği yıllık izinlerin kullandırıldığı yazılı delille davalı tarafından ispatlanması külfetini ortadan kaldırmayacağı ve davalının davacının kullandığını iddia ettiği yıllık izinler bakımından yazılı delilin olmadığı da gözetilerek, davacının talep ettiği yıllık izin ücretinin hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...” sonucuna ulaşmıştır⁴³.

Yukarıda mevzuat ve Yargıtay kararları doğrultusunda yıllık izin hakkının kullandırıldığı ispat yükü işverene ait olduğu ve bu yönde işçinin imzasını taşıyan izin defteri veya eşdeğer yazılı belgelerin ibrazının zorunlu olduğu açıklanmıştır.

SONUÇ

Uygulamada işçilere 1 yılını doldurduktan sonra takip eden yılda/yıllarda izin haklarının tam kullandırılmadığı olasılıklarla karşılaşılmasıdır. İşverenin yıllık izni hiç kullandırmaması ya da eksik kullandırması çalışma şartlarının ihlali olup Kanuna aykırıdır. Dolayısıyla işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği kabul edilmelidir. Bu noktada yıllık iznin amacı ve Anayasal bir hak olduğu esas alındığında, kullandırılmayan izin sayısının az ya da çok olması feshin hukuki niteliğine etki etmemelidir.

Açıkladığımız biçimde işçinin 1 yılını tamamladıktan sonra izinlerinin her yıl kullandırılması ve izinlerin biriktirilmemesi gerekli olup izinlerin birleştirilerek sonradan toplu şekilde kullandırılması Kanuna aykırıdır. Bununla birlikte uygulamada işçilerin birikmiş izinleri takip eden yıllarda toplu şekilde kullandırılmaktadır. Toplu kullanımda izin ücretinin ne şekilde ödeneceği de ayrı bir hukuki sorundur. İznin toplu olarak kullandırıldığı ihtimallerde, hak kazanılan izin ücretinin İşK m.53'teki süreler dikkate alınarak ödenmesi isabetli olur. Daha net bir deyişle, hak kazanılan ve kullandırılmayan izin gün sayılarının tamamı için bir seferde toplu bir ödeme değil; İşK m.53'deki izin süreleri için ödeme yapılmalıdır.

Yürürlükteki düzenleme ile izin gün sayılarının en fazla 3'e bölünebileceği şeklindeki zorunluluk ortadan kaldırılmış ve bölünmenin toplam sayısı- na ilişkin doğrudan bir üst sınır getirilmemiştir. Ancak hak kazanılan izinle-

⁴³ Y.9.HD., T.29.11.2017, E.2017/7402, K.2017/19394, karar için bkz. www.legalbank.net

rin en az bir bölümünün 10 günden aşağı olmaması gerektiği şeklindeki kural muhafaza edilmiştir. Dolayısıyla taraflar bir bölümü 10 günden az olmamak koşuluyla kalan izin süresini istedikleri şekilde bölebilirler. Ancak hak kazanılan izinlerin takip eden yılda ya da yıllarda hiç kullandırılmaması veya eksik kullandırılması ihtimallerinde bölünmeye yönelik kuralın ne şekilde uygulanması gerektiği uygulama açısından ayrı bir sorundur. Buna ilişkin çalışmamızda İşK m.53'deki sürelerin dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bölünmeye ilişkin açıkladığımız kurala rağmen uygulamada işçilerin izinlerinin bölünmesinde 10 günlük sınırın dikkate alınmadığı ve işçilere izinlerinin tamamının 10 günden az olacak biçimde kullandırıldığı durumlarla karşılaşmaktadır. Çalışmamızda gerekçesiyle açıkladığımız üzere, bu durumda kullandırılan izinler yıllık izin olarak değerlendirilmemelidir.

İş ilişkisi devam ederken izin parasının ödenmesinin izin hakkının kullanılmasına etkisi de uygulama bakımından yıllık ücretli iznin kullanılmasına ilişkin önemli hukuki sorunlardandır. Aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıksız çalışan işçinin izin parasının iş ilişkisi devam ederken ödenmesi halinde izin hakkının ortadan kalkmadığı ve işçinin iznini fiilen kullanmak için talepte bulunabileceğini kabul etmek isabetli olur. Öyle ki iş sözleşmesi sona erdiğinde de işçi, fiilen kullandırılmayan izinlerin ücretini İşK m.59 uyarınca talep edebilmelidir.

Aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışan işçinin izin parasının iş ilişkisi devam ederken ödenmesi ise başka bir hukuki sorundur. Ancak bu hukuki sorunda değerlendirdiğimiz husus aralıklı çalışmada işçinin yıllık ücretli izne esas kıdemine ne şekilde hesaplanacağına ilişkin değildir. İş ilişkisinde hak kazanılan ancak kullandırılmayan izinlerin yeni iş ilişkisinde ücretlerinin ödenip ödenemeyeceği özellikle incelenmek istenmiştir. İşK m.59'da iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretlerin ödenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Düzenleme herhangi bir ayırım getirmeksizin iş ilişkisinin sona erdiği durumlarda izin alacağına ücret alacağına dönüştüğünü ihtiva etmektedir. Söz konusu anlayış aralıklı çalışmalarda da esas alınmalıdır. Dolayısıyla aralıklı çalışmalar bakımından da önceki çalışma dönemi farklı bir iş ilişkisi niteliğinde olup sözleşmenin sona ermesiyle birlikte artık izinlerin ücret alacağına dönüştüğü kabul edilmelidir.

İş ilişkisi devam ederken ve henüz işçi yıllık ücretli izne ayrılmamışken işçinin Kanun veya çalışma şartları gereği hak kazandığı ve kullandığı ücretli/ücretsiz izinler olabilir. Söz konusu izinlerin kullanılan yıllık ücretli izin gün sayısına etkisi kanun koyucu tarafından açıkça İşK m.56/4'te düzenlenmiştir. Buna göre, işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinleri yıllık izne mahsup edi-

lemez. Bunun dışında yıllık izin sürelerine rastlayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri kullanılmış sayılan yıllık izin sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Yıllık ücretli izne ayrılan işçinin, izin günlerinde hastalanmasının ya da mazeret izni verilmesi gerektirecek bir durumla karşılaşmasının izin gün sayısına etkisi ise düzenlenmemiştir. Bununla birlikte işçinin, yıllık izin döneminde hastalanması veya mazeret izni verilmesi gereken bir olayla karşılaşması halinde -söz konusu durumların ispatlanması koşuluyla- yıllık izin süresinin hastalık halinde rapor süresi veya mazeret izin süresi kadar uzatılması isabetli olur.

Çalışmamızda son olarak yıllık ücretli iznin kullandırıldığıının ispatı konusu yine Yargıtay kararları doğrultusunda incelenmiştir. İşK m.56/6, c.2'de "*işveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır.*" düzenlemesine yer vermiştir. Yönetmeliğin 20. maddesinde de aynı husus tekrar edildikten sonra işçilerin izin durumlarının izin defteri veya kartoteks sistemiyle de takip edileceği belirtilmiştir.

KAYNAKÇA

- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen; Canbolat, Talat ve Özkaraca,ERCÜMENT, İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Beta, 2021.
- Ekmekçi, Ömer ve Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Onikilevha, 2021.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin ve Baysal Ulaş, İş Hukuku. Ankara: Turhan kitabevi, 2014.
- Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları. Ankara: Seçkin, 2019.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku. İstanbul: Beta, 2021.
- Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları. İstanbul: Beta, 2022.

MEDENİ HUKUKTA ADLİ MUHASEBE

*Burcu ÖZKUL**

GİRİŞ

Küreselleşmeye paralel olarak ilerleyen teknolojik değişimler ve yeniliklerin sunduğu imkanların yanında, beraberinde getirdiği birtakım sorunlar da bulunmaktadır. Hemen her türlü işlemin dijital ortamda yapılmasıyla birlikte bu işlemlerdeki güvenlik sorunu önem arz etmeye başlamıştır.

Bilgisayar ve internet destekli bilgi teknolojisinin hız kazanması sonucu işletmeler ticari faaliyetlerinde interneti daha yoğun kullanmaya başlamış buna bağlı olarak gelişen e-ticaret ile farklı suçlar ve sorunlar da ortaya çıkmıştır. Bu suç ve sorunların belirlenmesi, önüne geçilmesi ve sonrasında ortaya çıkarılıp sorunun çözüme kavuşturulması ayrı bir uzmanlık gerektirmekte, geleneksel yöntemlerle bunları başarmak mümkün olamamaktadır. Dünyadaki bu değişimler hukukta ve hukuk sistemlerinde de değişimlere yol açmıştır.

Medeni hukukta aile hukuku bağlamında ele alındığında; TMK'daki yasal mal rejimi değişikliğinin de büyük etkisi ile birlikte, boşanma davalarında mal rejiminin tasfiyesi ciddi bir muhasebe ve fakat aynı zamanda hukuk bilgisini de gerektirir hale gelmiştir. Miras hukuku bağlamında ele alındığında; mirasın paylaşımında çıkan sorunlar, tenkis ve denkleştirme hesaplamaları yine hem muhasebe hem hukuk bilgisini gerektirmektedir. Gerek boşanma gerek miras ile ilgili bu tür davalara bakan hakimlerin bu yoğunlukta bir muhasebe bilgisinin bulunmaması nedeniyle mal rejiminin tasfiyesi, mirasın paylaşımı, tenkis yada denkleştirme için hesaplamalar muhasebeci bilirkişiler desteği ile yapılmaktadır. Ancak hukuk bilgisi yok denecek kadar az olan muhasebecilerin raporları ise hukuka uygun bir tasfiyenin, miras paylaşımının, tenkis yada denkleştirmenin gerçekleşmesini pek de mümkün kılamamaktadır. Bu anlamda adli muhasebeden gerek hukuk gerekse muhasebe alanındaki uzmanlığı ve yetkinliği ile medeni hukukta özellikle bu türden hesaplamaları gerektiren uyuşmazlıklarda faydalanılması önemlidir.

Bu çalışmada adli muhasebe kavramına ve adli muhasebenin tarihi gelişimine değinilip, adli muhasebeden özellikle faydalanılan alanlar belirtilecektir. Adli muhasebenin dava desteğinde medeni hukuka yönelik uyuşmazlıklardaki desteğinin nasıl olduğu üzerinde durulduktan sonra çalışmanın sonunda genel bir değerlendirme yapılarak adli muhasebenin Türk hukuku ve medeni hukuk için gerekliliği ve önemi açıklanmış olacaktır.

* Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, burcuozkul@sdu.edu.tr.

1. ADLİ MUHASEBE KAVRAMI

Adli muhasebe birçok alanda uzman olmayı gerektiren bir disiplindir ve başta Amerika ve İngiltere’de olmak üzere en güvenilir mesleklerden biri olarak anılmaktadır. Bu kavramın orijinal ifadesi “Forensic Accounting” olup Forensic kelimesi sözlük anlamı ile “mahkemeye ait”, “adli davalara ilişkin” ifadeleri ile açıklanabilmektedir.¹

Adli muhasebenin ne olduğu ile ilgili bir tanım yapmak gerekirse adli muhasebe; muhasebe, hukuk alanlarındaki yoğun uzmanlığın verdiği bilgi ve tecrübeler ile sayısal düşünebilme becerisi ve bilgisayar teknolojilerini etkin kullanabilme yetisi ışığında sorunların çözümünde kullanılan bir bilim dalıdır. Adli muhasebe ve soruşturma muhasebesi, finansal beceri ve çözülmemiş konular hakkında soruşturma mantığının delil kuralları çerçevesindeki uygulamasıdır.² Bir disiplin olarak adli muhasebe; finansal uzmanlığı, dolandırıcılık suçları hakkında bilgiyi, iş gerçekliği ve hukuk sisteminin çalışması ile ilgili anlayışı ve yeterliliği kapsamaktadır.³

Adli muhasebe; muhasebe, hukuk, denetim, psikoloji, finans, bilgisayar teknolojileri gibi alanlarda yoğun bir yetenek ve bilgiye sahip olmayı gerektiren ve yargılamada delil olarak nitelendirilebilecek bilgi ve belgeleri toplayıp, bunları analiz etme ve değerlendirmeyi içeren bir disiplindir.⁴ Adli Muhasebe, genellikle finansal ve değer biçme meseleleri ile ilişkili hukuki problemlerin çözümü amacıyla, denetleme yöntem ve prosedürlerini kullanarak muhasebe gerçeklerinin elde edilmesini sağlayan bir bilim da olarak kabul edilebilir.⁵

Muhasebe, denetleme ve inceleme becerilerinin bütünü olarak ifade edilen adli muhasebecilik uzmanlık sahasının oluşumunda genel olarak; ticari işlemlerin giderek karmaşıklaşması sonucu, bireylerin ve kurumların artan oranda mahkemelere başvurmaları, toplumda birey ve kurumlarla devlet arasındaki ilişkilerin giderek sorun doğurması, işletmelerde çalışanların yap-

¹ Bilge Leyli Elitaş, “Seçilmiş Örneklerle Adli Muhasebe Eğitimi ve Türkiye İçin Bir Değerlendirme”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, S.55 (2012): 155; Selim Bekçioğlu, Ahmet Coşkun ve Umut Tolga Gümüş, “İşletmelerde Hile ve Yolsuzlukların Önlenmesinde Farklı Bir Yaklaşım: Adli Muhasebe”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, S.59 (2013): 3.

² D. Larry Crumpley ve Nicholas Apostolou, “Forensic Accounting: A New Growth Area in Accounting”, Ohio CPA Journal, C.61, S.3 (2002): 17; Mikail Erol, “İşletmelerde Yaşanan Yolsuzluklara (Hata ve Hileler) Karşı Denetimden Beklentiler”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.13, S.1 (2008): 233.

³ G. Jack Bologna ve Robert J. Lindquist, *Fraud Auditing and Forensic Accounting: New Tools and Techniques*, (Wiley Publishers, 1987), 2.

⁴ Nathaniel Cole, “Money Laundering: Forensic Accounting As An Expert Witness”, The Institute of Chartered Accountants of Nigeria 38th Annual Accountants’ Conference, Ekim (2008).

⁵ Hüseyin Aktaş ve Gökhan Kuloğlu, “Adli Muhasebe ve Adli Muhasebecilik Mesleği”, Muhasebe ve Denetim Bakış, Y.8, S.25 (2008): 103; Said Alpogut Şenel ve Öznur Arslan, “Muhasebe Skandallarının Önlenmesinde Adli Muhasebe Mesleğinin Rolü”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C.20, S.1 (2019): 300; Selçuk Gülten, “Adli Muhasebe Kavramı ve Adli Müşavirlik Mesleği”, Ankara Barosu Dergisi, Y.68, S.3 (2010): 312.

tıkları yolsuzlukların artması, yolsuzlukların önlenmesinin ve de ortaya çıkartılmasının zorlaşması, artan sayıda ve büyük tutarlarda işletme başarısızlıklarının yaşanması, avukatların ve mahkemelerin karşılaştıkları olaylarda daha fazla uzman desteğine ihtiyaç duymaları gibi nedenler etkili olmuştur.⁶

Bu gibi nedenlerle adli muhasebe ve adli muhasebeci kavramları ortaya çıkmıştır. Adli muhasebe; adli yargı tarafından verilecek kararlara yardımcı olmak üzere, çoğunlukla finansal konularda ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözülmesi için muhasebe ve hukuk arasında bir köprü görevi üstlenmekte, hukuki bir uyumsuzluğun giderilmesinde muhasebe denetimi ve soruşturma becerilerini bir arada kullanarak raporlama yapmaktadır.⁷

Adli muhasebeci; kişi, kurum veya ortaklıklar arasındaki uyumsuzluklarda hakemlik, kayımlık, temsilcilik, tasfiyenin kapanışı, birleşme, ortaklık ve ortaklar arası davalar, tazminat, taraflar arasındaki sözleşmelerin yorumlanması, trafik kazaları, yangın, sigorta konusuna giren davalar, boşanma davalarındaki finansal anlaşmazlıklar, öz sermaye tespit raporlarının genel kabul görmüş muhasebe ilkeleri doğrultusunda objektif bir şekilde hazırlanması ve sunulması gibi konularda görev yapmaktadır.⁸

Bir adli muhasebeci sadece derin bir muhasebe bilgisine sahip olmakla kalmamalı, bunun yanında soruşturma, detaycı düşünme, denetlemeye yatkın olma gibi özelliklere de sahip olmalıdır. Ayrıca olayın görünen yüzünün arkasını da incelemeyi bilmeli yani daima şüpheli olmalıdır. Bir adli muhasebeci olan Robert R. Roche adli muhasebeciyi; “Kayıtların görünen kısmı ile yetinmeyip arka planına bakan, belgelerle ilgili şüpheli olan ve belgelerin ötesindeki asıl niyeti araştıran, rapor hazırlayan, özellikle birilerinin yalan söyleme olasılığının bulunduğu hallerde ortaya çıkan, bireylerle ayrıntılı görüşmeler yaparak gerçeği bütün detayları ile ortaya koyan kimse” olarak ifade etmektedir.⁹ Genel olarak bir adli muhasebeci; sayısal verileri incelemek, finansal kanıtların sunumuna ve analizine yardım edecek yazılımlar geliştirmek, bulguları raporlar, dokümanlar veya vesikalar halinde incelemek, duruşmada delilleri desteklemek için görsel vesikalar sunarak ve uz-

⁶ Nejat Bozkurt, “Muhasebe ve Denetim Mesleğinde Yeni Bir Alan ‘Adli Muhasebecilik’”, *Yaklaşım Dergisi*, S.94 (2000): 56-57.

⁷ Seyhan Öztürk, Ayhan Topal ve Yunus Kaya, “TRA 2 Bölgesi Akademisyenlerinin Bakış Açısıyla Adli Muhasebe Eğitimi”, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, S.81 (2019): 165; Ayşe Pamukçu, “Adli Muhasebe ve Bağımsız Denetim Sürecine Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi*, C.12, S.48 (2017): 229; Murat Özdemir, “Konkordato Talebinde Adli Muhasebe Desteği”, *Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi*, C.5, S.2 (2019): 17.

⁸ Fatma Ulucan Özkul ve Pınar Pektekin, “Muhasebe Yolsuzluklarının Tespitinde Adli Muhasebecinin Rolü ve Veri Madenciliği Tekniklerinin Kullanılması”, *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*, C.11, S.4 (2009): 63; Bekçioğlu, Coşkun ve Gümüş, “İşletmelerde Hile ve Yolsuzlukların Önlenmesinde Farklı Bir Yaklaşım: Adli Muhasebe”, 6.

⁹ D. Larry Crumbley, “Forensic Accountants Appearing in the Literature”, *New Accountant*, C.10, S.7 (1995): 23.

man şahit olarak mahkemede tanıklık ederek, kanuni işlemlere destek sağlamak gibi konularla ilgilenmektedir.¹⁰

Adli muhasebecilerden sadece beyaz yaka suçu denilen suçların soruşturulmasında değil; medeni hukuk davalarında –özellikle boşanma davalarındaki finansal konularda- ve hatta finansal kaynaklı olabilecek cinayet soruşturmalarının konu olduğu ceza davalarında dahi istifade edilmektedir.

2. ADLİ MUHASEBENİN TARİHİ GELİŞİMİ

Bugünkü anlamıyla adli muhasebe kavramını tam olarak karşılamamakla birlikte tarihteki ilk muhasebe kayıtlarına Mısır'daki katiplerin papirüslerin üzerine yazıp sakladıkları belgelerden ulaşılmıştır. Bu belgelerin oynanması suç olarak kabul edilmiştir. Daha sonra Hintli vezir Kautilya'nın eseri olan ve devlet yönetimine dair güzel öğütler içeren Arthasastra adlı eserinde zimmet, rüşvet türünden çeşitli suçlara değinmiştir.¹¹ Arthasastra'da ayrıca, muhasebecilerin görevlerini icra ederken işledikleri kasti yolsuzluk, kusur ve ihmâl şeklindeki suçlarda cezanın şart olduğu anlatılmıştır.¹²

Profesyonel anlamda muhasebecilik ise ancak 19. yüzyılda oluşabilmiş ve adli muhasebedeki hukuk muhasebe birlikteliği bu tarihten sonra kendini gösterebilmiştir. Avukatlar müvekkillerine hukuk desteğinin yanında muhasebe hizmetleri de sunmaya başlamıştır.¹³ Adli muhasebenin kapsamında yer alan uzman şahitlik ise 1824 yılında Glasgowlu James Mc Celand isimli bir muhasebecinin kendisi için hazırladığı uzman tanıklık sözleşmelerinin çok sayıda biçimini gösteren bir genelge yayınlamasıyla ortaya çıkmıştır.¹⁴

1900'lü yılların başlarında, Amerika'da ve İngiltere'de uzman tanıklığa ilişkin muhasebecileri eğitici bazı makaleler yayınlanmaya başlamıştır. Bu arada adli muhasebe bilimini düzenleyici hukuk kurallarında da bir artış yaşanmıştır.

Adli muhasebe kavramı yazılı olarak ilk kez "Peloubet and Co" adlı kamu muhasebecilik şirketinin ortağı olan Maurice E. Peloubet tarafından 1946 yılında kullanılmıştır.¹⁵ Savaş süresince kamu muhasebecileri ve endüstriyel muhasebecilerin adli muhasebe çalışmalarıyla uğraştıklarını ifade etmiştir.

¹⁰ Selim Yüksel Pazarçeviren, "Adli Muhasebecilik Mesleği", Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.1, S.2 (2005): 2.

¹¹ Artha; amaç, niyet, neden, güdü, saik, yarar, çıkar, avantaj, fayda, cisim, eşya, varlık, servet, zenginlik, mülk, mal, refah, para gibi anlamlara gelmektedir. Sastra ise; düzen, yönetim, emir, kural, öğretim, danışma anlamlarını taşımaktadır. Arthasastra da dünyanın elde edilmesi ve korunmasını anlatan bir bilimdir denilebilir.

¹² Corné Oberholzer, Quality Management in Forensic Accounting, Gordon Institute of Business Science, University of Pretoria, (2002): 1.

¹³ Oberholzer, "Quality Management in Forensic Accounting", 2.

¹⁴ Larry Crumbley, "New Technologies' Effect on Forensic Auditing", Fifteenth Annual International Financial Management Conference, C.2, Nisan (2001): 203; Les Nunn, Brian L. McGuire, Carrie Whitcomb ve Eric Jost, "Forensic Accountants: Financial Investigators", Journal of Business & Economics Research, C.4, S.2 (2006): 1.

¹⁵ Aktaş ve Kuloğlu, "Adli Muhasebe ve Adli Muhasebecilik Mesleği", 109; Bekçioğlu, Coşkun ve Gümüş, "İşletmelerde Hile ve Yolsuzlukların Önlenmesinde Farklı Bir Yaklaşım: Adli Muha-

Don Holmes ve Bob Lindquist isimli iki muhasebecinin Lindquist-Holmes adında bir şirket kurmaları ile adli muhasebecilik polisiye olayların incelenip sonuçlandırıldığı bir disiplin olmaktan çıkmış ve 1990'lı yılların başlarında artık, medeni hukuk davalarına destek sağlama gibi hukuki alanlara doğru kayarak soruşturma hizmetlerini de bünyesine almıştır.¹⁶

3. ADLİ MUHASEBENİN KAPSAMI

Mahkemeler, artan hileli işlemler ve yolsuzluklar karşısında daha fazla uzman desteğine ihtiyaç duymaktadır. Mevcut hukuki düzenlememizde bu destek bilirkişiler tarafından sağlanmaktadır. Fakat hileli işlemler ve finansal boyutu olan hukuki uyumsuzluklar için adli muhasebenin gerekliliği de her geçen gün önem kazanmaktadır. Genel olarak adli muhasebeden üç temel alanda faydalanılmaktadır: Dava desteği, hile denetimi ve uzman şahitlik.¹⁷

3.1. Dava Desteği

Temelleri atılan ve henüz yeni olan adli muhasebeciliğin dava ve tahkikat desteği ile uyumsuzluk çözümü gibi temel bazı alanları vardır.¹⁸ Adli muhasebe bir adli dava öncesinde yada esnasında avukatlara dava konusuyla ilgili olarak gerekli bilgi ve yardımın sağlanmasında etkin rol oynamaktadır. Hukukun ve muhasebenin kesişme noktasında olan adli muhasebenin ortaklık veya hissedar davaları, taşıt kazasından kaynaklanan mali kaybın miktarının belirlenmesi için de başvurulabilir. Dava desteği, tıbbi yolsuzluk (yanlış teşhis, görevi kötüye kullanma) ve haksız işten çıkarma davaları, sonuçta oluşan mali kaybın belirlenmesine ilişkin benzer sorunları içerir. İşin durması, mal kayıpları, sigortadan istenebilecek diğer tazminat talepleri, malvarlığının izlenmesi, tespiti ve değerlendirilmesi, işletmenin mali kayıplarına ilişkin davalar, mesleki ihmal sonucu açılan davalardaki değerlendirmeler de yine adli muhasebe kapsamında dava desteği içinde yer almaktadır.¹⁹

Bir iddiayı desteklemek yada çürütmek için her türlü, kayıt, defter ve bilginin toplanması, toplanan bu kayıt, defter ve bilgilerin incelenmesi, finansal boyutu olan uyumsuzluklarda da dahil olmak üzere şahitlerin dinlenilmesinde mahkemeye destek olunması, dinlenen şahitlerin ifadeleri değerlendirilerek finansal boyutlu kısımların anlaşılması için ek sorular hazırlamak

sebe", 3; Sami Karacan, "Hukuk ile Muhasebenin Kesişme Noktası: Adli Muhasebe", Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, Y.4, S.8 (2012): 107;

¹⁶ Aktaş ve Kuloğlu, "Adli Muhasebe ve Adli Muhasebecilik Mesleği", 109.

¹⁷ Ahmet Kurt ve İsmail Elagöz, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Perspektifinde Adli Muhasebecilik Mesleğine Bakış", Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi, C.10, S.1 (2015): 223.

¹⁸ Anthony Adekunle Owojori ve T. O. Asaolu, "The Role of Forensic Accounting in Solving the Vexed Problem of Corporate World", European Journal of Scientific Research, C.29, S.2 (2009): 184.

¹⁹ Uğur Kaya, "Muhasebe Mesleğinde Adli Muhasebe Uzmanlığı ve Türkiye Açısından Gerekliliği", Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, C.7, S.1 (2005): 53.

suretiyle şahitlerin sorgulanmasına katılım gösterilmesi, yargılamada ayrıca uzman şahitten faydalanılmışsa, uzman şahidin raporunu inceleyerek raporun hatalı ve doğru kısımlarının tespit edilmesi ve tarafların iddia ve savunmalarını dinleyerek taraf sorgulamasında mahkemeye destek olunması gibi pek çok konuda adli muhasebeciler dava destek danışmanlığı yapmaktadır.²⁰

Adli muhasebecilerin avukatlara yardımcı olabilecekleri konular iki temel noktada toplanmaktadır: Gerekli verilerin ortaya koyulması ve toplanan verilerin analiz edilmesi.²¹ Dava destek danışmanlığı faaliyeti kapsamında adli muhasebecinin hizmet sunduğu davaları da kendi içinde iki kısma ayırmak mümkündür. Bunlardan birincisinde ticari sırların çalınması, sigorta anlaşmazlıkları gibi ticari olaydan kaynaklanan kayıpların sayısallaştırılması gibi konular, ikincisinde ise mirasın paylaşımı, boşanma davalarında mal rejimi tasfiyesi ve buna bağlı olarak işletme değerlemeleri gibi medeni hukukun özellikle aile hukukunun mali boyutlu konuları yer almaktadır. Adli muhasebeciler muhasebe boyutu olan herhangi bir davada davacının, davalının, hakimin yeterli bilgiye sahip olmadığı -bu kişilerden yeterli muhasebe bilgisine sahip olmasını beklemek şu an için mümkün değildir- mahkemeye hizmet vermektedirler ve hatta adli muhasebecilerin dava desteği bazı durumlarda sadece hukuk davaları ile sınırlı kalmamakta, işin finansal boyutunun olduğu örneğin; bir dolandırıcılık, zimmete para geçirme, rüşvet gibi suçlardan dolayı işlenen cinayetlerde ceza davaları için de adli muhasebeciler mahkemelere dava desteği sağlamaktadır.

Adli muhasebecilerin davalardaki yardımları farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bunlar; boşanma durumlarında işletme değerlemeleri, mahrum kalınan kazançların hesaplanması ve doktrindeki bazı görüşlere göre uzman şahitliktir.²² Uzman şahitlik diğer hizmet şekillerine göre çok daha fazla öneme sahip olduğu ve çok daha fazla karşılaştığı için dava destek danışmanlığı içinde değil, ayrı bir hizmet olarak nitelendirmek daha doğru bir yöntem olacaktır.

²⁰ Ahmet Erdal Özkol, "Bilirkişilik ve Adli Muhasebe", Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, C.7, S.3 (2005): 73-74; Karacan, "Hukuk ile Muhasebenin Kesişme Noktası: Adli Muhasebe", 113; Bekçioğlu, Coşkun ve Gümüş, "İşletmelerde Hile ve Yolsuzlukların Önlenmesinde Farklı Bir Yaklaşım: Adli Muhasebe", 7.

²¹ Zobihollah Rezaee, Gerald H. Lander ve Alan Reinstein, "Integrating Forensic Accounting Into the Accounting Curriculum", Accounting Education, C.1, S.2 (1996): 148.

²² Cengiz Toraman, Hasan Abdioğlu ve Burcu İşgüden, "Aklama Suçunun Önlenmesine Yönelik Çabalar: Adli Muhasebecilik Mesleği ve Uygulamaları", Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.11, S.1 (2009): 20; Aktaş ve Kuloğlu, "Adli Muhasebe ve Adli Muhasebecilik Mesleği", 110; Les Nunn, Brian L. McGuire, Carrie Whitcomb ve Eric Jost, "Forensic Accountants: Financial Investigators", 3.

3.1.1. Boşanma Davalarında

Boşanma davaları medeni hukukun konusu dahilindedir. Ancak bir boşanma davasında, eşlerden birinin yada her ikisinin bir ticaret ortaklığında paylarının bulunması veya hatırı sayılır bir malvarlığına sahip olmaları halinde boşanma davasının finansal boyutlarının ortaya konulması için adli muhasebeciye ihtiyaç duyulacaktır.²³ Çünkü boşanma durumunda eşlerin sahip olduğu bu malvarlığının hukuka uygun bir şekilde pay edilmesi gerekmektedir. Mal rejiminin tasfiyesinde özellikle de eşlerin miktarca, meblağca yüklü malvarlığına sahip olduğu boşanma davalarındaki mal rejiminin tasfiye edilip malvarlığının eşlere tabi oldukları mal rejimine uygun şekilde pay edilmesinde, hakimler almış oldukları hukuk eğitimi esnasında yeterli düzeyde muhasebe eğitimi görmedikleri için bu konuda uzman değillerdir ve dolayısıyla ilgili hesaplamaları ve malvarlığının değerlendirilmesini doğru bir şekilde yapabilecek olan adli muhasebecinin uzmanlığına başvurulacaktır.

Malvarlığına ilişkin mahkemeye sunulan belgeler kanunun belirlediği şartlara uygun hazırlanmış olsa dahi hazırlanma amacı farklı olabilir. Bilirkişi (çoğunlukla mali müşavir veya bağımsız denetçi), belgelerin kanunun belirlediği şartlara uygun hazırlanıp hazırlanmadığını incelerken; adli muhasebeci bu belgelerin kullanım niyetini irdeler. Bir başka anlatımla, bilirkişi çok sayıda rakamlarla ilgilenirken, adli muhasebeci bu rakamların arka planına odaklanır.²⁴

3.1.2. Miras Davalarında

Miras hukukunun ilk bakışta adli muhasebeyi ilgilendiren bir tarafının olmadığı düşünülebilir. Fakat boşanma davalarının yoğun hesap ve değerlendirme gerektiren hallerinde olduğu gibi mirasbırakanın terekesinde hatırı sayılır miktar ve meblağda malvarlığı değerlerinin bulunması ve mirasçıların bu malvarlığının paylaşımında uyuşmazlığa düşmesi durumunda gerekli değerlendirme ve hesaplamaların mahkemece yapılması gerekecektir. Yine mirasçılar arasında uyuşmazlık durumunda tenkis veya denkleştirme de mahkemece yapılacaktır. Mevcut hukuki düzenlememizde bu hesaplamalar bilirkişi tarafından yapılmaktadır. Fakat bu hesaplamaları yapan ve raporu düzenleyip dosyaya sunan bilirkişilerin hukuk bilgisinin yetersizliği uyuşmazlığın hukuka uygun bir şekilde giderilmesi bakımından burada da adli muhasebecinin gerekliliği ortaya koyacaktır.

²³ Kaya, "Muhasebe Mesleğinde Adli Muhasebe Uzmanlığı ve Türkiye Açısından Gerekliliği", 54.

²⁴ Hayrettin Usul ve Metin Topçuoğlu, "Finansal Manipülasyonların Ortaya Çıkarılması ve Önlenmesinde Adli Muhasebenin Önemi: Türk Hukuk Sisteminde Var Olması Gerekliliği Üzerine Bir Tartışma", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.16, S.3 (2011): 59.

Mirasın paylaşımı gibi finansal boyutu olan uyumsuzlukların sonuçlandırılması hukuk bilgisi dışında ekonomi ve muhasebe bilgilerini de gerektirmektedir. Bu nedenle mahkemeye yardım edecek, finansal boyutu olan uyumsuzluklarda kayıtların ve belgelerin tespitini ve incelemesini gerçekleştirecek, ortaklık malvarlığı değerlerinin ve alacaklıların korunması sağlayacak uzman bir bilirkişinin katkısı zorunludur. Bu bilirkişinin adli muhasebeci olacağı da aşıkardır.²⁵

3.1.3. Mahrum Kalınan Kazanç Davaları

Mahrum kalınan kazanç; olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar nedeni ile kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder. Mahrum kalının kazanç sonunda malvarlığının fiili durumu değişmemekte, söz konusu olay malvarlığının gelecek muhtemel artışını önlemektedir. Örneğin; A, B tarafından yaralandığı için çalışmamakta, bu nedenle de elde edebileceği kazançtan mahrum kalmaktadır. Bir diğer örnek, öldürülme durumunda desteklerini kaybeden kişilerin (öldürülen şahsın baktığı, geçimlerini sağladığı ailesi, akrabası, yakınları gibi kimselerin) uğradıkları zarar mahrum kalınan kazançtır. TBK m.53-54'de yer alan, hakimin hükmedecek olduğu tazminat bu mahrum kalmaya ilişkindir.

Mahrum kalınan kazançta zarar gören, uğradığı zarar olmasaydı herhangi bir kazanç elde edeceğini ancak bu zarar nedeniyle bunun engellendiğini kanıtlamalıdır. Yani elde edemeyeceği kazanç ile uğradığı zarar arasında illiyet bağı kurulmalıdır.

Mahrum kalınan kazancın hesaplanmasında mevcut kazancı yada şuan-daki geliri üzerinden değil, ileride gerçekleşecek gelir imkanları üzerinden bir hesaplama yapılır. Örneğin; alacağı emekli maaşı, ikramiyeleri, primleri vb. kazançlar göz önüne alınmalıdır. Bu noktada hesap yapmak uzmanlık gerektirmektedir. Mahkemenin bu hesabı tam ve doğru olarak yapması pek de mümkün değildir. İş yoğunlukları da dikkate alındığında mahkemenin mahrum kalınan kazancı hesaplamak için çok fazla zamanı da bulunmamaktadır. Çok titiz, doğru bir şekilde hesaplama yapılması için konusunda uzman bir kimsenin desteğine ihtiyaç vardır. Bu noktada bu görevi yerine getirecek olan adli muhasebeciden başkası değildir.

Günümüzde kıymeti hızla artan bilgi, mahkemeler için de olmazsa olmaz bir unsur olmuştur. Muhasebe ve hukuk bilgisinin yoğun olduğu adli muhasebecilik gerek boşanma davalarında mal rejimi tasfiyesinde ve malvarlığı değerlemelerinde gerek mirasçılar arası finansal uyumsuzluklardaki hesaplama

²⁵ Usul ve Topçuoğlu, "Finansal Manipülasyonların Ortaya Çıkarılması ve Önlenmesinde Adli Muhasebenin Önemi: Türk Hukuk Sisteminde Var Olması Gerekliği Üzerine Bir Tartışma", 61.

ve değerlemeyi gerektiren hallerde ve gerekse mahrum kalınan kazancın hesaplanmasında dava desteği kapsamında yararlanılması gereken bir disiplin olmuştur.

3.2. Hile Denetimi

Hile en genel tanımıyla kasıtlı aldatma anlamına gelmektedir.²⁶ Günümüzde işletme çalışanlarının çalıştıkları işletmelere ekonomik anlamda hile yaparak vermiş oldukları zararlar hem boyut hem sayı olarak gittikçe artmaktadır. Bu hileler, zararların bazen işletmelerin kabul edebildikleri oranlar içinde kalmaları veya hileyi ve yapını tespit edememeleri gibi nedenlerle önlenememektedir.²⁷

Hile denetimi yapan adli muhasebeci çoğunlukla taşınmaz ve sigorta dolandırıcılığı, işgören hırsızlığı, rüşvet alma gibi ceza yargılamasına konu olan uyumsuzluklarla ilgilenir.

İşletmelerdeki hileler şu şekillerde ortaya çıkabilmektedir:²⁸ İşletme çalışanları tarafından işletmelere karşı yapılan hileler, beyaz yakalılar tarafından işlenen suçlar, işletme tepe yöneticilerinin işletme ilgililerini yanıltmaya yönelik olarak yaptıkları mali tablo ilkeleri, yatırımlarla ilgili hileler, ticari rüşvetler ve komisyonlar, banka işlemleri ile ilgili hileler, elektronik fon transferleri ile ilgili hileler, kredi kartı hileleri, bilgisayar hileleri ve internet yolu ile yapılan hileler.

Görüldüğü gibi yapılan hileler oldukça geniş alana yayılmış olup bu alanlarda uzmanlığı bulunmayan bir muhasebecinin yapılan hileleri bulması veya hilelere karşı önlem alması mümkün görünmemektedir.

Adli muhasebeciler hizmet verdiği işletmeye hile denetimi konusunda şu hizmetleri sunmaktadır:²⁹ İşletme kayıtlarında suç unsuru sayılabilecek herhangi bir faaliyet olup olmadığının tespit edilmesi (Adli muhasebeci bu hizmet kapsamında stokların aşırı değerlendirilip değerlendirilmediğinden başlayarak, giderlerin yanlış aktifleştirilip aktifleştirilmediği, kazançların hatalı raporlanıp raporlanmadığına kadar her faaliyeti yakından inceler.), işletme için bir hile önleme stratejisinin geliştirilmesi ve işletmedeki iç kontrol sisteminin veya prosedürlerdeki zayıflıkların tespitine yönelik özel bir finansal sistemin kurulup kurulamayacağına değerlendirilmesi.

Adli muhasebeci tüm bu hizmetlerin yanında işletmeler için öğretici bir rol de üstlenirler. İşletmeler yolsuzluklarla nasıl mücadele edileceğini ve açıkların neler olduğunu adli muhasebeciden öğrenecektir. Ayrıca yolsuzluk-

²⁶ Kurt ve Elagöz, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Perspektifinde Adli Muhasebecilik Mesleğine Bakış", 217.

²⁷ Özkol, "Bilirkişilik ve Adli Muhasebe", 74.

²⁸ Bozkurt, "Muhasebe ve Denetim Mesleğinde Yeni Bir Alan 'Adli Muhasebecilik'", 59.

²⁹ Kaya, "Muhasebe Mesleğinde Adli Muhasebe Uzmanlığı ve Türkiye Açısından Gerekliği", 56.

ları önleme konusunda nasıl bir sistem kurulacağı konusunda da adli muhasebeci, işletmelere eğitim vermektedir.³⁰

Hile denetçileri olarak adli muhasebeciler, işletmede kimler tarafından ve ne şekillerde hile yapıldığını tespit edebilmektedirler. İşletme tepe yönetimi ise, daha fazla kredi alabilmek, borsada hisse senedi fiyatlarını yükseltmek, hisse başına karı artırmak, işletmenin imajını güçlendirmek, az vergi ödemek, az kar dağıtmak gibi çok farklı nedenlerle işletmenin mali tablolarını olduğundan farklı göstermeye yönelik muhasebe hileleri yapabilmektedir.³¹ Adli muhasebeci bütün bu hilelerin tespitinde aktif rol alabilmektedir. Adli muhasebeciler, mali durum beyanlarına ilişkin yukarıda sayılan hileleri açığa çıkarabilmek için, finansal bildirim, oran analizi ve verilerin tahrif edilmiş olma ihtimalini belirlemek amacıyla kullanılan Benford Yasası gibi belirli veri inceleme tekniklerini kullanarak analiz ederler.³² Buna göre, bir sayı listesi içerisinde ilk rakamların görünüş sıklığını kıyaslayarak, hileli sayıları veya muhasebe hatalarını tespit etmek mümkündür.³³ Bu yasa, rakamların ortaya çıkış sıklıkları yani frekansları ile gerçek bir muhasebe evreninde ortaya çıkan ilk rakamların frekanslarının karşılaştırılmasına dayanmaktadır. Frekanslar Benford Yasası'na uymayan bir şekilde değişiyorsa, bu durum, bunu yaratan kasıtlı bir eylemin, yani muhasebe hilesinin varlığını göstermektedir.³⁴ Benford Yasası'nı kullanarak yapılan sayısal analizler, hile olasılığını belirlemede kullanışlı yöntemlerden biridir.

Adli muhasebeciler, hileyi tespit ederken "Kırmızı Bayraklar" olarak ifade edilen bir yaklaşımı da kullanabilmektedir ve bu yaklaşım kapsamında adli muhasebeciler, hileye ilişkin işaretler, diğer bir ifade ile kırmızı bayrakları bulmayı öğrenmelidir.³⁵

³⁰ Norman Inkster, "Forensic Accounting", CMA Magazine, C.70, S.3 (1996): 13.

³¹ Nejat Bozkurt, "Mali Tablolarda İşletme Yönetimi Tarafından Yapılan Muhasebe Hileleri", Muhasebe ve Finansman Dergisi, Y.9, S.12 (2000): 16.

³² S. Burak Arzova, "İşletmelerde Çalışanlar Tarafından Yapılan Hilelerin Kırmızı Bayraklar Yoluyla İzlenmesi", Muhasebe ve Finansman Dergisi, S.20 (2003): 120; Pamukçu, "Adli Muhasebe ve Bağımsız Denetim Sürecine Etkisi", 240; İbrahim Aksu, Ahmet Uğur ve Yusuf Cahit Çukacı, "Adli Muhasebe ve Adli Muhasebecilik Mesleğinin Bir Kolu Olarak Bilirkişilik", Balıkesir Üniversitesi Bandırma İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Akademik Fener Dergisi, S.9 (2008): 65; Ayşegül Ciğer ve Yunus Topsakal, "Adli Muhasebecilik Mesleğine Genel Bakış: Adli Muhasebe Eğitiminin Faydaları ve Engelleyicileri", Akdeniz İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S.31 (2015): 75.

³³ Aktaş ve Kuloğlu, "Adli Muhasebe ve Adli Muhasebecilik Mesleği", 111; Ciğer ve Topsakal, "Adli Muhasebecilik Mesleğine Genel Bakış: Adli Muhasebe Eğitiminin Faydaları ve Engelleyicileri", 75.

³⁴ Arzova, "İşletmelerde Çalışanlar Tarafından Yapılan Hilelerin Kırmızı Bayraklar Yoluyla İzlenmesi", 121; Hakan Aracı ve Ece Çevik Özcan, "Adli Muhasebe: Adli Muhasebecilik Mesleği Yetkinlikleri, Önemi ve Türkiye'deki Yeri", Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.26, S.3 (2019): 805.

³⁵ Pazarçeviren, "Adli Muhasebecilik Mesleği", 6.

Adli muhasebe eski borç ve kredi muhasebesinden farklıdır. Çünkü adli muhasebe organizasyonların içinde varolan çeşitli uyumsuzluklara çözüm yolları bulunmasına yardımcı olan muhasebe analizlerini sağlar.³⁶

3.3. Uzman Şahitlik

Günümüzde davaya konu olan işlemlerin fazlalaşması adli muhasebeciye uzman şahit olarak duyulan ihtiyacı artırmıştır. Uzman şahitliğe genellikle muhasebe alanındaki konularda başvurulmakla birlikte, gerekli durumlarda başka konularda da uzman şahitlikten yararlanılabilmektedir.

Adli muhasebeci uzman görüşü alınmak üzere duruşmaya davet edilebilir. Burada amaç, iddiaların ilgili alanın uzman şahidinin ifadesiyle desteklenmesi ve yargılamanın yanlıgıdan uzak, tarafsız, doğru bir biçimde yapılmasının sağlanmasıdır. Davanın taraflarının her ikisinin de duruşmaya kendi uzman şahitlerini getirmeleri ender bir uygulamadır fakat buna engel bir durum da bulunmamaktadır. Her iki taraf da uzman şahit olarak bir adli muhasebeciden destek almaktaysa, hangi tarafın uzman şahidinin daha tereddütsüz, doğru ve tarafsız olduğuna bakılır.

Bir uzman şahit, avukatlara olgular, konular ve olaya ilişkin strateji belirleme konusunda yardımcı olması amacıyla danışman olarak yargılama sürecine dahil edilebilir. Hem davacı hem de davalı belirtilen amaçlar kapsamında uzman şahitlikten yararlanabilmektedirler. Bazı karmaşık muhasebe davalarında mahkeme de karşıt taraflarca sunulan bilgilerin açıklığa kavuşması amacıyla uzman şahitten yararlanabilmektedir. Uzman şahitten bir uyumsuzlukta kesin kanaatte bulunması istenebilir. Uzman şahidin görevlendirilmesi mahkemece veya davanın taraflarının anlaşmasıyla olabilmektedir.³⁷

Adli muhasebeci uzman şahit olarak, kanunun yürürlüğe konmasına, takibine ve hatta bazı durumlarda medeni veya cezai hatalara ve beyaz yaka suçlarına yönelik olarak mahkemelere yardımcı olabilmektedir. Adli muhasebeciler, belirli bir durumda soruşturma gerçekleştirebilirler, adli muhasebeci olarak dava desteği sağlayabilirler ve sonrasında elde ettiği bulgulara dayanarak ifade verebilirler. Hesap denetimi, değerlendirme veya adli muhasebenin herhangi bir yönüne ait denetleme ve değerlendirme işleri başkalarınca yapıldığı zaman adli muhasebeci olarak dava desteği sağlayabilirler. Sonrasında uzman şahit olarak yapılan işin ve belirli bir olayda ulaşılan sonuçların uygunluğuna veya uygunsuzluğuna yönelik ifade verebilirler.

Adli muhasebeci herhangi bir soruşturmada olası veya mevcut dolandırıcılıkla ilgili olarak konuların değerlendirilmesinde dava vekiline yardımcı

³⁶ Owojori ve Asaolu, "The Role of Forensic Accounting in Solving the Vexed Problem of Corporate World", 184.

³⁷ William T. Thornhill, Forensic Accounting: How to Investigate Financial Fraud, (Business One Irwin Professional Accounting Library, 1995), 214.

olabilmektedir. Bir adli muhasebeci uzman şahit olarak, dava konusu ile ilgili gerekli araştırmaları yapmakta ve gerekli verileri toplamaktadır. Daha sonra bu verilerden hareketle bir sonuca ulaşmaya çalışmakta, ortaya çıkardığı sonucu mahkemede açık ve net bir biçimde ortaya koymaktadır.

Yargılamada uzman şahitlik yapan bir adli muhasebeci, usul hukukundaki şahitlikten farklı olarak hem davalı hem de davacı tarafın uzman şahitliğini yapabilmektedir. Bu durumda şahitliğin çerçevesi de genişleyecektir. Şahitlik konuları uzmanlık alanlarına göre; hırsızlık, dolandırıcılık, işletme hileleri, zimmet, yolsuzluk, vergi kaçakçılığı gibi çok çeşitli konuları kapsayabilir.³⁸ Adli muhasebeci uzman şahitlik yaparken, uyuşmazlık hakkında gerekli verileri toplayıp bu verilerden bir kanaate ulaşır ve kanaatini duruşma sırasında hakime ve avukatlara aydınlatıcı şekilde açıklar.³⁹

Uzman şahitlik yapan adli muhasebeci topladığı veriler sonucu ulaştığını kanaatine kendi düşünce ve hislerini dahil etmeyip tamamen tarafsız ve bağımsız olmalıdır. Kanaatini açıklarken sade ve anlaşılır bir dil kullanmalıdır.

Finansal durum tespiti yapmak, verileri toplayıp analiz etmek, karşı tarafın uzman şahidinin sunduğu verilerin aksini ispatlamak, mahkemenin ve avukatların yorumlaması mümkün olmayan belgelerin yorumunu yapmak ve usul hukuku dahilinde şahitlik yapanların ifadelerini dinleyerek ifadelerdeki çelişkili, yanlış yada yanıltıcı hususları belirlemek gibi çok çeşitli konularda adli muhasebecilerden uzman şahitlik yapması talep edilebilir.⁴⁰

Uzman şahitler çok geniş bir çalışma alanına sahip olmalarına rağmen, mahkemelerdeki çalışma konuları üç temel grupta toplanabilir:⁴¹ Uyuşmazlık konusuna ilişkin araştırmalar yaparak verileri toplamak, elde ettiği verilerin analizini yapıp bu analiz sonuçları doğrultusunda bir kanaate ulaşmak, kanaatini duruşma sırasında mahkemeye aydınlatıcı ve öğretici bir biçimde açıklamak.

SONUÇ

Hileli, muvazaalı işlemlerin ve yolsuzlukların sayısındaki artış ile birlikte mahkemelerin özellikle muhasebe konusunda uzman kişilere ihtiyacını da artırmıştır. Ülkemizde uyuşmazlıklarında çözümünde mahkemelere sağlanan destek bilirkişiler vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Oysaki uyuşmazlık finansal boyutu olan, karmaşık mali hesapları, hileli, muvazaalı işlemleri içeren bir konu ile ilgili ise bilirkişiler görüş bildirmek için çoğu kez yetersiz kalmakta-

³⁸ Thornhill, *Forensic Accounting: How to Investigate Financial Fraud*, 13.

³⁹ Aktaş ve Kuloğlu, "Adli Muhasebe ve Adli Muhasebecilik Mesleği", 113.

⁴⁰ Özko, "Bilirkişilik ve Adli Muhasebe", 75; Aksu, Uğur ve Çukacı, "Adli Muhasebe ve Adli Muhasebecilik Mesleğinin Bir Kolu Olarak Bilirkişilik", 64; Elitaş, "Seçilmiş Örneklerle Adli Muhasebe Eğitimi ve Türkiye İçin Bir Değerlendirme", 159.

⁴¹ Bozkurt, "Muhasebe ve Denetim Mesleğinde Yeni Bir Alan 'Adli Muhasebecilik'", 67.

dır. Kaldı ki bu bilirkişiler muhasebe bilgisine sahip olsalar dahi, görünürdeki işlemlerin veya kayıtların, belgelerin arkasındaki gizlenen durumları görmedikleri ve yeterli düzeyde hukuki bilgiye sahip olmadıkları için uyuşmazlığın çözümünde mahkemeye yeterince destek olamamaktadır. Belki işletmelerin hileli işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda muhasebeci yada mali müşavir bilirkişiler defter ve kayıtları inceleyerek sonuca ulaşabilir. Fakat söz konusu hileli veya muvazaalı işlem yada uyuşmazlık aile hukukuna dahil olan boşanma davasının finansal boyutunu ilgilendiriyor ise yada miras ile ilgili paylaşım, tenkis yada denkleştirme gibi finansal boyutu olan medeni hukuka dahil bir uyuşmazlık ise, muhasebeci veya mali müşavir olan bilirkişinin hukuki bilgisinin yetersizliği nedeniyle uyuşmazlığın çözümünde mahkemeye sağlayacağı destek çok sınırlı olacaktır.

Gerek dava destek danışmanı, gerekse uzman şahit olsun mahkemelere uyuşmazlığın çözümünde destek olacak, tarafsız görüş bildirecek ve rapor sunacak olan kimselerin adli muhasebe konusunda eğitim almış olması gerekmektedir. Hatta bu eğitimi adli muhasebeciliği meslek olarak yapacak kimselerin alması çok daha yerinde olacaktır. Zira şu an ülkemizde olduğu gibi, halihazırda bir mesleği olup, birkaç haftalık bir eğitim sonucu aldığı adli muhasebeci sertifikası ile bilirkişilik mantığında adli muhasebecilik yapmak mahkemelere yine yeterli ve doğru desteği sunmayacaktır.

Adli muhasebeyi uygulayan ülkelerde adli muhasebe eğitimi genellikle okullarda lisans düzeyinde verilmektedir ve ayrıca adli muhasebe ile ilgili hükümler mevzuata eklenmektedir. Lisans eğitiminin ardından yapılan sınavlar sonucunda verilen adli muhasebecilik belgesi ile adli muhasebeciliği meslek olarak yapmaya başlamayan adli muhasebeciler birçok uyuşmazlığın çözüme kavuşmasında aktif rol oynamaktadır.

Muhasebe bilgisi ve tecrübesinin yasal sorunların çözümünde kullanılması anlamına gelen adli muhasebecilik gelişmiş ülkelerde sık başvurulmuş bir yol olmasına rağmen henüz ülkemizde adli muhasebecilik ile ilgili yasal bir düzenleme mevcut değildir. Bağımsız denetçiler adli muhasebeci gibi görev yapsalar dahi, bu tam olarak adli muhasebecilik kapsamında değerlendirilememektedir. Özellikle medeni hukukun finansal boyutu olan ve hileye başvurulması olası uyuşmazlıklarında, uyuşmazlığı sadece muhasebe hesapları yönüyle inceleyebilen ve mesleği mali müşavirlik yada muhasebecilik olan bilirkişilerin raporlarının mahkemelerin yargılama sürecine ne derece katkı sağlayacağı ortadadır. Dolayısıyla adli muhasebeciliğe meslek olarak yer verip mevzuatımızda düzenleme yapmamız finansal boyutlu hukuki uyuşmazlıkların kısa sürede ve doğru şekilde sonuçlanması bakımından büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Aksu, İbrahim, Uğur, Ahmet ve Çukacı, Yusuf Cahit, "Adli Muhasebe ve Adli Muhasebecilik Mesleğinin Bir Kolu Olarak Bilirkişilik", *Balıkesir Üniversitesi Bandırma İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Akademik Fener Dergisi*, S.9 (2008): 63-71.
- Aktaş, Hüseyin ve Kuloğlu, Gökhan, "Adli Muhasebe ve Adli Muhasebecilik Mesleği", *Muhasebe ve Denetim Bakış*, Y.8, S.25 (2008): 101-120.
- Aracı, Hakan ve Çevik Özcan, Ece, "Adli Muhasebe: Adli Muhasebecilik Mesleği Yetkinlikleri, Önemi ve Türkiye'deki Yeri", *Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.26, S.3 (2019): 801-813.
- Arzova, S. Burak, "İşletmelerde Çalışanlar Tarafından Yapılan Hilelerin Kırmızı Bayraklar Yoluyla İzlenmesi", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, S.20 (2003): 118-126.
- Bekçioğlu, Selim, Coşkun, Ahmet ve Gümüş, Umut Tolga, "İşletmelerde Hile ve Yolsuzlukların Önlenmesinde Farklı Bir Yaklaşım: Adli Muhasebe", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, S.59 (2013): 1-16.
- Bologna, G. Jack ve Lindquist, Robert J., *Fraud Auditing and Forensic Accounting: New Tools and Techniques*, (John Wiley&Sons Inc., 1987).
- Bozkurt, Nejat, "Mali Tablolarda İşletme Yönetimi Tarafından Yapılan Muhasebe Hileleri", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, Y.9, S.12 (2000): 15-22.
- Bozkurt, Nejat, "Muhasebe ve Denetim Mesleğinde Yeni Bir Alan 'Adli Muhasebecilik'", *Yaklaşım Dergisi*, S.94 (2000): 56-61.
- Çiğer, Aysegül ve Topsakal, Yunus, "Adli Muhasebecilik Mesleğine Genel Bakış: Adli Muhasebe Eğitiminin Faydaları ve Engelleyicileri", *Akdeniz İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S.31 (2015): 70-88.
- Cole, Nathaniel, "Money Laundering: Forensic Accounting As An Expert Witness", *The Institute of Chartered Accountants of Nigeria 38th Annual Accountants' Conference*, Ekim (2008).
- Crumbley, D. Larry, "Forensic Accountants Appearing in the Literature", *New Accountant*, C.10, S.7 (1995): 23-25.
- Crumbley, Larry, "New Technologies' Effect on Forensic Auditing", *Fifteenth Annual International Financial Management Conference*, C.2, Nisan (2001): 202-212.
- Crumbley, D. Larry ve Apostolou, Nicholas, "Forensic Accounting: A New Growth Area in Accounting", *Ohio CPA Journal*, C.61, S.3 (2002): 16-21.
- Elitaş, Bilge Leyli, "Seçilmiş Örneklerle Adli Muhasebe Eğitimi ve Türkiye İçin Bir Değerlendirme", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, S.55 (2012): 153-172.

- Erol, Mikail, "İşletmelerde Yaşanan Yolsuzluklara (Hata ve Hileler) Karşı Denetimden Beklentiler", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.13, S.1 (2008): 229-237.
- Gülten, Selçuk, "Adli Muhasebe Kavramı ve Adli Müşavirlik Mesleği", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.68, S.3 (2010): 311-320.
- Inkster, Norman, "Forensic Accounting", *CMA Magazine*, C.70, S.3 (1996): 11-14.
- Karacan, Sami, "Hukuk ile Muhasebenin Kesişme Noktası: Adli Muhasebe", *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, Y.4, S.8 (2012): 105-128.
- Kaya, Uğur, "Muhasebe Mesleğinde Adli Muhasebe Uzmanlığı ve Türkiye Açısından Gerekliliği", *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*, C.7, S.1 (2005): 49-64.
- Kurt, Ahmet ve Elagöz, İsmail, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Perspektifinde Adli Muhasebecilik Mesleğine Bakış", *Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi*, C.10, S.1 (2015): 213-238.
- Nunn, Les, McGuire, Brian L., Whitcomb, Carrie ve Jost, Eric, "Forensic Accountants: Financial Investigators", *Journal of Business & Economics Research*, C.4, S.2 (2006): 1-6.
- Oberholzer, Corné, *Quality Management in Forensic Accounting*, Gordon Institute of Business Science, University of Pretoria, (2002).
- Owojori, Anthony Adekunle ve Asaolu, T. O., "The Role of Forensic Accounting in Solving the Vexed Problem of Corporate World", *European Journal of Scientific Research*, C.29, S.2 (2009): 183-187.
- Özdemir, Murat, "Konkordato Talebinde Adli Muhasebe Desteği", *Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi*, C.5, S.2 (2019): 16-22.
- Özkol, Ahmet Erdal, "Bilirkişilik ve Adli Muhasebe", *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*, C.7, S.3 (2005): 69-80.
- Öztürk, Seyhan, Topal, Ayhan ve Kaya, Yunus, "TRA 2 Bölgesi Akademisyenlerinin Bakış Açısıyla Adli Muhasebe Eğitimi", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, S.81 (2019): 163-182.
- Pamukçu, Ayşe, "Adli Muhasebe ve Bağımsız Denetim Sürecine Etkisi", *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi*, C.12, S.48 (2017): 227-244.
- Pazarçeviren, Selim Yüksel, "Adli Muhasebecilik Mesleği", *Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.1, S.2 (2005): 1-19.
- Rezaee, Zobihollah, Lander, Gerald H. ve Reinstein, Alan, "Integrating Forensic Accounting Into the Accounting Curriculum", *Accounting Education*, C.1, S.2 (1996): 147-162.
- Şenel, Said Alpagut ve Öznur, Arslan, "Muhasebe Skandallarının Önlenmesinde Adli Muhasebe Mesleğinin Rolü", *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C.20, S.1 (2019): 293-308.

- Thornhill, William T., *Forensic Accounting: How to Investigate Financial Fraud*, (Business One Irwin Professional Accounting Library, 1995).
- Toraman, Cengiz, Abdioğlu, Hasan ve İşgüden, Burcu, "Aklama Suçunun Önlenmesine Yönelik Çabalar: Adli Muhasebecilik Mesleği ve Uygulamaları", *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.11, S.1 (2009): 17-55.
- Ulucan Özkul, Fatma ve Pektekin, Pınar, "Muhasebe Yolsuzluklarının Tespitinde Adli Muhasebecinin Rolü ve Veri Madenciliği Tekniklerinin Kullanılması", *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*, C.11, S.4 (2009): 57-88.
- Uşul, Hayrettin ve Topçuoğlu, Metin, "Finansal Manipülasyonların Ortaya Çıkarılması ve Önlenmesinde Adli Muhasebenin Önemi: Türk Hukuk Sisteminde Var Olması Gerekliliği Üzerine Bir Tartışma", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.16, S.3 (2011): 53-66.

KİŞİLİK HAKKI ÇERÇEVESİNDE ÇOCUĞUN BENZERSİZ OLMA HAKKI

*Sera REYHANI YÜKSEL**

GİRİŞ

Çocukluk geçip gitmesi ve hiçbir şey yapılmaksızın bir an önce yetişkinliğe ulaşılması beklenen bir dönem değildir. Çocukluk bir gelişme sürecidir ve bu süreçte yetişkinliğe hazırlanması için çocuğun desteklenmesi gerekir¹.

Çocukluk sadece belirli bir düşünsel olgunluğa erişene kadar kişinin korunması/kollanması gereken bir dönemi ifade eder. Bu nedenle çocuklar yetişkinlerin eşiti olarak görülmeli ve toplumun eşit bireyleri olarak muamele görmelidir.

Herkes kişi olması dolayısıyla kişilik hakkına sahiptir ve hiç şüphesiz çocuk da kişi olduğu için kişilik hakkına sahiptir ve kişilik hakkının sağladığı korumadan yararlanır. Kişilik hakkı kavramı esnek bir kavram olduğu için klasik bağlamı dışında yani kişinin adı, resmi, yaşamı, beden bütünlüğü dışında içinde bulunulan zamana göre de yorumlanmalı ve içeriği doldurulmalıdır. Mesela bir kimsenin, doğal olarak bir çocuğun, sağlığına zarar vermek koşuluyla, kişilik hakkı kapsamında benzersiz olma hakkının da olduğu yani kendi bağımsız kişiliğini, özgün görüntüsünü oluşturma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

Kişilik hakkına yönelik koruma çocuğa uzak kimseler bakımından da söz konusu olabileceksede en yakını olan kimselerin diğer bir ifadeyle anne ve babanın kişilik hakkını oluşturan değerlere müdahalesi daha fazla olabileceğinden çocuğun özellikle bu kimselere karşı koruma görmesi gerekmektedir. Üstelik anne ve babanın çocuk üzerindeki velayetlerini yanlış yorumlayarak çocuğun benliğini dışlayarak onun kişiliğine kendi istedikleri gibi yön vermeleri tehlikesi çok fazladır. Şüphesiz mesela toplumun dayattığı ideal görüntünün, belirli mesleklere sahip olunmasının kişiyi daha başarılı kıldığı yönündeki algının da benzersiz olma hakkına müdahale ettiği açıktır ama bir çocuğu her durumda destekleyen bir anne ve babanın varlığı geri kalan herkesi

* Doç. Dr., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sereyhani@hotmail.com,

¹ Müberra Algan, Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s. 308.

önemsiz kılacaktır ve bağımsız bir kişilik oluşturmak yolunda anne ve babasının desteğini alan çocuk bu hedefe daha kolay ulaşacaktır. Bu nedenle çocuğun benzersiz olma hakkı konusu değerlendirilirken anne ve babanın bu hakka müdahalesi ve gerektiğinde anne ve babaya karşı çocuğun korunması ele alınmıştır.

I. Kavramlar

a. Kişilik ve Benlik Kavramı

Kişilik, kalıtım ile getirilen özellikler yanında çevrenin kişiye kazandırdığı özelliklerin tümü olup bir insanın bedensel, zihinsel ve ruhsal tüm özelliklerini kapsamına alır ve insanın duygu, tutum ve davranışlarının örgütlenmiş, kalıplaşmış, alışkanlık haline gelmiş bütünü; bir insanı diğerlerinden ayıran özelliklerini, çevresine uyum sağlamak için geliştirdiği davranış şeklini ifade eder². Bir kimsenin kendine göre belirgin bir özelliği olması durumu olup bir kimseyi diğerinden farklı kılan tüm ayırıcı özellikleri onun kişiliğidir³.

Kişinin tavır alışları, çevresini algılayışı, gösterdiği uyum tarzı ve tepkileri kişilik başlığı altında toplanırken; kişiliğin bir alt yapısını benlik oluşturur ve benlik, bireyin kişiliğine ait kanıdır, kendini algılayış biçimidir, kişiliği yönlendirir ve biçimlendirir⁴. Benlik kavramı bir bireyin sadece kendine özgü tutumlardan, duygulardan, algılardan, değerlerden ve davranışlardan ibaret kendine ilişkin görüşüdür⁵. Diğer bir ifadeyle benlik, bireyin kendisiyle ilgili algılamalarından ve değerlendirmelerinden oluşmaktadır⁶.

Hukuken kişilik kavramı ise gerçek kişilerin doğumlarından ölümlerine kadar; tüzel kişilerin ise hak ehliyetlerini kazandıkları andan sona ermelerine kadar kişi olmaları dolayısıyla ayrılmaz bir şekilde sahip oldukları, hukuken korunan değerleri belirtir⁷. Doktrinde kişilik kavramının dar ve geniş anlamda olmak üzere iki anlamda da kullanıldığı ve dar anlamda kişiliğin,

² Mevlüt Kaya, "Ailede Anne-Baba Tutumlarının Çocuğun Kişilik ve Benlik Gelişimindeki Rolü", <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/188683>, Erişim Tarihi: 10.06.2022, s. 194.

³ Adnan Kulaksızoğlu, Ergenlik Psikolojisi, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 2019), s. 112.

⁴ Esra Aslan, "Benlik Kavramı ve Bireyin Yaşamındaki Etkileri", M.Ü Atatürk Eğitim Fakültesi, Eğitim Bilimleri Dergisi 1992, Sayı 4, s. 7.

⁵ Mary J. Gander/Harry W. Gardiner, Çocuk ve Ergen Gelişimi, Yayıma Hazırlayan: Bekir Onur, Çevirenler: Ali Dönmez/Nermin Çelen, (Ankara: İmge Kitabevi, 2015), s. 492.

⁶ Kulaksızoğlu, Ergenlik, s. 112.

⁷ Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021), s. 26; Kişilik, kişinin kişi olması dolayısıyla sahip olduğu hak ve fiil ehliyetleri ile hayatı, vücut tamlığı, şerefi, haysiyeti, sırları, adı vb. üzerindeki haklarının bütünüdür, bkz. Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, Kişiler Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), s. 9; Aynı şekilde yapılan başka bir tanımlama uyarınca kişilik, kişi olmaya bağlı olarak sahip olunan tüm hakları ve yetkileri kapsayan hukuki durumdur, bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), s. 2.

kişi kavramına karşı gelerek, haklara ve borçlara ehil olan hak süjesini ifade ettiği; geniş anlamda kişiliğin ise hukuk süjesinin bir kişi olması dolayısıyla sahip olduğu hak ve fiil ehliyetleri ile birlikte maddi ve manevi varlıklarını ve kişisel durumlarının tamamını içerdiği belirtilmektedir⁸.

Hukukumuzda kişilik TMK m. 28/f. 1'in gereği olarak çocuğun sağ olarak doğmasının tamamlandığı anda kazanılır ve kişiliğin kazanılması için normal, sağlıklı doğmuş olmak gerekmediği gibi belirli bir süre yaşama koşulu da aranmaz⁹.

Hiç şüphesiz çocuğun da onu diğerlerinden ayıran bedensel, zihinsel ve ruhsal özellikleri yani kendine ait, korunmaya değer bir kişiliği ve kendini algılayış biçimi, benliği vardır. Üstelik çocuk da en az, hatta belki korunmaya muhtaç olmasından ötürü yetişkinlerden daha fazla, benliğine, kişiliğine saygı duyulmasını isteme hakkına sahiptir.

b. Kişilik Hakkı

Doktrinde kişilik hakkı farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir görüşe göre kişilik hakkı, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan varlıkların bütünü üzerindeki hakkıdır¹⁰. Bir başka görüş uyarınca, kişilik hakları insanın insan olmasından dolayı ayrılmaz şekilde sahip olduğu, para ile ölçülemeyen, devredilemeyen, kural olarak mirasçıya geçmeyen mutlak haklardandır¹¹. Diğer bir görüşe göre kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin bütünü üzerindeki hakkı ifade eder¹². Başka bir görüşe göre, kişinin, kişisel değerleri üzerinde sahip bulunduğu mutlak ve tekelci bir hak olarak öz bir tanımlama yapılabilir¹³. Diğer bir tanımlama uyarınca, kişilik hakları, hukuk düzeni tarafından korunan, malvarlığı dışında kalan ve kişisel değerleri konu edinen haklardır¹⁴.

Yargıtay bir kararında, *“Borçlar Yasası'nın 49. maddesi gereğince, kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya maruz kalan kişi, uğradığı manevi zarar karşılığı bir miktar paranın hüküm altına alınmasını isteyebilir. Medeni Yasa'nın 24. maddesinde düzenlenen ve Borçlar Yasası'nın 49. maddesinde doğrulanıp yaptırımını gösterilen yasal düzenlemeler gereğince kişilik haklarının zarar görmesi durumunda manevi tazminat istenebilir. Kişinin doğumla kazandığı bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan; hayat, beden ve ruh tamlığı, vic-*

⁸ Jale Akipek; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), s. 235; Ayşenur Şahin Caner, *Kişi Kavramı ve Gerçek Kişiler*, Editör. Metin İkizler/Özlem Tüzüner, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), s. 291.

⁹ Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), s. 90.

¹⁰ Dural ve Ögüz, *Kişiler*, s. 100.

¹¹ Oğuzman; Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler*, s. 174.

¹² Helvacı, *Gerçek*, s. 103.

¹³ Mehmet Ayan ve Nursen Ayan, *Kişiler Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), s. 91.

¹⁴ Zafer Zeytin ve Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2020), s. 87.

dan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü, sosyal ve duygusal değerlerinin tümü kişilik haklarını oluşturur ve bunlardan birine yapılan saldırı manevî tazminat gerektirir” diyerek kişilik hakkını tanımlamıştır¹⁵. Yargıtay HGK ise bir kararında¹⁶, “...Kişilik hakkı, kişisel değerlerin tamamı üzerinde geçerli olan ve herkese karşı ileri sürülebi- len bir haktır (Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla; Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Baş- langıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, İzmir 1995, 5.baskı, s.419- Kılıçoğlu, M.....; Tazminat Hukuku, İstanbul 2006, 2.baskı, s. 981). Mutlak hak- lardandır. Hukuk düzenince korunan kişisel değerlerin tamamı, kişilik hakkının konusunu oluşturur. Kişisel değerler, insanın insan oluşu nedeniyle sahip olduğu vücut, sağlık, yaşam gibi bedensel bütünlüğe bağlı değerler ile ruhsal bütünlük, faaliyet özgürlüğü gibi ruhsal değerleri kapsar (Kılıçoğlu, Ahmet; Hukuksal So- rumluluk, Ankara 1993, 2.baskı, s.6)...” şeklinde kişilik hakkını tamamlamıştır.

Çocuğun kişiliği, maddi ve manevi değerlerini, hukuk tarafından kendisine sağlanan ehliyetlerini ve onun ruhsal bütünlüğünü kapsamına alırken çocuğun kişilik hakkı onun kişiliğini oluşturan tüm değerleri üzerindeki hakkıdır¹⁷.

Yaşam, beden bütünlüğü, onur ve saygınlık gibi kişi varlığı değerleri üzerindeki kişilik hakkı TMK m. 16/f. 1 anlamında kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır¹⁸. Bunun dışında herkese karşı ileri sürülebiilen ve herkes tarafından ihlal edilebilecek mutlak bir haktır, kişilik hakkı zamanaşımı ya da hak düşü- rücü süreye tabi değildir, devredilemez, vazgeçilemez, mirasçılara geçmez, tekelci bir niteliğe sahiptir, haczedilemez/iflas masasına girmez ve şahıs varlığı haklarından¹⁹.

Teknik, bilimsel, toplumsal değişmeler ve gelişmeler karşısında kişilik hakkının içeriğinin önceden ve kesin olarak belirlenmesi uygun olmayaca- ğından²⁰ içinde bulunulan zamana göre çevresi daralıp genişleyecektir.

TMK'nın kabul ettiği kişilik hakkı anlayışına esas olan düşüncenin dö- nemin liberal kodlarını taşıyan insan anlayışının ve insan hakları öğretisinin uzantısında yer aldığı ve kişilik hakkı korumasının insan haklarına ilişkin

¹⁵ Y 4. HD, 10.04.2008 E: 2007/9966 K: 2008/5096 Karar için bkz. www.legalbank.net.

¹⁶ Y HGK, 30.11.2011 E: 2011/13-606 K: 2011/717 Karar için bkz. www.legalbank.net.

¹⁷ Burcu G. Özcan Büyüktanır, Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019), s. 37.

¹⁸ Fatma Tülay Karakaş, Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), s. 91; Dural ve Ögüz, Kişiler, s. 104; Oğuzman; Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler, s. 175-176; Helvacı, Gerçek, s. 108, Akipek; Akıntürk ve Ateş, s. 349; Zeytin ve Ergün, Medeni Hukuk, s. 88; Ayan ve Ayan, s. 95; Şahin Caner, Kişi Kavramı, s. 345.

¹⁹ Kişilik hakkının özellikleri için bkz. Dural ve Ögüz, Kişiler, s. 103-104; Oğuzman; Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler, s. 175 vd; Helvacı, Gerçek, s. 107 vd, Akipek; Akıntürk ve Ateş, s. 349; Zeytin ve Ergün, Medeni Hukuk, s. 88-89; Ayan ve Ayan, s. 94 vd; Şahin Caner, Kişi Kav- ramı, s. 345-346.

²⁰ Gülşah Sinem Aydın, Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörme, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017), s. 15.

uluslararası belgelerde kabul edilen anlayışın özel hukuka yansımaları olduğu belirtilmektedir²¹. Liberal için birey, topluluk ve toplumsal rollerden ayrılabilir olmak dışında kendine özgü bir birey olarak da özel bir değere sahiptir ve bu kendine özgü olduğu içinde diğer herkes gibi eşit ilgi ve saygıyla muamele görmeyi hak eder²².

Kişinin özgürlüğü, adı, görüntüsü, cismi, kendi geleceğini belirleme serbestisi, onur ve saygınlığı, kişilik hakkı kapsamında korunması gereken değerlerin klasik ve liberal anlayışa uygun kapsamını oluştursa da kişinin şu ya da bu topluluğa mensubiyet hissini kişilik hakkı kapsamında korunan bir değer olarak görülemeyeceği ve kişilik hakkı kapsamına dahil olan değerler doğrudan kişinin kendisinin korunmasına hizmet eden değerler olduğu için bu değerleri en yakındaki kimselerin tehdit etmesi tehlikesi olduğundan kişiye en yakın toplumsal yapı olan aileye karşı daha fazla bir koruma içerisinde olunması gerektiği ifade edilmektedir²³. Bir çocuğun kişilik hakkı kapsamına dahil olan değerleri en fazla tehdit etme tehlikesi içerisinde olanlar anne ve/veya babasıdır. Bu nedenle bu kimselere karşı daha fazla korunması gerektiği muhakkaktır.

Çocuk, doğumla kişilik kazanırsa da kendi başına karar verebilen, bağımsız bir kimse olarak toplum hayatına katılincaya kadar uzun süre bakıma, korunmaya ve yönlendirilmeye ihtiyaç duyar ve onun bu ihtiyacını karşılamak doğal olarak ve ahlaki prensip olarak erginliğini elde edinceye kadar velayetleri altında bulunduğu anne ve babanın ödevidir; ama velayetin nihai amacı çocuğun kişiliğini örselemek değil, çocuğa bağımsız bir kişilik kazandırılmasıdır²⁴. Çocuk büyüdükçe onun bağımsız, benzersiz kişiliğine saygı duyulması da velayet görevlerinin bir parçasıdır.

c. Benzersiz Olma Hakkı

Türk Dil Kurumu sözlüğünde benzersiz kelimesi “benzeri olmayan, eşsiz” şeklinde tanımlanmıştır²⁵.

Benzersiz olma hakkı; bireyin bedeni ve kişiliği açısından, kendisi gibi, kendi algıladığı ve arzu ettiği gibi olma ve başkası gibi olmama, diğerlerinden farklı olma hakkı şeklinde tanımlanabilir²⁶.

Benzersiz olmak, kişinin maddi ve manevi yapısı itibarıyla benzersiz olmasını ifade eder. Kişinin maddi yapısı itibarıyla benzersiz olması gen ya-

²¹ Burak Özen, “Kişilik Hakkı Algısındaki Değişim”, II. Medeni Hukuk Kongresi, Editör: Hakan Tokbaş, (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2022), s. 115.

²² Jack Donnelly, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çeviren: Mustafa Erdoğan/Levent Korkut, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1995), s. 78.

²³ Özen, Kişilik, s. 116 vd.

²⁴ Hülya İmamoğlu, “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, AÜHFHD, Cilt 54, Sayı 2, 2005, s. 191.

²⁵ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2011), s. 309.

²⁶ Ömer Ömeroğlu, “Yeni Bir İnsan Hakkı: Benzersiz Olma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 2008, s. 99-132 (Basım Yılı: 2010), s. 100.

pısı, yüz şekli, parmak izi gibi ayırt edici özellikleri açısından tıpatıp başkasına benzer olmamasını; manevi yapısı itibarıyla benzersiz olması ise kendine özgü kişilik oluşturabilmesini ve kendini gerçekleştirebilmesini kapsar²⁷.

Benzersiz olma hakkının konusunu özellikle bilim ve teknolojideki ilerleme karşısında insanın maddi ve manevi varlığının korunmasına ve gelişmesine sağlanacak katkı oluşturur ve bu hak, bilimsel gelişme karşısında savunmasız olan bireyin hak ve özgürlüklerinden istenen ölçüde yararlanmasını amaç edinerek bunu sağlamaya çalışır; diğer bir ifadeyle benzersiz olma hakkının, insanın sürekli değişen ihtiyaçlarını karşılamak ve onu dıştan gelebilecek saldırılara karşı korumak amacıyla bağımsız bir hak halini aldığı ifade edilebilir²⁸.

İnsanın özgürlüğünün etkili korunabilmesi için bireyselliğinin, diğer bir ifadeyle kişiyi diğerlerinden ayıran ve onu bireyselleştiren özelliklerin, yeteneklerin hukuken tanınarak güvence altına alınması gerekir ve bireyin kişiliği, insanı bireyselleştiren niteliklerin başındadır²⁹. Kişiliğin devamı ve gelişmesi açısından kişinin korunmasında menfaati olan kişiliğine bağlı maddi ve manevi tüm değerler kişilik hakkı kapsamında yer aldığı ve günümüzde kişinin kendi yaşam biçimini, geleceğini belirleme özgürlüğü gibi tüm özgürlüklerinin kişilik hakkı kavramı çerçevesinde hukuk düzeni tarafından korunduğu³⁰ düşünüldüğünde benzersiz olma hakkı da kişilik hakkı çerçevesinde koruma gerektirir.

II. Benzersiz Olma Hakkının İçeriği

Benzersiz olma hakkının bünyesinde kişinin kendi beden algısına uygun bir görünüme sahip olması, kişinin kendi kişiliğini algılayış şekline göre kişilik özellikleri geliştirmesi ve anne ve/veya babanın tasarımının sonucu olmaması hususları yer almaktadır. Bir çocuğun da kişi olması dolayısıyla kendi beden algısına göre görünüme sahip olma, kendi kişilik algısına göre kişilik özelliklerine sahip olma, bunları muhafaza etme/devam ettirme ve anne ve babasının kendi genlerine müdahalesine maruz kalmama hakları vardır.

a. Kişinin/Çocuğun Kendi Beden Algısına Göre Bir Fiziksel Görünüme Sahip Olması

Bir kimsenin kendi fiziksel görüntüsü üzerinde özerkliği bulunduğu muhakkak olup fiziksel görünüm kendi kişiliğini ifade edebilmesinin bir yoludur ve kişinin saç ve kıyafeti gibi fiziki görüntüsünün son derece önemli unsurlarını

²⁷ Ömeroğlu, Yeni Bir İnsan Hakkı, s. 101 vd.

²⁸ Fatima Kandemir Ergün, Benzersiz Olma Hakkı, (Erzurum: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019), s. 5.

²⁹ Gülay Arslan Öncü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011), s. 205.

³⁰ Nil Karabağ Bulut, Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık; 2014), s. 58-59.

kendi zevkine ve kişiliğine uygun şekilde biçimlendirmesi özel yaşama³¹ saygı kapsamında da kabul görmektedir³². Kendilik algısı özellikle de somut şekilde düşünen bir birey olan çocukta en somut haliyle bedende yaşanır³³.

Kişinin kendi beden algısına uygun şekilde dış görüntüsünü belirleyebilmesi, mesela saçını uzatıp kazıyabilmesini veya sağlığına zarar vermemek koşuluyla istediği renge boyayabilmesini, sakal veya bıyık bırakabilmesini ya da bırakmamasını, elbisesinin şekil, renk veya boyutunu belirleyebilmesini, vücut yapısının olanak verdiği kadarıyla sağlıklı şekilde kilosunu tayin edebilmesini yani biçimsel özelliklerini kendi bedenine yönelik düşüncelerine göre kendi özgünlüğü içerisinde düzenleyebilmesini kapsar; nitekim bu hususlar aynı zamanda kişinin maddi ve manevi kişiliğini korumak ve geliştirmek hakkı kapsamında da yer almaktadır³⁴.

Bireyin kendisine özgü bir kişilik oluşturabilmesinin yolu ilk olarak kendi fiziksel görünüşü, kıyafet seçimi gibi beden algısını oluşturmasıdır; zira beden, öznenin kendini görünür kıldığı alandır. Halbuki günümüzde küreselleşen dünyada, insanlar tek tiplendirilerek, ideal bir kadın ve/veya erkek formu üretilerek bu formlar insanlara dayatılmaktadır ve bu tek tiplendirme sadece saç veya kıyafetle sınırlı kalmadığından estetik ya da plastik cerrahi yöntemlerle bedenlerin de aynılaştırılması yoluna gidilmektedir ve istenen saç rengi, saç yapısı, göz rengi, cilt tonu ya da kas yapısının değiştirilmesiyle, insan görsel olarak idealize bir forma büründürülmeye çalışılmaktadır³⁵.

Çocuk anne ve babasının beklentilerinden farklı doğmuş olabilir; yeni doğmuş bir bebek bile anne ve babasının sesinin tonundan, tınısından, onu kucaklayışından onların duygularını hissedebilir ve mesela esmer, siyah saçlara ve gözlere sahip bir çocuk çevredeki renkli gözlü, beyaz tenli, sarışın çocuklarla ne şekilde bir iletişim kurulduğunu görerek kendini olduğu gibi kabul edilmiş veya ötekileştirilmiş hissedebilir; bu durum da onun mutluluğunun veya mutsuzluğunun kaynağı olabilir³⁶. Halbuki çocuğun olduğu gibi kabul edilme ihtiyacı, bunu talep etme hakkı vardır. Şu durumda anne ve/veya babanın çocuğu olduğu gibi kabul etmesi zorunludur. Sonrasında da çocuk büyüdükçe çocuğun bedeni üzerinden kendini ifade etme şekline saygı duyulması, dış görünümüne müdahale edilmemesi gerekir.

³¹ Özel yaşam kavramı, kişinin kendi bireysel yaşamını başkalarının müdahalesinden uzak olarak serbestçe düzenlemesini ve yaşamasını içermektedir. Kişiliğini geliştirme hakkı, sadece devletin veya başkalarının haksız müdahalelerinden korunmayı değil, kendi potansiyelini gerçekleştirebilmesi için kişinin desteklenmesini veya gelişimine yönelik engellerin kaldırılmasını talep hakkını da bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim AİHM içtihatlarında, bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi kavramı özel yaşama saygı hakkı kapsamında koruma görmektedir, bkz. Algan, Anayasa Hukuku, s. 313-314.

³² Arslan Öncü, *Özel Yaşam*, s. 237.

³³ Koray Karabekiroğlu, *Çocuğuma Nasıl Davranmalıyım?*, (İstanbul: Say Yayınları, 2014), s. 61.

³⁴ Ömeroğlu, *Yeni Bir İnsan Hakkı*, s. 115.

³⁵ Kandemir Ergün, *Benzersiz*, s. 98.

³⁶ Cüceloğlu, *Geliştiren*, s. 18-19.

b. Kişinin/Çocuğun Kendi Kişilik Algısına Göre Kişilik Özelliklerine Sahip Olması

Lewis Carroll'un Alice Harikalar Diyarında kitabında, Alice, "*hangi yoldan gideyim diye sorar*" tavşana, tavşan ise "*nereye gideceğini bilmiyorsan hangi yoldan gittiğinin hiçbir önemi yok*" diye cevap verir. Özellikle velayet hakkına sahip anne ve/veya babanın görevi çocuğu kendi istedikleri kalıba sokmak değil, çocuğun kendi kendine yetebilen, nereye, hangi yoldan gideceğini bilen bir birey haline gelmesini sağlamaktır.

Büyükler kendi istek, irade ve düşüncelerini çocuğa yerleştirerek çocuğu bunun kendi istek, irade ve düşüncesi olduğuna inandırır ve amaçlananın, ideal olanın tersine çocuğun kendi sesini, duygularını ve düşüncelerini duymasının önüne geçmiş olurlar³⁷.

Bir anne ve babanın görevi çocuğun doğuştan getirdiği potansiyele güvenerek onun kendi yaşamında kendi olarak var olma gücüne ve cesaretine sahip olabileceğine inanmaktır³⁸. Nitekim velayetin esnek kapsamı çocuk olgunlaştıkça daralmakta ve çocuğun bağımsızlığını, kendisi hakkında serbestçe karar verebilme ehliyetini kazanmasıyla anne ve babanın velayetine gerek kalmamaktadır³⁹.

Çoğu anne-baba çocuklarını kendi hayatlarını yaşadıkları için cezalandırma yöntemini seçmektedir; halbuki önemli olan öz-farkındalıklarını geliştirerek özgünleşme yolculuklarında onlara destek olmaktır. Mesela birçok baba oğlu için hiç düşünmeden/çoğu durumda küçüğe dahi sormadan futbol topu, oyuncak arabalar almaya başlar ama çocuğun arzusunun belki de baleye gitmek olabileceğini hiç dikkate almaz ve çocuğun böyle bir arzusu olursa kafasındaki erkek prototipine uymadığı için dehşete düşer⁴⁰.

Üstelik çocukların ilgilerini çeken alanlarda gelişmelerine izin vererek doğuştan getirdikleri meraklarını beslemelerine yardım etmemek ve ebeveyn kaygılarına yanıt veren müfredatları öğrenmeleri için onlara baskı yapmak doğuştan gelen hayata bağlılıklarını kaybetmelerine de neden olacaktır⁴¹.

Her bir kişiye ve tabii ki asıl olarak çocuklara kişiliği itibarıyla benzersiz olma hakkı tanınmalıdır ve bunun için bireyin farklılığını oluşturan ayırt edici davranışlarına değer verilmelidir; çünkü hiç kimse bir başkası gibi olmak ve öyle davranmak zorunda değildir⁴². Bireyin kişiliğine saygı duyulma-

³⁷ Nihan Kaya, İyi Aile Yoktur, (İstanbul: İthaki Yayıncılık, 2018), s. 33.

³⁸ Doğan Cüceloğlu, Geliştiren Anne-Baba, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 2021), s. 21.

³⁹ Sera Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020), s. 25.

⁴⁰ Shefali Tsabary, Çocuğunuzun Sahibi Değilsiniz, Çeviren: Zerrin Koltukçuoğlu, (İstanbul: Kuraldışı Kitabevi, 2019), s. 80-81.

⁴¹ Tsabary, Çocuğunuzun Sahibi Değilsiniz, s. 153.

⁴² Ömeroğlu, Yeni Bir İnsan Hakkı, s. 118.

sı ve kişiliğini geliştirme hakkı tanınması genel anlamda kişiliğini korusa da o kimsenin benzersiz kişilik oluşturmaları için yeterli değildir ve bireylerin ayırt edici davranış oluşturmaları açısından kendileri gibi olmaları, başkası gibi olmak zorunda bırakılmamaları, başkalarının da buna saygı duymaları ve hatta bunu sindirmeleri sağlanmalıdır⁴³. Çocuğun en yakınında olan, ona en çok müdahale etme tehlikesi bulunan ve belki de (hatta çoğunlukla) velayetleri çerçevesinde bunu hak olarak gören annenin ve babanın çocuğu başkası gibi (sınıf arkadaşı X gibi matematikte başarılı olması, çok iyi enstrüman çalması, iyi tenis oynaması) olmak zorunda bırakılmaları sağlanmalıdır. Gerekirse bunun için çocuğun benzersiz olma hakkının olduğu⁴⁴ ve velayetin buna aykırı şekilde kullanılmayacağı Medeni Kanun'a eklenmelidir.

c. Kişinin/Çocuğun Anne ve/veya Babası Tarafından Tasarlanmış Olmaması

Gelecekte tüm bebeklerin ömrünün deney tüpünde başlayabileceği ifade edilmektedir. Transhümanist Zoltan Istvan, "Kim çocuklarının en iyi niteliklere sahip olmasını istemez?", "Kim çocuklarının zekâ seviyesini artırmak istemez?", "Kim çocuklarını hastalıklardan korumak istemez?" sorularını sormaktadır⁴⁵.

Tasarım bebekle⁴⁶ ilgili farklı tanımlamalar ve isimlendirmeler yapılmaktadır. Literatürde, "sipariş üzerine genetik olarak uyarlanmış bebek", "genetik mühendisliğin ürünü bebek", "genlerinin belli birtakım özellikleri taşıması ebeveynleri ve/ya da doktorlar tarafından seçilmiş bebek" ve "IVF teknolojisi kullanılarak üretilen bir dizi embriyodan bir tanesinin, mesela doğacak bebeğin mevcut kardeşinin hastalığının iyileştirilmesi gibi bir nedenle ailesi tarafından istenmesinden dolayı bazı genetik özellikleri taşıyacak şekilde genetik mühendisler tarafından seçilmesi işlemi" şeklinde tanımlanmış/isimlendirilmiş bulunmaktadır⁴⁷. Bu kavram aslında anne-babanın sahip

⁴³ Ömeroğlu, Yeni Bir İnsan Hakkı, s. 118.

⁴⁴ Bir görüşe göre, koşullar değiştikçe insan onuruna yönelik standart tehditler arttıkça yeni hakları kabul etmek gerekecekse de insan haklarını gereksiz yere çoğaltmak insan hakları düşüncesinin değerini düşürmek ve dolaylı şekilde insan haklarını zayıflatmak tehlikesini yaratır, bkz. Donnelly, İnsan Hakları, s. 169. Ancak kişilik hakkının zamana göre değişen algısı çerçevesinde kişiye benzersiz olma hakkını tanıyıp kişilik hakkı çerçevesinde korumak böyle bir tehlike yaratmayacaktır.

⁴⁵ Andy Walker; Kay Walker ve Sean Carruthers, Süper İnsan, Çeviren: Su Evren, (İstanbul: Siyah Kitap, 2019), s. 388.

⁴⁶ 2004 yılında Oxford İngilizce Sözlüğüne "tasarım bebek" kavramı eklenerek bu kavram "genetik yapısı belirli bir kusuru ortadan kaldırmak ya da belirli bir genin var olduğundan emin olmak için seçilmiş bir bebek" olarak tanımlanmıştır, bkz. Jenifer V. Turriziani, Designer Babies: The Need for Regulation on the Quest For Perfection, Law School Student Scholarship, 2014, 595, p. 1.

⁴⁷ Hakan Hakeri ve Zeynep Reva, "Etik ve Hukuki Boyutuyla Tasarım Bebek", Tıp Hukuku Dergisi, Cilt 8, Sayı 16, 2019, s. 163-164.

olduğu embriyonun seçimi işlemi olduğundan doktrinde "sipariş bebek" teriminin kullanılması da önerilmektedir⁴⁸.

Genetik müdahalenin doğacak çocukta var olan/olabilecek bir rahatsızlığın önlenmesi için kullanılması yararlı olabileceksede çocuğun mesela ten veya saç rengini, hatta cinsiyetini belirlemek için kullanıldığında ahlaki kabul edilecek midir? Bu aynı zamanda benzersiz olma hakkına müdahale oluşturmayacak mıdır? Bebekleri hastalıklardan korumak için kullanılan genetik mühendisliğin belirli özellikleri seçmek için de kullanılabilir olması endişe verici olduğu ifade edilmektedir⁴⁹.

Tasarım bebek uygulamalarına yönelik temel etik kaygıları cinsiyet seçimi; özellikle zengin insanların bu yöntemi uygulayabilmelerinden dolayı zenginler lehine toplumda üstünlük sağlanması ve tasarım sonucu olan çocuklar ile olmayan çocuklar arasında ayrımcılığa yol açabilecek olması oluşturmaktadır ve zamanla belirli özellikleri olan insanlar azalacağı ya da tamamen yok olacağı için toplumdaki çeşitlilik ve farklı olana hoşgörü de azalmış veya ortadan kalkmış olacaktır⁵⁰. Üstelik bir ebeveynin bir çocuk için en iyi olanı henüz o doğmadan önce tam olarak bilmesi de imkansızdır, mesela çocuğa müziğe yatkın olma becerisini kazandırmanın aslında çocuk için en iyisi olduğu bilinemez⁵¹. Hatta basketbol oyuncusu olsun diye boyu çok fazla uzatılan çocuk ailesine kızabilir⁵². Genetik müdahaleyle değiştirilmiş çocuğun anne-babanın istediğinden farklı bir yolda ilerlemesi söz konusu olamayacağından kendisi için belirlenmiş hayatı yaşamak dışında bir seçeneği olmayacaktır⁵³. Halbuki bir çocuk yaşam yolculuğunda hoşlanacağı/ilgi duyacağı şeyleri kendi belirlemelidir.

III. Annenin ve Babanın Kişilik Hakkı Çerçevesinde Çocuğun Benzersiz Olma Hakkına Müdahalesi Halinde Annesine ve Babasına Karşı Korunması

a. TMK m. 25 Çerçevesinde Koruma

TMK m. 24/f. 1'e göre, *Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir*. TMK m. 25 uyarınca, *Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının*

⁴⁸ Hakeri ve Reva, Etik, s. 164.

⁴⁹ Walker; Walker ve Carruthers, Süper İnsan, s. 389; Tabi bu noktada yaşanan gelişmelerin aileler açısından da sorun yaratabileceği söylenmelidir. Her şeyin rekabete döndüğü bir ortamda PGD teknolojisinden yararlanmayan ebeveynlerin, ihmalkâr veya kötü ebeveynler olarak görülmesi ihtimali bulunmaktadır, bkz. Turriziani, Designer, p. 13.

⁵⁰ Hakeri ve Reva, Etik, s. 167-168.

⁵¹ Turriziani, Designer, p. 13.

⁵² Walker; Walker ve Carruthers, Süper İnsan, s. 389.

⁵³ Kemale Aslanova, "Genetik Müdahale ve Alfa Bebekler", 8. Tüketici Hukuku Kongresi-Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları, Editör: Tümay Dönmez/Mesut Yavuz/Aydan Düzgünkaya/Hakan Tokbaşı, (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020), s. 650.

hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir. Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır. Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez. Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir. Dolayısıyla kişilik hakkı hukuka aykırı şekilde saldırıya uğrayan çocuk, saldırıyı gerçekleştiren veliye karşı koruyucu davaları açabileceği gibi saldırı sona erdikten sonra tazminat davası da açabilir⁵⁴.

Kişilik hakkına sahip çocuk şartları varsa saldırının önlenmesi, saldırının durdurulması ve saldırının tespiti davasını açabilir. Bunun dışında saldırı sonucu elde edilen kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre istenmesi ve maddi ve manevi tazminat istemleri gündeme gelebilecektir. Ayrıca kişiliği koruyucu davalarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunulabilir.

Çocuğun kişilik hakkı içerisinde görmemiz gereken benzersiz olma hakkına (mesela fiziksel görünümüne, istediği alanda eğitim görme hakkına) müdahale edilmesi maddi ve manevi tazminat isteminde bulunması sonucunu doğurabilecektir. Ancak tazminat davası açılabilmesi için çocuğun benzersiz olma hakkının hukuka aykırı ve kusurlu davranışla saldırıya uğraması; istenen tazminat türüne göre maddi veya manevi bir zararın doğması ve zararlar davranış arasında uygun nedensellik bağının olması gerekir⁵⁵.

Mutlak hak niteliğindeki kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğindeki kişilik hakkının korunması talebini, ayırt etme gücüne sahip çocuk da sınırlı ehliyetsiz sıfatıyla bizzat ileri sürebilecektir ve bu hakkın kullanılması yasal temsilcinin rızasına bağlı olmadığı için kişiliği baskılanan çocuk, ana babasının kişilik hakkı ihlalden sorumlu tutulmasını talep edebilecektir⁵⁶. Çocuğun ayırt etme gücünün olmaması halinde de çocuğa kişiliğin korunmasına yönelik savunma ve tazminat taleplerini ileri sürebilme imkanı sağlanması gerektiği ve çocuğun anne ve babaya karşı korunmasında kanuni temsilci durumundaki anne-babanın bizzat davalı taraf olarak ortaya çıkması söz konusu olduğundan çocuğun hukuki korumadan yoksun bırakılması düşünülemeyeceğine göre, TMK 426/b.2 hükmü uyarınca çocuğu temsil etmek üzere bir kayyım atanması yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilmekte-

⁵⁴ İsmail Dede, *Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), s. 104.

⁵⁵ Özcan Büyüktanır, *Çocuğun Kişilik Hakkı*, s. 226.

⁵⁶ Esra Gültekin, "Çocuğun Kişilik Hakkının Ana-Baba Tarafından Sosyal Medya Aracılığıyla İhlalinin Hukuki Görünümü", *Çocuk ve Medeniyet* 2018/1, s. 129.

dir⁵⁷. Anne ve babadan herhangi biri tarafından kişilik hakkı ihlaline uğrayan çocuğun, kişilik hakkının korunmasını, ihlali gerçekleştirmeyen ebeveynin istemesi de mümkün olabilecektir⁵⁸.

Velayet hakkına sahip kimsenin/kimselerin çocuğun kişi varlığına yönelik saldırısının velayet sahasında kalması halinde -ki benzersiz olma hakkına müdahale bu kapsamda değerlendirilmelidir- çocuğun kişilik hakkı velayet ilişkisi içerisinde ihlal edilmiş olacağından koruyucu davaların da Aile Mahkemesinde açılması gerekecektir⁵⁹. Elbette hâkimin re'sen harekete geçme ilkesinden hareketle mesela çocuk hakkında koruma tedbirlerinin alınmasına ilişkin TMK m. 347 uyarınca çocuğun korunması amaçlı bir aile ya da kuruma yerleştirilmesine de karar verilebilir⁶⁰.

b. Velayet Hükümlerine Göre Koruma

Anne ve baba, velayetin kendilerine yüklediği sorumlulukların gereğini yerine getiremeyip, bu arada çocuğun kişiliğini örseleyerek onun yararına aykırı bir durum meydana getirirlerse, son çare olan velayetin kaldırılması yoluna başvurulmadan önce hâkim gerekli önlemleri re'sen alacaktır⁶¹.

TMK m. 346'ya göre, "*çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır*". Ancak bu hüküm çocuğun benzersizliğine anne ve babanın müdahalesi halinde çoğu zaman uygulama alanı bulamayacaktır; çünkü ihlali gerçekleştiren zaten anne ve babadır, kendi kendilerine bu ihlali çözüme kavuşturmaları beklenemeyecektir; ihlali sona erdirmeye her ne kadar güçleri yetse de ihlali sona erdirmeye iradeleri olmadığından hâkim, çocuğu koruyucu müdahalelere yönelik kararı, anne ve babanın çözüm bulmasını beklemeksizin doğrudan verecektir⁶². Çocuğun karşılaştığı tehlike anne ve babaya gerekli rehberlik ve yardımın yapılmasıyla giderilebilecek gibiyse anne-baba eğitimci, psikolog, sosyal hizmet uzmanı gibi bir uzmandan yardım almaya zorlanabilir; anne ve babaya uyarıda bulunulabilir; çocuğun yetiştirilmesine ilişkin olarak anne ve babaya bazı emir ve direktifler verilebilir; anne ve babanın denetime tabi tutulması söz konusu olabilir ya da eğitim kayyımı atanması gündeme gelebilir⁶³.

⁵⁷ İmamoğlu, Çocuğun Kişiliği, s. 213-214.

⁵⁸ Gültekin, Çocuğun Kişilik, s. 129.

⁵⁹ Dede, Çocuğun Velayet İlişkisinde, s. 105.

⁶⁰ Gülçin Elçin Grassinger, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), s. 95.

⁶¹ Kadir Berk Kapanıcı ve Başak Başoğlu, "Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması", MÜHF-HAD, Cilt 22, Sayı 1, s. 350.

⁶² Gültekin, Çocuğun Kişilik, s. 130.

⁶³ Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, (Ankara: Pegem Akademi, 2020), s. 275 vd; Murat Topuz, "Çocuğun Kişilik Haklarının Ebeveynine Karşı Korunması", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması", Editör: Aslı Makaracı Başak/Seda Öktem Çevik/Gülen Sinem Tek, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), s. 345-346.

TMK m. 347'ye göre, "çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir. Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır. Nafakaya ilişkin hükümler saklıdır". Çocuğun bedensel, zihinsel ve ruhsal gelişiminin temel koşulu anne ve babasıyla birlikte yaşaması, onlar tarafından yetiştirilmesidir; ancak çocuğun kişiliğine yapılan müdahalenin ağırlığı ve TMK m. 346'ya göre alınacak önlemlerin yetersiz kalması çocuğun anne ve babadan alınmasına neden olabilir⁶⁴.

Son çare olarak velayetin kaldırılması gündeme gelebilir. TMK m. 348 velayetin kaldırılmasını düzenlemiştir. İlgili düzenlemede çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkimin maddede belirtilen hallerde velâyetin kaldırılmasına karar vereceği belirtilmiştir. Buna göre ya anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi veya anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması gerekmektedir. Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırıldığı takdirde çocuğa vasi atanacaktır. Bu anlamda çocuğun kendi gereksinim duyduğu şekilde eğitim almaması, anne babanın çocuğu başkaları gibi olması için zorlamaları yani psikolojik şiddete maruz bırakmaları velayetin kaldırılması nedeni olacaktır.

SONUÇ

Kişilik hakkını oluşturan değerlere yönelik müdahaleler, eğer bir hukuka uygunluk nedeni yoksa haksız saldırı oluşturur ve kişilik hakkına yönelik bu müdahaleye karşı kişi korunmayı isteyebilir.

Bireyin bedeni ve kişiliği açısından, kendisi gibi, kendi algıladığı ve arzu ettiği gibi olması ve başkası gibi olmaması diye tanımlanabilecek benzersiz olma hakkı da kişilik hakkı kapsamında kabul edilmelidir. Benzersizliğini ileri sürebilecek kişi sadece ergin kişi değildir; çocuğun da benzersizliğini isteme/ileri sürme ve muhafaza etme hakkı vardır ve bunun muhatabı herkeştir; diğer bir ifadeyle anne ve babanın da çocuğun benzersizliğine saygı duymaları gerekmektedir. Velayet gerekçe gösterilerek yapılacak gereksiz müdahalelere karşı çocuk hem TMK m. 25 çerçevesinde hem de velayet hükümlerine göre koruma isteyebilecektir.

⁶⁴ Akyüz, Çocuk, s. 281.

KAYNAKLAR

- Akipek, Jale; Akıntürk, Turgut ve Ateş, Derya, *Kişiler Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Akyüz, Emine, *Çocuk Hukuku*, Ankara: Pegem Akademi, 2020.
- Algan, Müberra, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Arslan Öncü, Gülay, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011.
- Aslan, Esra, "*Benlik Kavramı ve Bireyin Yaşamındaki Etkileri*", M.Ü Atatürk Eğitim Fakültesi, Eğitim Bilimleri Dergisi 1992, Sayı 4, s. 7-14.
- Aslanova, Kemale, "*Genetik Müdahale ve Alfa Bebekler*", 8. Tüketici Hukuku Kongresi-Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları, Editör: Tümay Dönmez/Mesut Yavuz/Aydan Düzgünkaya/Hakan Tokbaş, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020, s. 645-668.
- Ayan, Mehmet ve Ayan, Nursen, *Kişiler Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Aydın, Gülşah Sinem, *Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörmeye*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017.
- Cüceloğlu, Doğan, *Geliştiren Anne-Baba*, İstanbul: Remzi Kitabevi, 2021.
- Dede, İsmail, *Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Donnelly, Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çeviren: Mustafa Erdoğan/Levent Korkut, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1995.
- Dural, Mustafa ve Öğüz, Tufan, *Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Gander, Mary J. / Gander, Harry W. Gardiner, *Çocuk ve Ergen Gelişimi*, Yayıma Hazırlayan: Bekir Onur, Çevirenler: Ali Dönmez/Nermin Çelen, Ankara: İmge Kitabevi, 2015.
- Grassinger, Gülçin Elçin, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Gültekin, Esra, "*Çocuğun Kişilik Hakkının Ana-Baba Tarafından Sosyal Medya Aracılığıyla İhlalinin Hukuki Görünümü*", *Çocuk ve Medeniyet* 2018/1, s. 103-143.
- Hakeri, Hakan ve Reva, Zeynep, "*Etik ve Hukuki Boyutuyla Tasarım Bebek*", *Tıp Hukuku Dergisi*, Cilt 8, Sayı 16, 2019, ss. 157-182.
- Helvacı, Serap, *Gerçek Kişiler*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021.
- İmamoğlu, Hülya, "*Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması*", *AÜHFD*, Cilt 54, Sayı 2, 2005, s. 183-218.
- Kandemir Ergün, Fatima, *Benzersiz Olma Hakkı*, Erzurum: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019.

- Kapancı, Kadir Berk ve Başoğlu, Başak, “Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması”, MÜHF-HAD, Cilt 22, Sayı 1, s. 347-364.
- Karabağ Bulut, Nil, Medeni Kanun’un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık: 2014.
- Karabekiroğlu, Koray, Çocuğuma Nasıl Davranmalıyım? İstanbul: Say Yayınları, 2014.
- Karakaş, Fatma Tülay, Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Kaya, Mevlüt, “Ailede Anne-Baba Tutumlarının Çocuğun Kişilik ve Benlik Gelişimindeki Rolü”, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/188683>, Erişim Tarihi: 10.06.2022, s. 193-204.
- Kaya, Nihan, İyi Aile Yoktur, İstanbul: İthaki Yayıncılık, 2018.
- Kulaksızoğlu, Adnan, Ergenlik Psikolojisi, İstanbul: Remzi Kitabevi, 2019.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer ve Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Ömeroğlu, Ömer, “Yeni Bir İnsan Hakkı: Benzersiz Olma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 10, Sayı 2, 2008, s. 99-132 (Basım Yılı: 2010).
- Özcan Büyüktanır, Burcu G., Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Özen, Burak “Kişilik Hakkı Algısındaki Değişim”, II. Medeni Hukuk Kongresi, Editör: Hakan Tokbaş, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2022, s. 111-127.
- Reyhani Yüksel, Sera, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020.
- Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Şahin Caner, Aysenur, Kişi Kavramı ve Gerçek Kişiler, Editör. Metin İkizler/Özlem Tüzüner, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Murat Topuz, “Çocuğun Kişilik Haklarının Ebeveynine Karşı Korunması”, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması”, Editör: Aslı Makaracı Başak/Seda Öktem Çevik/Gülen Sinem Tek, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 341-347.
- Tsabay, Shefali Çocuğunuzun Sahibi Değilsiniz, Çeviren: Zerrin Koltukçuoğlu, İstanbul: Kuraldışı Kitabevi, 2019.
- Turriziani, Jenifer V., Designer Babies: The Need for Regulation on the Quest For Perfection, Law School Student Scholarship, 2014, 595, pp. 1-32.
- Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2011.
- Walker, Andy; Walker, Kay ve Carruthers, Sean, Süper İnsan, Çeviren: Su Evren, İstanbul: Siyah Kitap, 2019.
- Zeytin, Zafer ve Ergün, Ömer, Türk Medeni Hukuku, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2020.

YETKİ TESPİTİNE İTİRAZIN SOMUT DELİLLERE DAYANDIRILMAMASININ KANUN YOLUNA BAŞVURU HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

*F. Burcu SAVAŞ KUTSAL**

GİRİŞ

Anayasa md. 53 hükmü, işçiler ve işverenlere karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapma hakkını tanımış, bu sözleşmenin nasıl yapılacağına ise kanunla düzenleneceğini öngörmüştür. Kanun koyucu ise, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu¹'nda ("SenTİSK") toplu iş sözleşmesinin tarafını oluşturma hakkını sadece işçi sendikaları ile işveren sendikalarına ve sendika üyesi olmayan işverenlere tanımıştır. Dolayısıyla, işçiler bu haklarını sadece sendikaları aracılığı ile kullanabilmektedirler.

Uygulamada sendikaların -işçi sendikalarının- başlıca faaliyetleri toplu pazarlığa yönelik² olup toplu iş sözleşmesi yapmak en önemli ve temel faaliyetlerindedir³. Zira çalışma ilişkilerinde üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek üzere kurulan sendikalar, üyelerinin beklentilerine cevap veren toplu iş sözleşmesi akdetmek suretiyle bu amaçlarına ulaşmayı tercih etmektedirler⁴. Aslında sendikaların sadece toplu iş sözleşmesi yaparak değil, tüm serbest faaliyetleri vasıtası ile üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumaları ve dolayısıyla kendilerinin de güçlenmeleri arzu edilen bir durum olsa da sendikacılığın çok gelişmiş olduğu ülkelerde dahi toplu iş sözleşmesi bağitlemek sendikaların en başta gelen faaliyetleri arasında yer almaktadır⁵.

Ülkemizde toplu iş sözleşmesi bağitlanabilmesi için toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olmak yetmemekte, sendikanın yetkili olması da gerekmektedir (SenTİSK md. 41). Bu da ancak Bakanlığa yapılacak başvurunun olumlu netice-

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, burcu.savas@law.bau.edu.tr.

¹ RG. 7.11.2012, S. 28460.

² Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 180.

³ Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022), 248; Ahmet Nizamettin Aktay, Toplu İş Hukuku, (Ankara: Lykeion Yayınları, 2019), 80.

⁴ Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 251.

⁵ Fevzi Şahlanan, Toplu İş Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 244-245.

lenmesi sonucunda sağlanabilmektedir. Ancak, yetki tespitinin esasen işçi sendikasına özgü bir kavram olduğunu söylemek mümkündür⁶. Nitekim SenTİSK md. 42/1 düzenlemesinde belli bir işyerinde veya işyerlerinde ya da işletmede toplu iş sözleşmesi yapmak için **yetkili işçi sendikasının tespiti amacıyla** gerek ehliyet ve yetki şartlarını taşıdığı inancında olan işçi sendikasının gerekse işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işverenin Bakanlığa başvuruda bulunabileceği hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar ilgili hükümde hem işçi sendikasının hem de işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverenin yetki tespit başvurusunda bulunabileceği öngörülmüş ise de uygulamada söz konusu süreci başlatan hemen hemen daima işçi sendikası olmaktadır⁷.

Yapılan başvuru üzerine gerçekleştireceği inceleme sonucunda Bakanlık olumlu bir tespitte bulunabileceği (olumlu yetki tespiti-SenTİSK md. 42/2) gibi tespiti olumsuz da olabilecektir (olumsuz yetki tespiti-SenTİSK md. 42/3). Yetki tespiti için yapılan başvuru sonucunda Bakanlığın kararı ne yönde olur ise olsun buna itiraz mümkündür. Zaten Kanunun md. 43 hükmünde hem olumlu yetki tespitine hem de olumsuz yetki tespitine⁸ itiraz açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Toplu iş sözleşmesine ulaşmanın her zaman kolay olmayabileceğini, özellikle süreci uzatarak işyerini sendikasızlaştırma amacıyla kötüniyetli yetki itirazlarının yapıldığı gerçeğini⁹ dikkate alan kanun koyucu, yetki tespiti ve toplu görüşme sürecine ilişkin mutlak emredici düzenlemeler sevk etmiş, bunların birçoğunda kesin ve düzenleyici süreler öngörmüş, böylelikle toplu iş sözleşmesinin en kısa sürede imzalanmasını ve işçilerin toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılacak haklarına bir an önce kavuşmalarını amaçlamıştır¹⁰. Aynı amaca yönelik olarak yetki tespitine itirazlarda 'itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer alması gerektiği, aksi takdirde itirazın incelenmeksizin reddedileceği' Kanunun md. 43/3 hükmünün ilk cümlesinde öngörülmüştür.

⁶ Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, 294; Narmanlıoğlu, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 358; Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 304; Ercan Akyiğit, Toplu İş Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 355; Kadir Arıcı, Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2022), 245.

⁷ Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, 334; Aziz Can Tuncay ve Burcu Savaş Kutsal, Toplu İş Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2019), 264; Şahlanan, Toplu İş Hukuku, 373; Aktay, Toplu İş Hukuku, 178; Narmanlıoğlu, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 392; Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 313; Akyiğit, Toplu İş Hukuku, 372; Arıcı, Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku, 246, 251; Seracettin Göktaş ve Gökhan Yılmaz, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 870; İpek Kocağıl Ersoy, Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 266; Yasemin Başmanav, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Uyarınca Yetki Tespitine İtiraz", Sicil, S. 33 (2015): 31; Barış Duman, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, (Ankara: Kartal Yayınevi, 2005), 140; Hatice Sever, Toplu İş Sözleşmelerinde Sendikaların Yetki Şartları ve Yetki Tespiti, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010), 106.

⁸ Böylelikle, 2822 sayılı mülga Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (RG. 7.5.1983, S. 18040) döneminde açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle gündeme gelen olumsuz yetki tespitine itirazın mümkün olup olmadığına ilişkin tereddüt ve yorumlar giderilmiştir.

⁹ Şahlanan, Toplu İş Hukuku, 397.

¹⁰ Bu yönde bkz. Y9. HD, 17.9.2020, E.2020/1749, K.2020/8381, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <http://www.legalbank.com.tr/>.

Tebliğimizde ilk olarak söz konusu düzenlemenin anlam ve kapsamı ile öğretide olumlu ve olumsuz bulunan yönleri ortaya konmaya çalışılacaktır. Devamında ise Yargıtay 22. HD.'nin konu ile ilgili olarak vermiş olduğu 18.4.2019 tarih ve E. 2019/2946, K. 2019/9033¹¹ sayılı kararı hüküm yönünden arz ettiği önem gereği inceleme konusu edilecektir. Zira gerek öğretilerde gerek uygulamada gerekse kanun koyucu nazarında hak ettiği ilgi ve önemi görmeyen 'kanun yoluna kötünîyetle başvuru'¹² kurumunun temyiz açısından özel hükmünü teşkil eden 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹³'nun ("HMK") md. 368 düzenlemesini SenTİSK md. 43/3-ilk cümle kapsamında yaptığı incelemede uygulaması nedeniyle değinilen her iki düzenlemenin de işlerliğini arttıracak ve konuluş amacına hizmet edecek nitelikte bir karar olduğu kanısındayız.

I. YETKİ TESPİTİNE İTİRAZIN SOMUT DELİLLERE DAYANDIRILMASI

Mülga 2822 sK.'un 'Yetki İtirazı' başlıklı md. 15/1 hükmünde söz konusu itirazın sebepleri de gösterilmek suretiyle yapılması gerektiği belirtilmiş, fakat 'itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer alması gerektiği, aksi takdirde itirazın incelenmeksizin reddedileceği' şeklinde bir ifadeye yer verilmiş değildi. Bununla birlikte Yargıtay eskiden beri, itiraz dilekçesinde Bakanlık kararında belirtilen kayıtların gerçeğe aykırı bulunduğunu ileri sürmenin yeterli olmadığı, iddianın doğruluğunu gösteren belgelerin de ibraz edilmesi gerektiği görüşünde olmuştur¹⁴. Yüksek Mahkemenin yerleşik görüşü 6356 sK.'un yürürlüğe girmesi ile birlikte Kanunun md. 43 hükmünde yer bulmuş olmasına rağmen madde gerekçesi bu yeni düzenlemeye ilişkin herhangi bir açıklama içermemektedir¹⁵. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemenin anlam ve kapsamı Yargıtay'ın uygulamaya yol gösterici, ilke niteliğindeki¹⁶ bir kararında¹⁷ aynen şu şekilde ifade edilerek ortaya konmuş bulunmaktadır: *"...Hükümde yer alan "itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması halinde itiraz incelenmeksizin reddedilir" cümlesi 17.10.2012*

¹¹ Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://www.lexpera.com.tr/>.

¹² Mehmet Ünsal Candemir, Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yollarına Kötünîyetle Başvuru, (İstanbul: Sümer Kitabevi, 2022), 1.

¹³ RG. 4.2.2011, S. 27836.

¹⁴ Bu yönde bkz. Y9. HD, 26.11.1963, E.1711, K.1584, Duman, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, 170.

¹⁵ Söz konusu maddenin gerekçesi "Üçüncü fıkrada toplu iş sözleşmesinin yapılacağı işyeri veya işyerlerindeki işçi sayıları ile sendika üye sayısındaki maddi hata iddiası ile süreye ilişkin itirazların mahkemece altı işgünü içinde duruşma yapımaksızın kesin olarak karara bağlanacağı belirtilmiştir. Kararın kesin olmasından kasıt temyize tabi olmamasıdır. Bunların dışındaki itirazlar duruşma yapılarak karar verilecek ve kararın temyizi halinde Yargıtay tarafından onbeş gün içinde kesin olarak karar verilecektir. Yargıtay kararının kesin olması nedeniyle karar düzeltme veya direnme mümkün olmayacaktır." şeklindedir.

¹⁶ Hakkı Kızıloğlu, "Yetki İtirazı Dilekçesinde Somut Delillerin Yer Almaması Halinde İtirazın İncelenmeksizin Reddedilmesi", Sicil, S. 31 (2014): 118.

¹⁷ Y22. HD, 26.6.2013, E.2013/16422, K.2013/15619: Çalışma ve Toplum, S. 39, (2013/4): 610-613.

tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda verilen önerge ile hükmün kapsamına dahil edilmiştir¹⁸. Önerge ile eklenen cümlenin amacının sırf yetki sürecini sürünce-medede bırakmak amacıyla yapılan kötü niyetli itirazların önüne geçilmesi olduğu görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki hükümde itirazın incelenmeksizin reddedileceği ifade edilse de itirazın sırf yetki sürecini sürünce-medede bırakmaya yönelik olup olmadığı ile somut delillere dayanıp dayanmadığı mahkeme tarafından bir inceleme ve değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır¹⁹. Şu halde itirazın incelenmeksizin reddedileceği ifadesinin somut olmayan ve somut delillerle desteklenmeyen itirazların işin esasına girmeksizin reddedileceği şeklinde anlaşılması özelden maddenin, genelde ise Kanununun amacına ve sistematığına uygun düşmektedir. Diğer taraftan yargılanma haklarını kısıtlayan ve sınırlandıran hükümlerin hak arama özgürlüğü ve hukuki dinlenme hakkı kapsamında dar yorumlanması gerekmektedir.”

Toplu iş sözleşmelerinin, işçilerin sosyal ve ekonomik hak ve menfaatlerinin en iyi şekilde muhafaza edilip geliştirildiği araç olduğu nazara alındığında şartların mevcudiyeti halinde işyer(ler)inde toplu iş sözleşmesinin en hızlı şekilde imzalanması sosyal tarafların menfaatine uygun olacaktır. Bu nedenle yetki tespitine itiraz davaları da gecikmeksizin sonuçlandırılmalıdır²⁰. Zaten, kanun koyucu bu amaçla söz konusu hüküm sevk etmiştir. Nitekim öğretide, bu kabulün hak arama özgürlüğü ile mahkemelerin faaliyet amacına uygun düştüğü ifade edilmekte ve söz konusu hüküm çoğunlukla isabetli bulunmaktadır²¹.

¹⁸ Bu nedendir ki, söz konusu hüküm ne Bakanlık ne de sosyal taraflarca daha önce tartışılmış ve uygun görülmüş ne de TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu toplantılarında ve oluşturulan Alt Komisyon toplantılarında görüşülmüştür. Kızıoğlu, 117. Aslında bu durum madde gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamasının da nedenidir.

¹⁹ Öğretide, mahkemece itirazın sırf yetki sürecini geciktirmek için yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi için itiraz dilekçesinde ve ekinde somut delillerin yer alıp almadığının, bu delillerin itirazla ne kadar ilişkili olduğunun belirlenmesinin gerektiği, bunların ise başlı başına incelemeyi gerektiren hususlar oldukları ifade edilmektedir. Bkz. Gülsevil Alpagut, “6356 Sayılı Yasa’nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 9, S. 35 (2012): 40; Ercüment Özkaraca, “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, İstanbul: On İki Levha Yayınları (2016): 266; Murat Özveri, Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikaszlaştırma (1963-2009), (İstanbul: Legal Yayınevi, 2013), 295. Belirtilen hususlar aslında yargılamanın, dolayısıyla toplu iş sözleşmesine ulaşılmasının gecikmesine neden olur niteliktedir. Bu nedenle Ekmekçi tarafından “bu düzenleme, elinde hiçbir dayanağı bulunmayan davacının salt süreci uzatmak için dava açmasını engelleme amacı taşımakta ise de, böyle bir niyetin varlığını tespit etmek dahi yargılamayı gerektirir. Hiçbir somut delil yer almaması zaten davanın kısa sürede bitirilmesi sonucunu doğurur. Nitekim, somut delillerin yer alıp almadığı dahi yargılamaya yapılarak belirlenmesi gereken bir durumdur.” şeklinde ifade edilmek suretiyle söz konusu hüküm isabetsiz bulunmakta ve ilginç olarak nitelendirilmektedir. Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, 351.

²⁰ Göktaş ve Yılmaz, Şerh, 905.

²¹ Tuncay ve Savaş Kutsal, Toplu İş Hukuku, 274-275.

Bununla birlikte, öğretideki bir görüş uyarınca söz konusu hüküm HMK'nun delillerin sunulmasına ilişkin hükümleri ile uyumlu bulunmamış, bu kapsamda anılan Kanunun dava dilekçesinin içeriğine ilişkin 119. maddesinin 1-e²² ve 1-f²³ hükümleri, 'Delillerin İkamesi' başlığını taşıyan 318. maddesi²⁴, ön incelemeye ilişkin md. 140/f. 5²⁵ hükmü ve 'Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi' başlıklı 194. madde²⁶ düzenlemeleri zikredilmiştir²⁷. İşte tam da bu noktada, söz konusu davanın niteliğine ilişkin öğretilerde yer alan görüş farklılığına değinmek isabetli olacaktır. Bir görüş, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin gerçeğe uygunluğunun çalışma barışına etki ettiğinden yetki tespitine itiraz davasının kamu düzenine ilişkin olduğunu, bu nedenle mahkemece re'sen delil toplanabileceğini²⁸ savunmaktadır. Yüksek Mahkeme de bu görüşte olup konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarda toplu iş uyuşmazlıklarında yetkinin kamu düzenine ait olduğunu²⁹, yetki tespitine itiraz davalarının kamu düzeni ile ilgili olduğunu belirtmekte, delillerin yarılamanın tüm safhalarında mahkemece kendiliğinden toplanması ve değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmektedir³⁰. Bir diğer görüş ise, her ne kadar

²² "Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri"

²³ "İddia edilen her bir vakianın hangi delillerle ispat edileceği"

²⁴ "Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakianın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır."

²⁵ "139 uncu madde uyarınca yapılan ihtara rağmen dilekçelerinde gösterdikleri belgeleri sunmayan veya belgelerin getirilmesi için gerekli açıklamayı yapmayan tarafın bu delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına karar verilir."

²⁶ "(1) Taraflar, dayandıkları vakıalar, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. (2) Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakianın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur."

²⁷ Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, editör, İş Hukukunda Güncel Sorunlar -3- Semineri, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2013), 87; Talat Canbolat, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Getirdiği Yenilikler", Toprak İşveren, S. 96 (2012): 17.

²⁸ Göktaş ve Yılmaz, Şerh, 905; Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 318; Duman, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, 170-172; Sever, Sendikaların Yetki Şartları ve Yetki Tespiti, 145; Şebnem Kılıç, Türk Hukukunda Grup Toplu İş Sözleşmeleri ve Çerçeve Sözleşmeler, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2019), 169.

²⁹ Bu yönde bkz. Y9. HD, 24.11.2015, E.2015/32898, K.2015/33397; Y9. HD, 1.12.2015, E.2015/32899, K.2015/33997; Y9. HD, 21.12.2015, E.2015/34821, K.2015/36089; Y9. HD, 23.2.2016, E.2016/4346, K.2016/3766; Y9. HD, 23.2.2016, E.2016/4347, K.2016/3767; Y9. HD, 13.9.2017, E.2017/22793, K.2017/13234, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://www.lexpera.com.tr/>; Y7. HD, 7.9.2015, E.2015/26324, K.2015/14105, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <http://www.legalbank.com.tr/>.

³⁰ Bu yönde bkz. Y9. HD, 10.4.2008, E.2008/12851, K.2008/8003; Y9. HD, 2.6.2009, E.2009/21749, K.2009/15448; Y9. HD, 1.3.2011, E.2011/6590, K.2011/5844; Y9. HD, 22.3.2011, E.2011/12779, K.2011/8202; Y9. HD, 29.3.2011, E.2011/11740, K.2011/9416; Y9. HD, 15.11.2011, E.2011/48966, K.2011/43553; Y9. HD, 10.4.2012, E.2012/12500, K.2012/12147; Y9. HD, 15.5.2012, E.2012/15695, K.2012/17223; Y9. HD, 6.11.2012, E.2012/32412, K.2012/36345; Y9. HD, 4.12.2012, E.2012/36288, K.2012/40704; Y9. HD, 29.4.2014, E.2014/12074, K.2014/13867; Y9. HD, 30.10.2014, E.2014/31266, K.2014/31738; Y9. HD, 31.5.2016, E.2016/14034, K.2016/12874, Erişim Tarihi: Ağustos 8,

Kanun bu konuda açık değil ise de yetkinin düzenleniş biçiminden kamu düzenini ilgilendirmedeği sonucuna varılması gerektiği yönündedir³¹.

HMK md. 25 hükmünde medeni yargılamaya egemen olan ilkelerden ‘tarafarca getirilme ilkesi’ düzenlenmiş olup hâkimin kanunda öngörülen istisnalar dışında iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı, onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamayacağı, kendiliğinden delil toplayamayacağı öngörülmüştür³². Dolayısıyla, mahkeme sadece taraflarca ileri sürülen vakıalar ve deliller ile sınırlı bir inceleme ve değerlendirme yapabilmektedir. Bu ilke; Özel Hukukta birey yararının korunması esası geçerli olduğundan, dava konusu uyuşmazlığı en iyi tarafların bileceği ve dava ile ilgili malzemeyi yine tarafların getireceği düşüncesine dayanmaktadır. Söz konusu ilkenin istisnasını ise, ‘kendiliğinden araştırma ilkesi’ oluşturur ki, medeni yargı bağlamında çekişmeli yargıda istisnaen işlerlik kazanan ve kamu düzenini ilgilendiren davalarda uygulama alanı bulan bir ilkedir. Bu davalarda hâkim de taraflar yanında olayların ve delillerin mahkemeye getirilmesi hususunda görevli ve yetkili olmakta, dolayısıyla tarafların talepleri, ileri sürdükleri vakıa ve deliller ile bağlı olmadığı gibi kendisi de vakıaları araştırabilmekte, delilleri toplayabilmektedir. Hatta bu davalarda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağından söz edilmediği gibi sulh ve kabul de mümkün olmamakta, ayrıca mahkeme tarafların ikrarı, delil sözleşmesi, yemin ve inkâr edilmeyen vakıalar ile bağlı olmamaktadır³³.

2022, <https://www.lexpera.com.tr/>; Y9. HD, 17.4.2012, E.2012/4039, K.2012/13402; Y9. HD, 5.10.2010, E.2010/34472, K.2010/27861, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <http://www.legalbank.com.tr/>. Benzer yönde bkz. Y22. HD, 31.10.2016, E.2016/29746, K.2016/24359, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://www.lexpera.com.tr/>; Y9. HD, 4.10.2005, E.2005/30203, K.2005/32363; Y9. HD, 26.1.2010, E.2010/941, K.2010/1399, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <http://www.legalbank.com.tr/>.

³¹ A. Can Tuncay, “Tebliğ: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği-Kamu-İş (2006): 134; Kocagil Ersoy, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, 315, 334.

³² Söz konusu ilkenin; Özel Hukukta egemen olan irade serbestisinin Medeni Usul Hukuku alanında yansımaları teşkil eden tasarruf ilkesinin (HMK md. 24) doğal bir sonucu ve tamamlayıcısı olduğu yönünde bkz. Baki Kuru, Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt I, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), 568-569, dn. 69, 571; Baki Kuru ve Burak Aydın, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 222; Hakan Pekcanitez; Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 184; İlhan E. Postacioğlu ve Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 153-155; Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku Cilt I, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 363; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz; Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), 158; Abdurrahim Karşı, Medeni Muhakeme Hukuku, (İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2014), 241, 244, 247.

³³ Kuru, El Kitabı, 572 vd.; Kuru ve Aydın, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 223-225, 250; Postacioğlu ve Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 155 vd.; Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, 363 vd.; Pekcanitez; Atalay ve Özkes, Ders Kitabı, 186-188; Arslan; Yılmaz; Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Medenî Usul Hukuku, 158 vd.; Karşı, Medeni Muhakeme Hukuku, 246 vd.; Güray Erdönmez, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayınları,

İş mahkemelerinde yapılan yargılama da esas itibariyle ‘tarafarca getirilme ilkesi’ne dayanmaktadır. Bununla birlikte, hukuk muhakemeleri usulünün İspat Hukukuna ilişkin genel hükümlerinin İş Hukuku alanında yeterli olmadığı, bu nedenle bazı hakların yok olabileceği belirtilerek sosyal ve toplumsal düzende iş barışının tesisine yönelik olarak iş mahkemelerinde ‘kendiliğinden araştırma ilkesi’nin uygulanması gerektiği öğretide ileri sürülmüştür. Böylelikle yargılamanın uzamasının önüne geçilmiş, usul ekonomisine de hizmet edilmiş olunacaktır³⁴. Vardığı sonuç itibari ile md. 43/3-ilk cümleinin öngörülme nedenine uygun bir görüş olmakla beraber kanımızca, yetki tespiti itiraz davalarının niteliğinin tespitinde SenTİSK’nun yetkiye ilişkin hükümleri de nazara alınmalıdır.

Toplu iş sözleşmesi ehliyet ve yetkisi farklı kavramlar olup yetki ehliyetten daha dar ve daha sonra aranan bir husustur. Oysaki, ehliyet hem geçerli bir toplu iş sözleşmesi yapmanın hem de yetkinin olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir ön şartıdır³⁵. Bu nedendir ki, ehliyeti bulunmayan -yani bir toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilme hakkına sahip olmayan- kişi veya kişiler ve yahut kuruluş ya da kuruluşların yaptığı sözleşme adına toplu iş sözleşmesi denmiş olsa bile geçerlilik arz etmez ve kesin hükümsüz olur³⁶. Kesin hükümsüzlük her zaman ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından re’sen dikkate alınabilir. Kanunun yetkiye ilişkin hükümleri incelendiğinde ise, kanun koyucunun yetki tespiti talebi ile başlayan sürecin olabildiğince hızlı bir şekilde tamamlanabilmesi adına kesin süreler öngördüğü, mutlak emredici hükümler sevk ettiği tespit edilmektedir. Bununla birlikte, yetkinin bulunmaması her zaman ileri sürülebilen, hâkim tarafından re’sen nazara alınabilen ve toplu iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğüne yol açan bir durum değildir. Yetki tespitine ilişkin itirazlar yasal prosedürde belli süre ve şekil şartlarına bağlı olarak yapılabilir. Zira itiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurmaktadır (SenTİSK md. 43/5). Bu kapsamda, olumlu yetki tespit yazısına süresi içerisinde itiraz edilmediği (SenTİSK md. 44/1) veya süresi içinde itiraz edilmekle beraber kanunun öngördüğü görevli makama kayıt işlemi bu süre içinde gerçekleştirilmediği takdirde yetki kesinleşmektedir (SenTİSK md. 43/2). Bunun gibi, yetki belgesi bulunmaksızın yapılan bir toplu iş sözleşmesinde taraflardan birinin veya ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı, ancak Bakanlıkça durumun tespitinden itibaren kırk beş gün içinde, ilgililerce veya Bakanlıkça mahkemede dava yolu ile ileri sürülebilmektedir. (SenTİSK md. 45/1). Öngörülen kırk beş günlük hak düşürücü sürede herhangi bir itiraz yapılmadığı takdirde yetki belgesi bulunma-

2017), 800, 805-806; Erhan Birben ve Sezgi Öktem, “İş Yargılamasının Medeni Usûl Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. II, İstanbul: Beta Yayınevi (2001): 1098-1101.

³⁴ Birben ve Öktem, 1102-1105.

³⁵ Süleyman Başterzi, Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 16.

³⁶ Bu hususta birtakım ayrımlara gitmek suretiyle yokluk halinin de gündeme gelebileceği görüşünde bkz. Başterzi, Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, 164-168; Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 401-402.

dan yapılmış olsa da toplu iş sözleşmesi geçerli olmaktadır. Kaldı ki, söz konusu süre içerisinde dava açılrsa bile mahkemenin iptal kararı verebilmesi için sadece yetki belgesinin olmaması yeterli değildir. Zira öğretideki baskın görüş ve yargı kararları³⁷ uyarınca, yetki belgesinin bulunmamasının yanı sıra yetki için öngörülen yasal şartlar da mevcut olmamalıdır. Bir diğer ifade ile, toplu iş sözleşmesinin mahkeme kararı ile iptalini gündeme getiren yetkisizlik; toplu iş sözleşmesinin bağitlandığı sırada şartlarının sağlanmamış olduğu yetkisizliktir³⁸. Belirtilen düzenlemeler yetkinin, dolayısıyla yetki tespitine itiraz davasının kamu düzenine ilişkin olmadığını göstermektedir. Sonuç olarak, bizce de yetki tespitine itiraz davalarında genel ilke niteliğindeki ‘tarafarla getirilme ilkesi’nin uygulanması gerekmektedir.

Bununla birlikte, her olayda somut delilin neyi ifade ettiği noktasında sıkıntı yaşanması pekâlâ mümkündür³⁹. Zira ‘somut delil’den ne anlaşılması gerektiğinin cevabı madde metninde bulunmamaktadır⁴⁰. Kaldı ki, Medeni Usul Hukukunda deliller; kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴¹. Denebilir ki, itiraz dilekçesinde iddianın somutlaştırılması

³⁷ “Belirtmek gerekir ki, bir toplu iş sözleşmesinin yetki belgesi olmadan imzalanması, behemhâl sözleşmenin hükümsüz olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Bu noktada önemli olan ve tespiti gereken husus, toplu iş sözleşmesinin taraflarının yetki şartlarına sahip olup olmadığıdır. Nitekim bu davanın gerekçesi kanunda açık olarak ‘tarafardan birinin veya ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı ve bu sebeple sözleşmenin hükümsüzlüğü’ şeklinde ifade edilmiştir.” ifadelerine yer vermek suretiyle aynı yönde bkz. Y22. HD, 15.2.2018, E.2018/558, K.2018/3740. Farklı ifadeler ile aynı yönde bkz. Y9. HD, 23.3.2000, E.2000/3886, K.2000/3245, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/>.

³⁸ Tuncay ve Savaş Kutsal, Toplu İş Hukuku, 362-363; Şahlanan, Toplu İş Hukuku, 506-507; Narmanlıoğlu, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 489-500; Halûk Hâdi Sümer, İş Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 269; Akyiğit, Toplu İş Hukuku, 382; Göktaş ve Yılmaz, Şerh, 942-944; Kocagil Ersoy, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, 331 vd. Bu nedenle hükümün eleştirisi ve Kanundan tümüyle kaldırılması gerektiği görüşünde bkz. Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, 373-376.

Söz konusu geçersizliğin geçmişe etkili olarak hüküm ifade edeceği ve toplu iş sözleşmesinin en baştan itibaren geçersiz olacağı görüşünde bkz. Narmanlıoğlu, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 499; Aktay, Toplu İş Hukuku, 268.

³⁹ Akyiğit, Toplu İş Hukuku, 377.

⁴⁰ Akyiğit, Toplu İş Hukuku, 377-378; Nuri Çelik; Nursen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2020), 1000; Şahlanan, Toplu İş Hukuku, 397-398; Canbolat, 17.

Yukarıda yer verdiğimiz 22. Hukuk Dairesi’nin 26.6.2013 tarih ve E. 2013/16422, K. 2013/15619 sayılı kararında bu hususta yol gösterici açıklamalar da mevcuttur. Şöyle ki, kararda “yetki tespitine itiraz dilekçesi ve eklerinde hukuki mütalaa, keşif, bilirkişi incelemesi, yetki tespit belgesi, bir kısım üyelikten çekilme bildirimleri, işyerlerine ilişkin Nace kodlarını gösterir belge, SGK prim bordroları, işe giriş ve çıkış bildirimleri, üye kayıt fişleri, istifa fişleri delillerine” dayanıldığından yapılan itirazın deliller ile desteklendiği ve somut olduğu, söz konusu cümle kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna isabetli olarak varılmıştır. Aynı yönde bkz. Özkaraca, 268.

⁴¹ Bununla birlikte, bazı Yargıtay kararlarında ve öğretide ‘güçlü delil (kanıt)’, ‘kuvvetli delil’, ‘kuvvetli takdiri delil’, ‘takdiri delil’, ‘önemli delil’, ‘bağlayıcı delil’, ‘bağlayıcı olmayan delil’, ‘önemli delil’ şeklinde başka kavramlar da kullanılmaktadır. Recep Akcan, “Yargıtay Kararlarındaki ‘Güçlü Delil’ Kavramının Hukuki Niteliği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 12, S. 1-2 (2004): 7 vd.

gerekli ve yeterli olduğundan, delillerin tümünün dava dilekçesinin ekinde yer alması gerekmediği gibi aksi halde itirazın reddedilmesi de gündeme gelmeyecektir. Nitekim öğretide, dava dilekçesinde hiçbir somut gerekçenin ileri sürülmediği, örneğin “işçi sendikası gerekli çoğunluğa sahip değildir.” veya “Bakanlıkça yapılan yetki tespiti hatalıdır.” gibi ifadelerle yapılan yetki itirazlarında söz konusu hükmün uygulanabilir olduğu isabetli olarak belirtilmektedir⁴².

Böylelikle, üyelik işlemlerinde e-devlet kapısının benimsenmiş ve SenTİSK'nun yürürlüğe giriş tarihinin 1. yılının sonu itibarıyla uygulamaya konulmuş olmasının (SenTİSK geç. md. 4) zaten itiraz edenin -çoğunlukla işverenin- delil sunmasını daha güç hale getirmiş olduğu⁴³ da aslında bir bakıma dikkate alınmış olmaktadır. Daha açık ifade ile, gerek Kanunda gerekse Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi ile Üyelik Aidatının Tahsili Hakkında Yönetmelik⁴⁴'te sendikaya üyeliğin işçi veya sendikası tarafından işverene bildirilmesine dair bir yükümlülük getirilmemiş, e-devlet sisteminde de bu yönde işverene bir bildirim yapılması öngörülmemiştir. Sadece işçi sendikasının yetki belgesine sahip olması halinde ve işverene yazılı başvurusu üzerine, aidatların işçinin ücretinden kesilmek suretiyle ilgili sendikaya ödeneceği düzenlenmiştir (SenTİSK md. 18/2). Bu nedenle, işçi sendikasının yetkiyi elde etmesi ile birlikte devreye girebilen üyelik aidatının kaynaktan kesme yöntemi (*check-off*) ile ödendiği haller ile sınırlı olarak üye sayısının işverene bildirilmesi söz konusu olmaktadır. Üyelik ile ilgili işlemlere ilişkin bilgilerin işverenlere gönderilmesinin mevzuatla engellenmesi işverenlerin dayanacakları delillerinin ne olacağını da tartışmalı kılmıştır. Dolayısıyla başka yönde bir kabul, işveren açısından hak kaybına yol açacağı gibi hakkaniyete de uygun olmayacaktır⁴⁵.

II. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ'NİN 18.4.2019 TARİH ve E. 2019/2946, K. 2019/9033 SAYILI KARARI

Yargıtay 22. HD.'nin 18.4.2019 tarih ve E. 2019/2946, K. 2019/9033 sayılı kararına⁴⁶ konu olan olayda, olumlu yetki tespit yazısı tebliğ edilen işçi sendikalarından biri -Belediye-İş Sendikası-, yetki tespitinin usul ve yasaya aykırı olduğunu, üye sayısının hatalı belirlendiğini ileri sürerek yetki itira-

⁴² Haluk Hadi Sümer, “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2016 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul: On İki Levha Yayınları (2017): 683-684; Haluk Hadi Sümer, “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Tespiti Sürecinde Yaşanan Sorunlar”, Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu 14 Ocak 2019, Ankara: Türk-İş Sendikası (2019): 128; Gökteş ve Yılmaz, Şerh, 906.

⁴³ Özkaraca, 267. Bu hususu işverenler açısından ele alarak “incelenmeksizin reddedilir.” ifadesinin madde metninden çıkartılması ve somut deliller ile ilgili hükmün işverenler açısından uygulanabilir hale getirilmesi için çalışma yapılması gerektiği yönünde bkz. Kızıloğlu, 119-120.

⁴⁴ RG. 9.7.2013, S. 28702.

⁴⁵ Fevzi Şahlanan, “6356 Sayılı Kanuna Göre Yetki Prosedürü ve Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması, Geçiş Hükümleri”, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Değerlendirme Semineri 14 Şubat 2013, Ankara: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (2013): 54; Kızıloğlu, 119.

⁴⁶ Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://www.lexpera.com.tr/>.

zında bulunmuş, ilk derece mahkemesi davanın reddine karar vermiştir. Karara karşı davacı vekilinin istinaf kanun yoluna başvurması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi, davacı tarafça hiçbir somut bilgi, belge ve delil ibraz edilmediği gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Davacı vekilinin kararı temyiz etmesi üzerine ise, Yüksek Mahkeme hiçbir somut itiraz ve delile dayanmayan temyiz talebini reddetmiştir. Böylelikle, ilk derece mahkemesinin kararı 'hiçbir somut bilgi, belge ve delil ibraz edilmediği' şeklinde ilave gerekçe ile Bölge Adliye Mahkemesince hukuka uygun bulunmuş, Yargıtay tarafından onanmıştır. Gerekli incelemelerin yapıldığının ancak hiçbir delilin sunulmadığının anlaşıldığı karar bu yönü ile isabetlidir.

Kararın kanaatimizce asıl önemli yönü; Yüksek Mahkemece davacının kötüniyetle temyiz talebinde bulunduğu tespit edilmiş ve hakkında HMK md. 368 hükmü gereğince 3.000 TL. disiplin para cezasına oy birliği ile hükmedilmiş olmasıdır. Kararın önemine binaen ilgili bölümlere aynen yer veriyoruz: *"Somut uyuşmazlıkta, davacı sendika vekili gerek dava dilekçesinde, gerek yargılama sürecinde ve gerekse istinaf başvuru dilekçesinde, yetki tespiti için hiçbir somut itiraz ve somut delil ileri sürmemiştir. Nitekim bu durum Bölge Adliye Mahkemesi kararında da tespit edilmiştir.*

Hal böyle olmakla birlikte, davacı vekili gerekçeli temyiz dilekçesinde de hiçbir somut temyiz gerekçesi belirtmemiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Kötüniyetle temyiz" başlıklı 368'inci maddesine göre "Temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığı anlaşılırsa Yargıtay'ca 329 uncu madde hükümleri uygulanır." 6100 sayılı Kanun'un 329uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre ise "Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır."

Açıklanan maddi ve hukuki olgular ışığında, İlk Derece Mahkemesince davanın reddine karar verilmesi ve Bölge Adliye Mahkemesince de istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi isabetlidir. Bununla birlikte davacı vekili tarafından, hiçbir somut itiraz ve delile dayanmayan temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığı anlaşıldığından, davacının 3.000,00 TL disiplin para cezasına mahkûm edilmesi gerektiği açıktır."

III. DÜRÜSTLÜK KURALININ USUL HUKUKUNDAKİ YANSIMALARINDAN BİRİ OLARAK KÖTÜNİYETLİ TEMYİZ

Temelini 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁴⁷ md. 2/1 hükmünün teşkil ettiği dürüstlük kuralı hukukun tüm disiplinlerinde olduğu gibi Medeni Usul Hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim HMK md. 29/1 hükmü *"Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar."* şeklinde olup gerekçesinde düzenlemenin dürüstlük kuralının Usul Hukukundaki yansıma-

⁴⁷ RG. 8.12.2001, S. 24607.

sı olduğu açıkça ifade edilmiştir⁴⁸. Dolayısıyla, taraflar (hem davacı hem de davalı) davanın açılması başta olmak üzere usuli yetkilerini dürüstlük kuralına uygun kullanmakla yükümlüdürler.

Kanun koyucu genel nitelikli md. 29/1 düzenlemesi ile yetinmemiş açıkça kötüniyet kavramına atıf yapmak suretiyle kötüniyetli bazı usuli işlemleri özel yaptırımlara tabi tutmuştur⁴⁹. Bu kapsamda örneğin, kötüniyetle dava açma (md. 329), kötüniyetle istinaf yoluna başvurma (md. 351) ve kötüniyetle temyiz (md. 368) özel olarak düzenlenmiştir. Böylelikle, dürüstlük kuralının kanun yollarına başvuru hakkının kullanımını bakımından da geçerli olduğu ve sınırlayıcı bir işlevi yerine getirdiği açıkça hüküm altına alınmıştır⁵⁰. Şu kadar ki, konunun dava açma hakkı, adalete erişim hakkı, adil yargılanma hakkı, savunma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı gibi Anayasal haklar ve temel insan hakları ile bağlantısı nedeniyle dürüstlük ilkesi hukukun bu alanında sınırlı bir uygulanma alanına sahip kılınmıştır⁵¹.

Tebliğimizin dayanağını teşkil eden ve yukarıda değindiğimiz Yüksek Mahkeme'nin açıkça yer verdiği ve kararına dayanak teşkil ettiği HMK md. 368 hükmü "*Temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığı anlaşılırsa Yargıtayca 329 uncu madde hükümleri uygulanır.*" şeklindedir. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, sadece kötüniyetle dava açılmasına ilişkin 329. maddeye atıf yapmakla yetinilmiştir. Maddenin gerekçesinde, davanın açılmasında ve istinaf yoluna başvuruda olduğu gibi, temyiz isteminde de kötüniyetle hareket eden tarafın Yargıtayca para cezasına mahkûm edileceği hususunun belirtildiği ifade edilmiştir. Atıfta bulunulan 329. madde hükmü uyarınca ise, "*(1) Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması hâlinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur.*"

⁴⁸ Candemir, Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru, 30, 34; Muhammet Özkes, "Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekâlet Ücreti (HUMK m. 421; AvK m. 169)", Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi, S.1 (2005): 31, 47; Pekcanitez; Atalay ve Özkes, Ders Kitabı, 203; Erdönmez, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 912.

Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu'nda (RG. 2-3-4.7.1927, S. 622-623-624) ise tarafların doğruyu söyleme ve dürüstlük kuralına uyma yükümlülükleri açıkça düzenlenmemiştir. Yine de öğretilde tarafların bu yükümlülüklerinin bulunduğu yönünde görüş birliği mevcuttu. Ramazan Arslan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1989), 20, 48-49, 62; Pınar Çiftçi, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 486.

⁴⁹ Candemir, Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru, 43.

⁵⁰ Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, 48-49. Ayrıca bkz. A. Can Tuncay, Hukuksal Etik (Legal Ethics) Dersleri, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2022), 355 vd.

⁵¹ Özkes, 42; Arslan; Yılmaz; Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Medenî Usul Hukuku, 630; Okan Gündüz, "Karar İncelemesi Kötüniyetle Temyiz", İstanbul Barosu Dergisi 93, S. 4 (2019): 43; Candemir, Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru, 38-39, 74.

(2) *Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır.*”. Anılan maddenin gerekçesi ise, “*Kötü niyetli kişileri caydırıcı bir hükmün zaruri olması sebebiyle bu kişiler aleyhine, karşı tarafın vekalet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûmiyet kararının verilmesi öngörülmüştür. İkinci fıkrada ise kötü niyetli davalı veya hakkı olmadığı hâlde dava açan tarafın adli teşkilatı kötü niyetle meşgul etmesi, ayrıca disiplin para cezası ile cezalandırılmıştır.*” şeklindedir.

Zor bir faaliyet olmakla beraber, kötüniyetin tespitine ilişkin inceleme hâkim tarafından yalnızca kendisine yönelik yapılan başvuru ve kendisinin gerçekleştirdiği yargılama faaliyeti ile sınırlı olmak üzere yapılmakta, emredici niteliği gereği ve bir maddi hukuk kuralı olması nedeniyle dürüstlük kuralı re’sen uygulanmakta⁵² ve fakat dosya kapsamında bulunan deliller ışığında değerlendirme yapılmaktadır. Bir diğer ifade ile, bu aşamada re’sen araştırma ilkesi değil, re’sen inceleme ilkesi geçerli olduğundan hâkim bu konuda doğrudan vakia ve delil toplamakla yükümlü olmamaktadır⁵³.

Bugüne kadar Yargıtay’ın HMK md. 329 bağlamında usuli hakların kötüye kullanılması ile ilgili vermiş olduğu birtakım kararları mevcuttur. Bu kapsamda, temyiz/istinafın adaleti gerçekleştirmeye değil davayı uzatmaya yönelik olması veya hukuki yararın olmadığı halde yapılması ya da talebin kabul edilmesine rağmen gerekçe gösterilmeden yapılması örnek olarak gösterilebilir. Tebliğimizin dayanağını teşkil eden ve yukarıda değindiğimiz Yargıtay 22. HD.’nin ilgili kararında da davacının temyiz dilekçesinde hiçbir somut itiraz ile delil ileri sürmemiş olması kötüniyetli temyiz olarak değerlendirilmiştir. Bilindiği üzere, kanun yoluna başvurunun açık bir şekilde dayanaksız olarak yapılması, sırf karşı tarafa zarar verme amacını ortaya koyan bir durum olup kanun yolu başvurusu özelinde hak arama özgürlüğünün kötüye kullanımına işaret etmektedir⁵⁴. Dolayısıyla, hukuk düzeni tarafından korunması mümkün değildir. Nitekim uyuşmazlık konusu somut olay açısından olumlu yetki tespitinin iptali için dava sürecinin somut itiraz ve herhangi bir delil olmaksızın başlatılıp tüm aşamalarında aynı şekilde sürdürülmüş olması nedeniyle kötüniyet aşikârdır. Zaten, mahkemece de isabetli olarak bu yönde tespitle bulunularak davacı sendika hakkında disiplin para cezası yaptırımına hükmedilmiştir.

Disiplin para cezası; İdare Hukuku içerisinde incelenen ve Disiplin Hukukuna ait bir kavramdır. Bu açıdan belli bir topluluk ya da kuruluşta bulunan kişilerin ilgili topluluk ya da kuruluşun örgütlenmesi hakkındaki kuralla-

⁵² Hâkim açısından aynı zamanda görev ve yükümlülük de teşkil etmektedir. Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 10.

⁵³ Candemir, Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru, 49-50, 74-75; Ayşegül Atay Coşkun, “İstinaf Yargılaması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 135 (2018): 305; Arslan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, 27.

⁵⁴ Candemir, Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru, 78-79.

rı ihlal etmeleri halinde maruz kaldıkları bir yaptırım türüdür⁵⁵. Medeni yargılama faaliyeti açısından ise “yargılamanın düzenli bir biçimde işleyişini sağlamak ve kamu düzenini korumak amacıyla verilen, verildiği anda kesin olan ve derhâl infazı gereken para cezasıdır.” (HMK md. 446/1). Kanunun Genel Gerekçesi’nde aynen ifade edildiği üzere, “...1086 sayılı kanunda öngörülen cezalar, Tasarıda “disiplin hapsi” ve “disiplin para cezası” olarak düzenlenmiştir.... Davanın görülmesi sırasında kötü niyetli davranışları önlemek ve yargılamayı daha etkin kılabilmek için ise disiplin para cezası düzenlenmiştir. Bu cezaların tecili veya ertelenmesi gibi sebeplerle uygulanamaması önlenerek, yargılamanın işleyişinin güvence altına alınması amaçlanmıştır. Ayrıca ..., disiplin para cezasının özelliklerinin neler olduğu ve bu cezanın nasıl tahsil edileceği hususları da açıklığa kavuşturulmuştur.”. HMK md. 329/2 hükmünde öngörülen disiplin para cezası ise, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, kötüniyetli davalı veya hakkı olmadığı halde dava açan tarafın adli teşkilatı kötüniyetle meşgul etmesinin yaptırımını teşkil etmektedir. Bu nedenledir ki, hâkimin bu yönde tespitte bulunması gerekli ve yeterlidir. Karşı tarafın bir talepte bulunmasına ihtiyaç yoktur⁵⁶.

HMK md. 329/2 hükmünde, kötüniyetli kanun yolu başvurusunu kim gerçekleştirdi veya böyle bir başvuruya kim sebep oldu ise disiplin para cezasının onun hakkında uygulanacağı açıkça öngörülmüştür. Bu nedenledir ki, tarafın vekil ile temsil olunduğu hallerde asil yerine vekil hakkında disiplin para cezasına hükmedilmelidir. Zira taraflar gibi avukatlar da hem Usul Hukuku hem de mesleklerine güvenin korunması açısından dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdürler⁵⁷. Uygulamada, vekil tarafından yapılan kanun yolu başvurularında çoğunlukla vekil açısından söz konusu yaptırım gündeme gelmektedir⁵⁸. Buna karşılık, tebliğimizin dayanağını teşkil eden ve yukarıda değindiğimiz Yargıtay 22. HD.’nin kararında olduğu gibi, kimi zaman kötüniyetli temyiz vekil tarafından yapılmış olsa bile asil hakkında söz konusu yaptırıma hükmedilebilmektedir.

Son olarak belirtilmelidir ki, HMK md. 329 hükmünde alt ve üst sınırları ile belirlenmiş bulunan söz konusu yaptırım yeniden değerlendirme oranına tabi değildir. Her ne kadar Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 4.3.1953 tarih ve E. 1951/6, K. 1953/1 sayılı kararında⁵⁹ disiplin para cezalarının yeniden değerlemeye tabi olduğu kabul edilmiş ise de “Parasal sınırların artırılması” başlıklı HMK ek md. 1 ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁶⁰ md. 17/7 düzenlemeleri uya-

⁵⁵ Candemir, Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru, 103; Tahir Muratoğlu, “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19, S. 30-31 (2014): 80-81.

⁵⁶ Candemir, Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru, 107-108.

⁵⁷ Pekcanitez; Atalay ve Özkes, Ders Kitabı, 204; Erdönmez, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 914.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Candemir, Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru, 107.

⁵⁹ Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/>.

⁶⁰ RG. 31.3.2005, S. 25772 (Mükerrer).

rınca disiplin para cezalarının tutarları yeniden değerlendirme dışında bırakılmış, HMK md. 446 düzenlemesi ise bu konuda suskun kalmıştır. Belirtilen durum karşısında kanun yoluna kötünietli başvuru için verilebilecek disiplin para cezası tutarının herhangi bir arttırmaya tabi olmadığı, hâlihazırda HMK md. 329/2 hükmünde öngörüldüğü şekilde olduğu ve böyle kalacağı öğretilde kabul görmektedir⁶¹. Dolayısıyla, miktarının 500.-TL.'nden az, 5.000.-TL.'nden fazla olması mümkün değildir. Nitekim tebliğimizin dayanağını teşkil eden ve yukarıda değindiğimiz Yargıtay 22. HD.'nin kararında, miktara ilişkin belirtilen sınırlamalar dahilinde 3.000.-TL.'ye hükmedilmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, konuya ilişkin bazı kararlarda *"para cezasında yeniden değerlendirme oranında yapılması gereken artırım miktarı ile dava konusu olayın gelişim biçimi ve dosyaya yansıyan olgular göz önünde tutularak asgari haddin para cezasına hükmolun"*duğuna⁶² veya *"Bu konuda, para cezasında yeniden değerlendirme oranında yapılması gereken artırım miktarı ile dava konusu olayın gelişim biçimi ve dosyaya yansıyan olguların göz önünde tutul"*duğuna⁶³ rastlanmaktadır.

DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Bir hukuk davasının açılması ile taraflarla mahkeme arasında Usul Hukukuna ilişkin üçlü bir ilişki kurulur ve yargılama derdest olduğu sürece de devam eder. Bu ilişki dahilinde taraflar açısından bazı yükümlülükler gündeme gelir ki, bunların en başında dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü yer almaktadır. Her ne kadar bir hak mücadelesi teşkil etse de yargılamanın hukukun genel kurallarına uygun yapılmayacağı, davada dürüstlük kuralının uygulanmayacağı söylenemez. Bu nedenle, tarafların başlangıcından sonuna kadar yargılamanın yürütülmesi sırasında gerek birbirleri ile gerekse mahkeme ile olan ilişkilerinde dürüst, samimi olmaları, doğruyu söylemeleri ve usul kurallarının kendilerine tanıdığı her yetkiyi konuluş amacına uygun kullanmaları gerekmektedir⁶⁴.

Öğretilde isabetle belirtildiği üzere, bir davanın hukuk kurallarına ve dürüstlük anlayışına uygun olarak açılması ve yürütülmesine yönelik çabalar yargılamanın kendisi kadar eskidir. Her hukuk düzeninde kanun koyucu dürüst olmayan dava açılmasını önleme, mahkemeyi yanıltma veya davayı

⁶¹ Candemir, Kanun Yollarına Kötünietle Başvuru, 106.

⁶² Bu yönde bkz. YHGK., 24.12.2014, E.2014/7-1014, K.2014/1075, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/>.

⁶³ Bu yönde bkz. YHGK., 20.5.2021, E.2018/3-254, K.2021/591; YHGK., 6.4.2021, E.2017/4-2663, K.2021/410; YHGK., 18.4.2019, E.2018/4-375, K.2019/473; YHGK., 6.6.2018, E.2017/4-2014, K.2018/1167; YHGK., 28.2.2018, E.2016/4-2258, K.2018/329; YHGK., 29.11.2017, E.2015/4-3519, K.2017/1442; YHGK., 30.5.2018, E.2017/4-403, K.2018/1136; YHGK., 26.4.2017, E.2015/4-2907, K.2017/852; YHGK., 16.4.2014, E.2014/4-375, K.2014/522; YHGK., 26.3.2014, E.2014/9-215, K.2014/385; YHGK., 5.3.2014, E.2013/4-1896, K.2014/195; YHGK., 19.6.2013, E.2013/9-123, K.2013/849, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/>. Benzer yönde bkz. YHGK., 29.5.2013, E.2013/10-408, K.2013/770, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/>.

⁶⁴ Arslan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, 48, 62; Özkes, 32, 35; Çiftçi, İspat Hakkı ve Sınırlamaları, 485-486; Gündüz, 42; Tuncay, Hukuksal Etik, 356.

sürüncemede bırakma çabaları ile mücadele amacıyla çeşitli çözümler bulmaya çalışmıştır⁶⁵. Ülkemiz açısından HMK'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte dürüstlük kuralı Usul Hukukunda pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. HMK 29. maddenin gerekçesinde aynen belirtildiği üzere, *"Bu maddenin birinci fıkrasında dürüstlük kuralı, ikinci fıkrasında ise doğruyu söyleme yükümlülüğü getirilmiştir ki bunlar "taraf hakimiyeti"nin sınırları olarak görülmektedir. Maddenin ilk fıkrası, Türk Medeni Kanunu'ndaki "dürüstlük kuralı"nın Medeni Usul Kanunu'ndaki görünümüdür. Mukayeseli hukukta da dürüstlük kuralına, medeni usul kanunlarında yer verilmektedir. Bu kural, taraf usul işlemleri alanında etkisini göstermektedir. Söz konusu kurala aykırı olması halinde işlemin hukuki sonuç doğurması mahkemece önleneyecektir. Doğruyu söyleme ödevi tarafların yargılamadaki yükümlülüklerinden biridir. Hukukun temel ilkelerinden dürüstlük kuralına yargılama sırasında da riayet edilmelidir. Yükümlülüğün ana noktaları vakıalar ve delillerdir. Yargılamada taraflar bir mücadele içinde olsalar bu mücadelede her şeyin geçerli sayılacağı kabul edilemez. Muhakeme sürecine ilişkin değişik maddelerde de dürüstlük kuralına aykırı kötü niyetli davranışların önüne geçmek için bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Tüm bu hükümlerin temelinde dürüstlük kuralına uygun davranmayı sağlama amacı yatmaktadır...."* Kaldı ki, kanun koyucu genel nitelikli md. 29/1 düzenlemesi ile yetinmemiş açıkça kötüniyet kavramına atıf yapmak suretiyle kötüniyetli bazı usuli işlemleri yaptırıma bağlamıştır. Bu kapsamda örneğin, kötüniyetle dava açma (md. 329), kötüniyetle istinaf yoluna başvurma (md. 351) ve kötüniyetle temyiz (md. 368) özel olarak düzenlenmiştir.

Ancak, günümüzde yargılama sürecinde hukuku zorlayan, usul ekonomisine aykırı olan, hoş görülmesi mümkün olmayan dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile sıkça karşılaşılmaktadır⁶⁶. Toplu İş Hukuku açısından bu nitelikteki davranışların en temel örneğini; Bakanlığın yapmış olduğu olumlu yetki tespitine sırf yetki sürecini uzatarak işyerini sendikasılaştırma amacı ile yapılan itirazlar teşkil etmektedir. Oysaki kanun koyucu, toplu iş sözleşmesinin en kısa sürede imzalanmasını ve işçilerin toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılacak haklarına bir an önce kavuşmalarını sağlamaya yönelik birçok hüküm sevk etmiştir. Bunlardan biri de yetki tespitine itirazlarda 'itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer alması gerektiği, aksi takdirde itirazın incelenmeksizin reddedileceği'ni öngören SenTİSK md. 43/3 hükmünün ilk cümlesidir. Söz konusu cümle düzenlemesi öğretide, kötüniyetli itirazları bir ölçüde önleyecek nitelikte bulunmuş olmakla⁶⁷ beraber birtakım eleştirilere de maruz kalmıştır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 18.04.2019 tarih ve E. 2019/2946, K. 2019/9033 sayılı kararında ise, söz konusu düzenleme ile HMK md. 368

⁶⁵ Arslan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, 2.

⁶⁶ Özkes, 33.

⁶⁷ Murat Engin, "6356 Sayılı Yasa'da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi", Çalışma ve Toplum, S. 39 (2013/4): 146.

hükmü arasında bağlantı kurmak suretiyle hüküm vermiş bulunmaktadır. Daha açık ifade ile, somut deliller yer almadan yapılan yetki itirazını usulden reddettiği gibi böyle bir itiraz ile temyiz yoluna başvurulmasını aynı zamanda kötünietli temyiz olarak nitelendirmiş ve davacı hakkında 3.000 TL. disiplin para cezasına oy birliği ile hükmetmiştir.

Kanımızca, Yargıtay'ın bu kararı isabetlidir. Zira HMK'nun "usuli dürüstlük kuralına" ilişkin düzenlemelerine işlerlik kazandırılması; genel anlamda yargılamanın olması gerektiği gibi işlemlerini sağlayacak, kanun yoluna başvuru açısından ise kötünietli başvuruları engelleyecek ve istinaf ile temyiz yargılamalarının daha verimli yürütmesine sebep olacaktır⁶⁸. Kaldı ki, Türk hukuk uygulayıcısının dürüstlük kuralının medenî yargılama süreçlerinde uygulanması konusunda yetersiz olduğu bilinen bir gerçektir. HMK'nun ilgili hükümleri hukuk uygulamasında hak ettikleri değeri görmemektedir. Bu durum ise hem yargılamanın etkinliğini hem de ispat hakkının tam ve doğru şekilde sonuç doğurmasını olumsuz yönde etkilemektedir⁶⁹. Bu nedenledir ki, öğretide isabetli olarak yargı organlarının bu konuda hassasiyet göstermeleri ve dürüstlük kuralına aykırı davranışları engelleyecek veya yaptırıma uğratacak mevcut imkânları çekinmeden kullanmaları gerektiği ifade edilmektedir⁷⁰. Nitekim bu açıdan da kararın isabetli olduğu ve örnek teşkil etmesi gerektiği kanaatindeyiz.

HMK'nun "usuli dürüstlük kuralına" ilişkin düzenlemelerine işlerlik kazandırılması; konumuz özelinde SenTİSK md. 43/3-ilk cümle hükmünün amacı ile de örtüşmektedir. Zira kötünietle yapılacak itirazlar engellenmiş olacağından yetki sürecinin gereksiz yere uzamasının önüne geçilmiş olacaktır. Bununla beraber, belirtilen hedeflere ulaşmanın önünde son bir engelin mevcut olduğu da unutulmamalıdır: yaptırım olarak öngörülen adli para cezalarının tutarlarının yeniden değerlendirme dışında bırakılmış olması. TÜİK tarafından açıklanan 2022 yılı enflasyon oranları incelendiğinde; Ocak ayındaki artış ile birlikte %48.69, Şubat ayındaki artış ile birlikte %54.44, Mart ayındaki artış ile birlikte %61.14, Nisan ayındaki artış ile birlikte %69.97, Mayıs ayındaki artış ile birlikte %73.50, Haziran ayındaki artış ile birlikte %78.62, Temmuz ayındaki artış ile birlikte %79.60 şeklinde olduğu tespit edilmektedir. Ülkemizde enflasyon oranının gösterdiği seyir nedeniyle söz konusu cezaların etkinliğinin, caydırıcılığının azaldığını hatta günümüzde bile hiçbir anlam ve işlevinin kalmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, en kısa zamanda bu hususta bir kanun değişikliğinin gerektiği kanaatindeyiz.

⁶⁸ Atay Coşkun, 305.

⁶⁹ Çiftçi, İspat Hakkı ve Sınırlamaları, 497.

⁷⁰ Özkes, 33.

KAYNAKÇA

- Akcan, Recep. "Yargıtay Kararlarındaki "Güçlü Delil" Kavramının Hukuki Niteliği", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S. 1-2 (2004): 7-24.
- Aktay, Ahmet Nizamettin. *Toplu İş Hukuku*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2019.
- Akyiğit, Ercan. *Toplu İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Akyol, Şener. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Alpagut, Gülsevil. "6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 9, S. 35 (2012): 25-55.
- Arıcı, Kadir. *Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2022.
- Arslan, Ramazan. *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1989.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Atay Coşkun, Ayşegül. "İstinaf Yargılaması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 135 (2018): 261-308.
- Başmanav, Yasemin. "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Uyarınca Yetki Tespitine İtiraz", *Sicil*, S. 33 (2015): 27-44.
- Başterzi, Süleyman. *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.
- Birben, Erhan ve Öktem, Sezgi. "İş Yargılamasının Medeni Usûl Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*, C. II, İstanbul: Beta Yayınevi (2001): 1076-1143.
- Canbolat, Talat. "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Getirdiği Yenilikler", *Toprak İşveren*, S. 96 (2012): 8-18.
- Candemir, Mehmet Ünsal. *Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru*. İstanbul: Sümer Kitabevi, 2022.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen ve Canbolat, Talat. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2020.
- Çiftçi, Pınar. *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Duman, Barış. *Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*. Ankara: Kartal Yayınevi, 2005.
- Ekmekçi, Ömer. *Toplu İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022.

- Engin, Murat. "6356 Sayılı Yasa'da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi", *Çalışma ve Toplum*, S. 39 (2013/4): 143-164.
- Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- Göktaş, Seracettin ve Yılmaz, Gökhan. *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Gündüz, Okan. "Karar İncelemesi Kötüniyetle Temyiz", *İstanbul Barosu Dergisi* 93, S. 4 (2019): 38-47.
- Güzel Ali ve Ugan Çatalkaya Deniz, editör, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar -3- Semineri, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi*, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2013), 53-89.
- Karslı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2014.
- Kılıç, Şebnem. *Türk Hukukunda Grup Toplu İş Sözleşmeleri ve Çerçeve Sözleşmeler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.
- Kızıloğlu, Hakkı. "Yetki İtirazı Dilekçesinde Somut Delillerin Yer Almaması Hali İtirazın İncelenmeksizin Reddedilmesi", *Sicil*, S. 31 (2014): 114-120.
- Kocagil Ersoy, İpek. *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Kuru, Baki. *Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Kuru, Baki ve Aydın, Burak. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Muratoğlu, Tahir. "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, S. 30-31 (2014): 77-147.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.
- Özekes, Muhammet. "Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekâlet Ücreti (HUMK m. 421; AvK m. 169)", *Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, S. 1 (2005): 29-49.
- Özkaraca,ERCÜMENT. "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014*, İstanbul: On İki Levha Yayınları (2016): 198-357.
- Özveri, Murat. *Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasılaşma (1963-2009)*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2013.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Altay, Sümer. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

- Sever, Hatice. *Toplu İş Sözleşmelerinde Sendikaların Yetki Şartları ve Yetki Tespiti*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010.
- Sur, Melda. *İş Hukuku Toplu İlişkiler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Sümer, Haluk Hadi. "Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Tespiti Sürecinde Yaşanan Sorunlar", *Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu 14 Ocak 2019*, Ankara: Türk-İş Sendikası (2019): 83-140.
- Sümer, Haluk Hadi. "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2016 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, İstanbul: On İki Levha Yayınları (2017): 585-719.
- Sümer, Halûk Hâdi. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Şahlanan, Fevzi. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Şahlanan, Fevzi. "6356 Sayılı Kanuna Göre Yetki Prosedürü ve Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması, Geçiş Hükümleri", *Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Değerlendirme Semineri 14 Şubat 2013*, Ankara: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (2013): 49-55.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Tuncay, A. Can. "Tebliğ: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004*, Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği-Kamu-İş (2006): 115-145.
- Tuncay, A. Can. *Hukuksal Etik (Legal Ethics) Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2022.
- Tuncay, Aziz Can ve Savaş Kutsal, Burcu. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.

KİŞİLİK HAKLARI BAĞLAMINDA ÇOCUĞUN KÖKENİNİ BİLME HAKKININ YARGI KARARLARI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

*Selin SERT SÜTÇÜ**

I. GENEL OLARAK

Kişinin gerçek soy bağıını öğrenmesi, gerçek ailesinin tanımak istemesi gerek ulusal gerekse yabancı yargı kararlarında temel bir hak olarak kabul edilmektedir. Alman ve İsviçre yargısında soy bağıının kurulması ya da kaldırılması talebinden bağımsız olarak sadece kökenin tespit edilmesi talebiyle açılan çok sayıda dava bulunmaktadır.

Türk hukuku açısından soy bağıının kaldırılması veya kurulması talebinden farklı olarak sadece kişinin kendi kökenini öğrenmek istemesi halinde bu durumun nasıl değerlendirilmelidir sorusu çalışma konumuzu oluşturmaktadır.

Soy bağı, bir kişinin ana ve babası ile arasındaki bağı ifade etmektedir¹.

Soy bağıının kurulması, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Hısımlık başlıklı ikinci kısmında m.282 hükmünde ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre doğumla yani kan bağına dayanarak veya evlatlık ilişkisine dayanarak soy bağıının kurulması mümkündür. Çocuk ile anne arasındaki soy bağı doğumla kurulmaktadır. (TMK m. 282/I). Baba ile çocuk arasında soy bağı ise ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmaktadır (TMK m. 282/II). Bu düzenleme, çocuğu doğuran annedir düzenlemesiyle de paraleldir.

Soy bağıının kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bu durum soy bağıına ilişkin madde gerekçelerinde (TMK m. 284) açıkça ifade edilmektedir. Soy bağıının kamu düzenine ilişkin olması, kişinin soy bağıını bilmesi, öğrenmesi de bir hak olarak kabul edilmeli ve kamu düzeni açısından değerlendirilmelidir.

Hukukî anlamda kurulmuş olan soy bağı ilişkisi her zaman gerçek durumu yansıtmayabilecektir. Biyolojik anne/babanın öğrenilmesine ise soy bağı hukukunda öngörülen dava süreleri ile davacı/davalı bakımından getiri-

* Doç Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, selin81hukuk@gmail.com

¹ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi,2022), 252; Cem Baygın, Soy bağı Hukuku (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık,2010), 2; Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 511; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Aile Hukuku (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022), 321.

len sınırlandırmalar engel teşkil edebilmektedir. Bu sebeple soy bağı hukukundan bağımsız olarak kişinin kökenini öğrenmesi hakkının var olup olmadığı tartışması gündeme gelmiştir². Kökenini öğrenmek isteyen bir kişinin sıkı sıkıya kanunda öngörülen sürelerle bağlı kalması, sürelerin geçmesiyle bu hakkını kaybetmesi, soy bağına ilişkin düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olması ilkesiyle de bağdaşmayacaktır.

Kökenin öğrenilmesi hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kıta Avrupası ülkelerinde mahkeme kararlarına sıklıkla konu olan ve bu kararlarda tartışılan bir kavramdır³. Kişinin kökeni öğrenme hakkının kullanılması ve soy bağına kurulması/kaldırılması talebinde bulunulmasının arasındaki temel fark; soy bağı ilişkisinin mirasçılık, nafaka gibi hukukî sonuçlar doğururken, kökenin tespiti bu tür haklar vermemesidir⁴. Bununla birlikte kökenin tespiti talebinin hak düşürücü süreye bağlanamayacağı, hakkın kullanımının süre sınırına tabi olmaması gerektiği, çocuğun, soy bağıyla bağlı olduğu ana- babaya, ana- baba olduğu varsayılan kişilere, ilgili sağlık kuruluşuna, evlatlık işlemlerine aracılık etmiş kurum ve kuruluşlara karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir.

Köken öğrenme hakkı, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de dayanak bulmaktadır⁵. Sözleşmenin m.7 ve m.8 hükümlerinin köken öğrenme hakkına işaret ettiği görülecektir. Sözleşme'nin m.7 hükmüne göre, *"Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır. Taraf Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dâhil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler."* Söz konusu hükümdeki ana-babasını bilme hakkı ifadesi, bu hakkın çocuğun temel hakkı olarak düzenlendiğine işaret etmektedir.

Bir başka uluslararası düzenleme olan Çocukların Korunması ve Ülkelerearası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme'nin⁶ m.30/2 hükmüne göre *"Yetkili makamlar, çocuğun veya temsilcisinin bu bilgilere [çocuğun kökeniyle ilgili bilgilere], o devletin kanunlarının müsaade ettiği ölçüde gere-*

² Zeynep Dönmez, "Kökeninin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişisine İlişkin Bir Değerlendirme", TAAD 1, S. 36 (2018): 173-174.

³ Nagehan Kırkbeşoğlu, "28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme", TAAD 1, S. 24 (2016), 199 vd.; Gamze Turan Başara, "Çocuğun Biyolojik Ana- Babasını Öğrenme Hakkı", Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2016), 265 vd.

⁴ Başak Baysal, "Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2010) 515; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2017) 163.

⁵ Dönmez, "Kökeninin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişisine İlişkin Bir Değerlendirme", 174.

⁶ Dönmez, "Kökeninin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişisine İlişkin Bir Değerlendirme", 174.

ken rehberliği yaparak erişmesini sağlayacaklardır.” Aynı şekilde çocuğun kökenini bilme, soyunu öğrenme hakkının tanınmasının temel hak olduğuna işaret edilmiş, hakkın sınırlandırılması konusundaysa iç hukuk sistemlerine gönderme yapılmış, bu hususta iç hukuk kurallarını ihlal etmeyecek şekilde düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

II. ÇOCUĞUN KÖKENİNİ BİLME HAKKINA İLİŞKİN BAŞLICA DÜZENLEMELER

Türk Hukuku açısından soy bağının hukuken belirlenmesine engel olarak görülen düzenlemeler, kişinin maddi ve manevî varlığını geliştirme hakkı 1982 Anayasasının m.17 hükmüyle ilişkilendirilmektedir⁷. Söz konusu hükme göre; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”. Söz konusu düzenleme, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesinin birçok hakla bağlantılı olabileceğine işaret edildiğinden, kişinin kökenini öğrenme hakkının da bu düzenlemeyle ilişkilendirilmesi son derece olağandır.

Türk Medeni Kanunu m.23 hükmüne göre; “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz”. Kişiliğin korunması bakımından temel düzenlemelerden birisi olarak kabul edilen bu hüküm, köken öğrenme hakkının kişiliğin bir parçası olduğunu ve bu haktan kişinin kendisinin isteğiyle dahi vazgeçmemesi hususuna işaret etmektedir.

Alman Anayasası’nda kökenin öğrenilmesi hakkına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu yöndeki talepler, Anayasa’nın m.2 hükmünde düzenlenen kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkına dayanarak çözülmektedir. Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre, bir çocuğun biyolojik babasının tespiti için annesine karşı iddiası, Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) 1618/a paragrafına dayandırılabilir. Literatürdeki hakim görüşüne göre, çocuğun tedaviyi uygulayan doktor veya kullanılan sperm bankası hakkında bilgi almak için BGB Madde 1618/a veya m.242 hükmü uyarınca yasal ebeveynlere karşı böyle bir iddiası bulunmaktadır⁸.

İsviçre Federal Anayasası 2010 yılında “Herkesin kökeniyle ilgili bilgilere ulaşma hakkı vardır.” hükmünü benimsemiştir (Art. 119/II-g BV).

⁷ Kırkbeşoğlu, “28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme”, 208.

⁸ Sandro, Körber, Heidi Steinegger “Zu wissen, von wem man abstammt, ist mehr als ein Grundrecht”, FamPra.ch 1, S. 59 (2020), 60.

İsviçre Hukukunda özellikle çocuğun soyunu bilme hakkının evlat edinme kavramıyla ilişkilendirildiği, çocuğun kökenini bilme hakkına ilişkin düzenlemeler yapılırken hem çocuğun kökenini bilme hakkının hem de biyolojik ailelerin korunması gerektiğini, bu hususta menfaat çatışmasının gündeme gelebileceğini ifade edilmiştir⁹. İsviçre Federal Mahkemesi 05.02.1986 tarihli kararında, başvurucunun kimin torunları olduğunu bilme hakkı olduğuna, ancak bu hakkın beraberinde birtakım sorunlara sebep olabileceği belirtilmiş, kişinin kökenini bilmesi hakkının var olup olmadığı tartışılmamıştır. Federal mahkeme 24.06.1999 tarihli kararında ise kişinin kendisi ile ilgili arşivlenen vesayet kayıtlarını da inceleme yetkisi olduğuna, kişinin ailesinin kim olduğunu öğrenme hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁰.

Federal Mahkeme 04.03.2002 de “*Biyolojik ebeveynleri bilme hakkı [...], evlat edinilen reşit olan çocuğa, çatışan menfaatlerin ağırlığı ne olursa olsun, anayasal olarak bir hak olarak tanınmalıdır ve bu hak koşulsuz ve devredilemez bir hak olarak düzenlenmelidir*” şeklinde karar vererek¹¹, kökenin öğrenilmesi hakkını açıkça tanımış ve kabul etmiştir¹².

III. KİŞİLİK HAKKI OLARAK KÖKENİN ÖĞRENİLMESİ HAKKI

Kişinin kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümünün kişilik hakkına dâhil olduğu, kişilik haklarının içeriğine nelerin dahil olduğunun tam olarak tespitinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹³.

Değişen ve gelişen sosyal düzen ve teknoloji sayesinde kişilik hakkı kavramı da genişlemekte, değişmekte ve farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi soy bağına ilişkin verdiği bir kararda bu hakka ilişkin talepleri, “kişiliğine bağlı temel hak” olarak nitelendirmiştir. Karara göre, “*Anayasa’da düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile Devlet’in herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama görevi göz önüne alındığında; kişi evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir.*” Böylece Anayasa Mahkemesi kişinin anne-babasını bilmesinin bir hak olduğunu kabul etmiştir¹⁴.

⁹ BGE 144 III 1, Erişim Tarihi: Ağustos 30,2022, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/da5b4ba8-ef9b-4ff5-a81b-18e3bc62f126>,

¹⁰ Andrea Büchler, Nadine Ryser “Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung”, FamPra.ch 1, S.1 (2009): 1-22.

¹¹ “Bu ifade çocuğun kökenini öğrenmesine, menfaatleri gereği karşı çıkan diğer kişilerle ilgili, onların menfaatlerini dikkate alınması gerekliliğine yönelik bir ifade değildir; bu ifade çocuğun bu hakkını fiilen kullanmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir; başka bir deyişle çocuğun kökenini fiilen öğrenebilmesinin mümkün olmaması halini dikkate alarak kullanılmıştır”, BGE 128 I 63; Erişim Tarihi: Ağustos 30,2022, <https://www.swisslex.ch/de>.

¹² Andrea Büchler, Antonella Schmucki, “Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht”, FamPra.ch 1, S.24 (2020): 24-58.

¹³ Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 101.

¹⁴ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T, 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete, Dönmez, “Kökeninin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişkisine İlişkin Bir Değerlendirme”, 176.

Kişinin kökenini öğrenmesi hakkının TMK düzenlemelerindeki kişilik haklarıyla ilişkilendirilmesi ve kişilik hakkı bağlamında kişinin kökenini bilme hakkının var olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Kişinin kökenini öğrenmesi hakkının biyolojik ailesi bakımından ne gibi kişilik hakkı ihlallerine yol açabileceği, biyolojik aile ile kökenini öğrenmek isteyen kişi arasında bir menfaat çatışması olup olmayacağı gündeme gelecektir. Çatışmanın söz konusu olduğu hallerde de hakkın kullanımının sınırlandırılması ve hakkın kullanım sınırlarının çizilmesi gerekmektedir¹⁵.

IV. KİŞİNİN KÖKENİNİ ÖĞRENME HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

1. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Kişilik haklarının sınırlandırılmasında "*ölçülülük ilkesinin*" göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Buna göre tıbbi müdahalenin, gerçeği saptayabilmek için kaçınılmaz ve müdahaleye katlanacak kişi için sakıncasız olması zorunludur. Kişinin kökeninin öğrenilmesi hakkında da ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi hem temel haklar bakımından yapılacak olan düzenlemelerde hem de hakim tarafından hüküm kurulurken göz önünde bulundurulmalıdır¹⁶. İsviçre Federal Mahkemesi ölçülülük ilkesine yer verdiği kararında; doksan yaşına gelmiş olan davalı, çocuğu gibi büyüttüğü davacının biyolojik babası olup olmadığı gerçeği ile yüzleşmek istememekte; kendisinin biyolojik baba olmadığını ispatlanmış sayılmasını talep etmektedir. Davalının, doktoru da bu yöndeki tavsiyelerini ileri sürmüş olmasına rağmen, Mahkeme, kökenin öğrenilmesi hakkının korunmaya değer bir menfaat olduğunu ve ölçülülük ilkesi gerekçesiyle engellenemeyeceğini vurgulamıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, DNA tespiti yapılması için vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalenin sağlığı tehdit edecek boyutta olmadığı gerekçesiyle davalının talebini reddetmiştir.

2. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE AİLE HAYATININ KORUNMASI GEREKÇESİYLE SINIRLANDIRMA

Çocuk, biyolojik babasını öğrenmek istediğinde, annenin, özel hayatın ihlal edileceği gerekçesiyle çocuğa bilgi vermek istememesi hukuken korunan bir menfaat olarak kabul edilmemektedir. Çocuğun biyolojik babasını öğrenme menfaatine üstünlük tanınmaktadır. Annenin vereceği bu bilgi, baba olduğu iddia edilen kişinin de özel hayatını ilgilendirmektedir. Biyolojik babanın da özel hayatın gizliliğini ileri sürerek kökenini öğrenme hakkını ihlal etmemesi gerekmektedir¹⁷.

¹⁵ Ahmet M. Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras- ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler, (Ankara: Turhan Kitabevi 2014) 110; Rona Serozan, "Soy bağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, (Ankara: Turhan Kitabevi 2008) 761.

¹⁶ Serozan, Çocuk Hukuku, 116; Baygın, Soy Bağı Hukuku, 90; Özlem Tüzüner, "Soy Bağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", AÜFHD 62 (4) 2013, 1152.

¹⁷ Serozan, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", 761.

Bir diğer tartışılması veya düşünülmesi gereken durum ise evlilik birliği içerisinde doğmuş olan çocuğun kökeninin bir başka babayla olduğunu öğrenmesi halidir. İkinci babanın da evli olduğu durumlarda veya bekar olduğu hallerde durum karmaşık bir hal alacaktır.

3. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU KAPSAMINDA SINIRLANDIRMA

Biyolojik baba olup olmadığının tespit edilmesi için biyolojik madde verme talebiyle karşı karşıya kalan kişinin, biyolojik madde vermeyi kabul etmemesi Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında nasıl değerlendirilmelidir?

Kişinin açık rızası olmadan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. KVKK da sağlık ve cinsel hayata ilişkin bilgilerin, diğer kanunların cevaz vermesi durumunda, açık rıza olmadan işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Kişinin biyolojik babasını öğrenmesi için veri olarak kan, tükürük veya saç teli yeterli olmaktadır¹⁸. Bu verilerin sağlık ve cinsel hayata ilişkin veri mi yoksa birinci fıkrada bahsedilen genetik veri mi olduğunun tespiti, bunun işlenmesinde uygulanacak yöntemin belirlenmesi açısından önemlidir.

Kişinin sağlık verilerinin işlenmesi, kişisel sağlık verilerinin korunması hakkında yönetmelik kapsamında da ayrıca korunmuş ancak genetik verilerin korunmasıyla ilgili düzenlemelere yer verilmemiştir. Kişinin biyolojik babasını öğrenmek için ihtiyaç duyduğu veriler genetik veri niteliğindedir. Özel nitelikli bir veri olan genetik verinin işlenebilmesi için kural olarak kişinin açık rızası gerekir. Ancak kanunda öngörülen hallerde kişinin açık rızası olmasa da işlenebilir. Bu verilerin işlenmesine izin veren düzenlemeler TMK m. 284/b. 2 hükmü ve HMK m. 292 hükmüdür.

4. TÜRK MEDENİ KANUNU m. 284/2 ve HUKUK MUHAHEMELERİ KANUNU m. 292 HÜKÜMLERİ KAPSAMINDAKİ SINIRLAMALAR

Soy bağıının tespiti konusunda ilgililerin incelemelere rıza gösterip göstermeme zorunluluklarını ve bunun sonuçlarını düzenleyen TMK m. 284/b. 2 ve HMK m. 292 hükümlerinin de kişinin kökenini bilmesi hakkı bakımından değerlendirilmelidir. Her iki madde de kişi bakımından uygulama alanını geniş bir şekilde düzenlemiştir. TMK m. 284/b. 2 “ taraflar ve üçüncü kişilere” soy bağıının belirlenmesinde zorunlu olan araştırma ve incelemelere rıza gösterme yükümlülüğü getirmiştir. HMK m. 292 hükmü ise “herkesin” soy bağıının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğunu belirtmiştir¹⁹.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nilgün Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), 1 vd.; Hayrunnisa Özdemir, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 127; Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 5 vd.; Murat Volkan Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, (Ankara: Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2020), 10.

¹⁹ Sanem Aksoy Dursun, “Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292’nin Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 8-9 (2012), S. 95-96, 122, 123.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292 hükmünün herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmadan uygulanması temel hak ihlallerine sebebiyet verebilecektir. HMK m. 292/1 c. 2, “Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir” düzenlemesini içermektedir. Bu durumda hâkim, böyle bir müdahaleden kaçınan kişinin sebeplerinin haklı olup olmadığı konusunda takdir hakkına sahiptir.

Kişinin kan, doku alınmasına rıza gösterme sebebinin tespit edilmesi gerekmektedir. Sağlık problemleri veya başka bir neden olup olmadığı, davayı açan davacının iddialarının somut verilere dayanıp dayanmadığının belirlenmesi, tıbbi müdahale olmadan da aynı sonuca ulaşıp ulaşılamadığı gibi birçok hususun birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir²⁰.

V. ÇOCUĞUN KÖKENİNİ BİLMESİ HAKKININ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI KAPSAMINDA İNCELENMESİ

Anayasa Mahkemesi kararlarında çocuğun kökenini bilmesi hakkına; soy bağının reddi davası ve babalık hükmüne ilişkin değerlendirmeler yapılırken yer verilmiştir.

Türk Medeni Kanun’un 285. madde 1. fıkraya hükmü gereği, “Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.” düzenlemesine yer vermiştir. Kanun koyucu bu hüküm ile babalık karinesi öngörmüştür. Bu karine uyarınca evlilik birliği içerisinde doğan çocuk ile baba arasında soy bağı kurulur. Hukuken kabul edilen bu duruma ilişkin bir şüphe olması durumunda ise başvurulması gereken yol TMK m. 286 uyarınca soy bağının reddedilmesi olacaktır.

Soy bağının reddi davasında davanın açılabilmesi için öngörülen 5 yıllık üst süre sınırı bakımından Anayasa Mahkemesi bu sürenin kaldırılması yönünde karar vermiştir²¹.

Dava konusu olayda baba, evlilik birliği içerisinde doğan ve doğumundan itibaren 5 yıldan fazla süre geçen çocuğu ile arasındaki soy bağının iptalini istemekte ancak kanunda öngörülen beş yıllık hak düşürücü süre sebebiyle bu talebini dava yoluyla ileri sürememekteydi. İptal kararından önce kocanın soy bağının reddi davası açması, her halde doğumdan başlayarak beş yıl geçtikten sonra sona eriyordu.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararda; “Kişinin genetik- biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkı en temel haklarından biridir. İtiraz konusu ibare ile bu hak doğumdan itibaren beş yıllık süre ile sınırlandırılmakta ve bu sürenin haklı neden olmadan geçmesi halinde dava açma hakkı henüz doğmadan kocanın elinden alınmak suretiyle kendisine ait olmayan çocuğu sahiplenmek zorunda bırakılmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, kocanın temel hak ve hürriyetlerinden olan genetik- biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkının önündeki bu hak ile bağdaşmayan engelleri kaldırmayı da içerir.” ibarelerine yer verilmiştir. Aynı zamanda itiraz konusu ibarenin,

²⁰ Dönmez, “Kökeninin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişkinine İlişkin Bir Değerlendirme”, 185.

²¹ Anayasa Mah. 2008/ 30 E., 2009/96 K., 25.06.2009 T., 7.10.2009 tarih ve 27369 sayılı Resmî Gazete.

kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının özünü zedeler nitelik taşıdığı gibi, kocanın temel hak ve özgürlüklerini hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surete sınırlandırdığı da vurgulanmıştır.

Türk Hukuku'nda baba yönünden soy bağı bulunmayan çocuklar TMK m. 301 hükmünde düzenlenmiş olan babalık davası açmak suretiyle baba ile soy bağının kurulmasını talep edebileceklerdir. Türk Medeni Kanun'un m.303 hükmü, babalık davasının açılmasına ilişkin olarak hak düşürücü süreleri düzenlemiştir. Babalık davasının çocuk doğmadan önce açılması mümkündür. Annenin dava hakkı, doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşer (TMK m. 303/I). Çocuk tarafından açılacak babalık davasında hak düşürücü süre TMK m. 303/II hükmünde düzenlenmekteydi. Anayasa Mahkemesi'nin 2010/71 Esas, 2011/143 Sayı ve 27.10.2011 Tarihli kararıyla iptal ettiği bu fıkra hükmü²², çocuğa, babalık davası açmak için 1 yıllık hak düşürücü süre tanıyordu. Bu süre çocuğa kayyım atanmışsa, durumun kayyım tebliği tarihinden; atanmamışsa çocuğun ergin olması tarihinden itibaren işlemeye başlıyordu.

Anayasa Mahkemesi bir yıllık hak düşürücü süreyi iptal ederken; "Çocuk evlilik dışında doğsa da ana babasını bilmek; babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak ve ana babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğe bağlı temel haklara sahiptir" düzenlemesine yer vermiştir.

SONUÇ

İsviçre'de anayasal bir hak olarak tanınmış olan kökenini öğrenme hakkının, Türk hukukunda Anayasa ile teminat altına alınan kişiliğini geliştirme hakkının uzantısı olarak Türk Medenî Kanununun m. 23 vd. düzenlenmiş olan kişilik hakkı çerçevesinde koruma altında olduğu kabul edilmektedir. Kökeni öğrenme hakkı, sadece alt soy ve üst bakımından değil aynı zamanda gelişen teknolojik uygulamalar bakımından taşıyıcı anneyi de öğrenme ya da sperm bankasından alınan yumurta ile döllenme durumunda babanın öğrenilmesi hakkını da kapsamalıdır. Kökenini öğrenme hakkından; evlilik birliği dışında doğan çocuklar, nüfus kayıtlarında veya resmî makamlarda hiçbir kaydı olmayan terk edilmiş çocuklar, evlilik birliği içinde doğmakla beraber genetik ana ve/ya babasının gerçekte hukukî ana ve/ya babasından biri olmadığını öğrenen çocuklar, evlât edinilen çocuklar ve yapay döllenme yöntemleriyle dünyaya gelen çocuklar yararlanmalıdır.

Kökenini öğrenme hakkına ilişkin dava, görünürdeki hukukî ana/babaya karşı açılacağı gibi; ana ya da baba olduğu varsayılan kişilere, açtığı soy bağının reddi davasının süre vb. sebeplerle reddedilen ana veya babaya ve hatta çocuğa bilgi vermekle yükümlü olan üçüncü kişilere özellikle ilgili sağlık kuruluşlarına, evlâtlık işlemlerine aracılık etmiş kurum ve kuruluşlara karşı da açılabilir. Bu dava sadece kökeninin tespiti sonucunu doğurmakla beraber, soy bağının reddi veya babalık davalarının yanında ek bir taleple açılacağı gibi, soy bağının reddi ya da babalık davalarından bağımsız olarak da açılabilir.

²² Anayasa Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T., 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut, Ateş, Derya. *Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022.
- Aksoy Dursun, Sanem. "Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* 8-9 (2012), S. 95-96, 109-124.
- Başalp, Nilgün. *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Baygın, Cem. *Soy bağı Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010. Baysal, Başak. "Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, 493-533.
- Büchler Andrea, Ryser, Nadine. "Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung", *FamPra.ch* 1, S.1 (2009): 1-22. Büchler, Andrea, Schmucki, Antonella. "Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht.", *FamPra.ch* 1, S.24 (2020): 24-58.
- Dönmez, Zeynep. "Kökeninin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişkinine İlişkin Bir Değerlendirme", *TAAD* 1, S. 36 (2018): 171-195.
- Dural, Mustafa; Öğüz, Tufan ve Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Dülger, Murat Volkan. *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Ankara: Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2020.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Medeni Kanun'unuzun Aile- Miras- ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler*. Ankara: Turhan Kitabevi 2014.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan. "28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme", *TAAD* 7, S. 24 (2016), 199-223.
- Körber, Sandro, Steinegger Heidi. "Zu wissen, von wem man abstammt, ist mehr als ein Grundrecht", *FamPra.ch* 1, S. 59 (2020), 59-85.
- Küzeci, Elif. *Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Özdemir, Hayrunnisa. *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Serozan, Rona. "Soy bağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Ankara: Turhan Kitabevi 2008, 759-777.
- Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2017.
- Turan Başara, Gamze. "Çocuğun Biyolojik Ana- Babasını Öğrenme Hakkı", *Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık 2016, 265-283.
- Tüzüner, Özlem. "Soy Bağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükmelerin Değerlendirilmesi", *AÜFHFD* 62 (4) 2013, 1139-1166.

HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU UYARINCA İSTİNAF AŞAMASINDA YAPILAMAYACAK İŞLEMLERDEN KAYNAKLANAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Çağatay Serdar ŞAHİN**

GİRİŞ

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) ilk derece mahkemeleri tarafından verilen nihai kararlara karşı sadece temyiz kanun yolu kabul edilmiş, diğer bir ifadeyle tek dereceli bir kanun yolu sistemi uygulanmıştır. Ancak bu dönemde Yargıtay'ın iş yükünün olağanüstü şekilde artması, yargılamaların uzaması ve dolayısıyla kanun yolunun etkisizleşmesi sonucunu doğurduğundan 2004 yılında 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un kabulü ile aslında hukukumuzda yabancı olmayan istinaf kanun yolu yeniden düzenlemeye kavuşmuştur. Söz konusu düzenlemeler bazı tadilatlarla, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na da (HMK) alınsa da istinaf hükümleri, HMK'nın yürürlüğe girmesinden beş yıl sonra bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başladığı 20.07.2016 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlamıştır.

Kanun koyucu istinaf hükümlerini düzenlerken bir tercihte bulunmuş ve istinaf incelemesinin ilk derece mahkemesine getirilen dava malzemesinin dışına çıkılarak adeta baştan bir yargılama yapılan geniş istinaf sistemi yerine dar istinaf sistemini esas almıştır. Sınırlı istinaf sisteminde bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesindeki dava malzemesi ve delillerle kural olarak bağlı kalacak ve dolayısıyla ilk derece mahkemesindeki yargılama tümüyle yok sayılmayacaktır. Diğer bir ifadeyle sınırlı istinaf sisteminde bölge adliye mahkemelerinde ilk derece mahkemesinde konu edilmemiş, tartışılmamış hususlar incelenmeyecektir. İşte kanun koyucunun bu tercihinin en önemli yansıması, çalışmamızın da konusu olan ve istinaf aşamasında yapılması yasaklanan işlerin düzenlendiği HMK m. 357 hükmüdür.

Bu hükümle birlikte istinaf aşamasında karşı dava açılması, davaya müdahale, ıslah, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların ileri sürülmesi gibi işlemler yasaklanmış ve yapılacak incelemenin ilk derece mahkemesindeki incelemenin yerine geçmemesi, böylelikle bölge

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-Posta: cagatayserdar.sahin@medeniyet.edu.tr.

adliye mahkemelerinin iş yükünün artmasının engellenmesi hedeflenmiştir. Ancak yine de bu maddenin yerindeliği, hem istinaf kanun yolunun amacı hem de özellikleri açısından hâlen tartışılmaktadır.

İşte bu çalışmamızda HMK m. 357'de belirtilen yasakların kapsamı, istinaf incelemesinin amacı doğrultusunda ele alınacak ve hükmün uygulanmasından kaynaklanan sorunların neler olduğu ve bunlar hakkında ne gibi çözümler üretilebileceği detaylı olarak tartışılacaktır.

I. İSTİNAF KAVRAMI VE TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN İSTİNAF SİSTEMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Medeni usûl hukukunda esasen, bir kimsenin mahkemeye başvurusu sonucu taraflar (ya da çekişmesiz yargıda ilgililer) ile mahkeme arasında doğan usuli ilişki ele alınır ve yargılamanın nasıl devam edeceğine dair kurallar konur. Bu açıdan medeni usûl hukuku her ne kadar özel hukuktan doğan uyuşmazlıkları konu edinse de aslında devletin yargı faaliyetine ilişkin olduğundan, kamu hukukuna dair bir yönü de vardır¹. Zira medeni usûl hukukunda mahkemeler, önlerine gelen meselenin çözümü ile ilgili hukuk normunu tespit ederek, bu normu olaya uygulamakta ve Türk milleti adına karar vermektedirler.

Her ne kadar medenî usûl hukukunun kamu hukuku boyutunun olduğu kabul edilse de, yargılamada taraflara ve hâkime belirli roller biçilmiştir. Nitekim dava malzemesini, yani talebe esas teşkil eden vakıaları ve bu vakıaların gerçek olduğunu gösteren delilleri mahkeme önüne getirmek esasen tarafların görevidir. Buna karşılık hâkim bu vakıaları hukuken nitelendirerek, uygulanması gerekli normu bulacak ve somut vakıaların ilgili normdaki koşul vakıalara uygunluğunu denetleyerek karar verecektir. Dolayısıyla varılacak sonuç hem tarafların hem de hâkimlerin bireysel çaba, bilgi ve görgülerine dayanmaktadır. Bu durumda da verilecek kararların her zaman somut olaya uygun olduğu ya da hukuken doğru olduğu söylenemez. Nitekim dava malzemesinin sunulmasındaki eksiklik ya da yanlışlıklar, hâkimin altlama faaliyetinde düştüğü hatalar ya da yargılamanın devamında uyulması gereken usûl kurallarına uyulmaması gibi durumlar, verilecek nihai kararın hatalı olması sonucunu doğurabilir. İşte bu durumda da kanun yolları müessesesi devreye girer.

¹ İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1975), 12; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, (İstanbul, 2000), 39; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt I, (Ankara: Demir& Demir, 2001), 1213; Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 36; Abdürrahim Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 540; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 14; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 54; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 8.

Kanun yolu, bir tanıma göre bir mahkeme kararındaki hataların asgariye indirilmesi ve kontrol edilebilmesi için, kararın bir üst mahkeme tarafından denetlenmesidir². Bir başka tanıma göre, kanun yolu tarafa kendi aleyhine olan ve henüz kesinleşmemiş bir yargı kararını bir üst derece mahkemesinde incelenmesi ve bertaraf edilmesi imkânını veren bir hukuki çaredir³. Kanımızca da kanun yolu, bir mahkeme kararındaki hatanın kendisi aleyhine olduğunu iddia eden tarafın başvurusu ile kararın bir üst mahkeme tarafından incelenerek, eksikliklerin giderilmesi suretiyle daha elverişli bir karar ulaşmasını sağlayan bir hukuki çaredir⁴.

Günümüzde HMK'da iki dereceli bir kanun yolu sistemi benimsenmiştir. Buna göre ilk derece mahkemeleri tarafından verilen nihai kararlara karşı istinaf yolu ile bölge adliye mahkemesine ve bölge adliye mahkemesince istinaf başvurusu üzerine verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulacaktır. İstinaf yargılamasının en önemli özelliği, temyiz incelemesinden farklı olarak bölge adliye mahkemelerinin hem maddi mesele hem de hukuki meseleye dair inceleme yapması ve ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin doğruluğunu denetleyebilmesidir⁵. Bu açıdan bölge adliye mahkemele-ri, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı kaldırarak; davanın esası hakkında karar verebilir. Bu husus doktrinde bölge adliye mahkemelerinin birer hüküm mahkemesi, derece mahkemesi ya da vakıa mahkemesi olması şeklinde ifade edilmektedir⁶. Buna karşılık temyiz başvurusu üzerine Yargıtay

² Ejder Yılmaz, "Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvurma Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 1, (1988): 131; Muhammet Özekes, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017) 2150; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021) 393; Üstündağ, Yargılama, 816. Benzer bir tanım için bkz. Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013), 573; Baki Kuru ve Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 1323.

³ Ramazan Arslan, Medeni Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme), (Ankara 1977), 8; Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, Medeni Usûl Hukuku Esasları, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2009), 445; Cenk Akil, İstinaf Kavramı, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010), 34.

⁴ Murat Özgür Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 2. Hukuki çare kavramının kanun yollarını da kapsadığı yönünde bkz. Muhammet Özekes, 100 Soruda Medeni Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, (Ankara: Yetkin Yayınevi 2016) 36. Aksi yönde bkz. Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, 41. Kanun yolları açısından geniş anlamda ve dar anlamda kanun yolları ayrımı da yapılmaktadır. Konumuzun inceleme kapsamı dışında kaldığından bu ayrım hakkında bkz. Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009), 53 vd.

⁵ Gaier Reinhard, "İstinaf Yargılamasında Dava Malzemesi", Çev. Cenk Akil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, S.1, (2012): 426; Herbert Roth, "Medeni Yargılamada Yeni Kanun Yolu Hukuku İstinaf Derecesi ve Somut Olay Adaleti", Çev. Cenk Akil, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, (2010): 123; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku Cilt II, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022), 55.

⁶ Selçuk Öztekin, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341-m.373 Şerhi), (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 30.

sadece bölge adliye mahkemesi kararını hukuki denetime tabi tutacak, mahkemenin vakıa tespitleri ile kural olarak bağlı kalacak ve esas hakkında hüküm vermeden yalnızca onama, düzelterek onama ya da bozma kararı verecektir.

Bölge adliye mahkemelerinin ilk derece mahkemesindeki vakıa tespitlerine ve delillere dair değerlendirmelerine müdahale etme imkânı açık olsa da bu müdahalenin sınırları ayrı bir sorundur. Bu konuda Kıta Avrupası hukuk sisteminde istinaf incelemesinin geniş veya sınırlı olmasına göre tercihte bulunmaktadır. Geniş (klasik) istinaf sisteminde, istinaf incelemesini yapan mahkeme, istinaf başvurusunda belirtilen sebep ve gerekçe ile bağlı olmayıp, ilk derece mahkemesindeki yargılamayı tümüyle tekrar etmektedir⁷. Bu kapsamda ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen vakıa ya da delillerin istinaf aşamasında ileri sürülmesi ve bunların incelenmesi mümkün olup, ilk derece mahkemesinin vardığı sonuçtan tamamen farklı sonuca, yeni dava malzemesi ile ulaşma ihtimali mevcuttur. Buna karşılık Türk hukukunda kabul edilen sınırlı istinaf sisteminde, bölge adliye mahkemeleri istinaf başvurusunda belirtilen sebep ve gerekçelerle bağlıdır ve ilk derece mahkemesinde tartışılmayan, dava malzemesi hâline getirilmeyen vakıa ve delillerin istinaf aşamasında ileri sürülmesi esasen mümkün değildir⁸. Ayrıca HMK m. 357'de belirtilen diğer yasaklar da bu tercihi açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, hakkında ilk derece mahkemesinde hüküm verilmeyen bir kimsenin istinaf aşamasında yargılamaya dahil edilmeye çalışılması, iddia ve savunmaların değiştirilmesinin yasaklanması gibi hususlar da bu amaç doğrultusunda yapılan düzenlemelerdir. Bu nedenle doktrinde, Türk medeni usul hukukunda sistemin motorunun hâlen ilk derece mahkemeleri olduğu, haklı olarak ifade edilmektedir⁹.

⁷ Nevhis Deren Yıldırım, "Teksif İlkesi Açısından İstinaf", Türkiye Barolar Birliği İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2003) 268; Hasan Tahsin Gökcan, "İstinaf Yasa Yolunda İspat ve Delilleri Değerlendirme Esasları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 10, (2012): 424; Devrim Güngör ve Adem Albayrak, İstinaf, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2016), 36; Adem Albayrak, Hukukta İstinaf Uygulaması, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 7-8; Tülin Kurtoğlu, Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017), 30; Nur Bolayır, "İstinafta Yeni Vakıa ve Delil İncelemesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 30, S. 134, (2018): 294 dn. 3.

⁸ Nevhis Deren Yıldırım, "İstinafın Gerekçelenendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, (Ankara: Seçkin Yayınları 2006) 705; M. Kâmil Yıldırım, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri", Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007 Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, (Ankara 2008), 110; Cenk Akil, "İstinaf Derecesinde Yeni Vakıa ve Delil İleri Sürme Yasağı Üzerine Düşünceler", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, S. 1, (2018): 66; Özgür Memişoğlu, "Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usulü ve İstinafta Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması", Legal Hukuk Dergisi 10, S. 113, (2012): 93; Deniz Meraklı Yayla, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014), 55.

⁹ Öztekin, İstinaf ve Temyiz, 35.

II. İSTİNAF AŞAMASINDA YASAKLANAN TARAF USUL İŞLEMLERİ

A. İLK DERECE MAHKEMESİNDE İLERİ SÜRÜLMİYEN İDDİA VE SAVUNMALARIN İLERİ SÜRÜLEMESİ

1. Genel Olarak

Türk medeni usul hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi teksif ilkesidir. Medeni yargılamaya şekil veren temel kurallar şeklinde ifade edilebilecek ilkeler, bazen yargılamanın taraflarına ödevler yüklerken, bazen de haklar verir ve bu haklar, mahkemeler için de bir ödev anlamına gelir. İşte teksif ilkesi, yargılamanın taraflarına ödev yükleyen ilkelerden birisidir¹⁰. Bu ödev ise, yargılamaya konu edilecek iddia ve savunmaların ancak belirli bir zamana kadar yargılamaya getirilmesi ödevidir. Diğer bir ifadeyle taraflar eğer yargılamada bir iddia veya savunma sebebi hakkında karar verilmesini istiyorlarsa, bu iddia veya savunma sebebinin ve bunların doğruluğunu ortaya koyan delilleri taraflarca getirilme ilkesi kapsamında bizzat mahkemeye sunmak ve bunu da belirli bir usul kesitine kadar yapmak zorundadırlar¹¹. İşte bu usul kesitinden sonra tarafların mahkemenin hakkında karar vermesini istediği bir vakıyı ileri sürmek ya da bir delili sunmak hakkı sona erer.

Teksif ilkesinin saf şekline göre, tarafların vakıya ve delilleri ileri sürmesine dair hiçbir istisna tanınmamıştır¹². Ancak Türk hukukunda teksif ilkesinin bu saf hâli kabul edilmemiş, bu ilkeye belirli istisnalar kabul edilmiştir. Zira HMK m. 119/1-e,f,g bentleri uyarınca dava dilekçesinde ve HMK m. 129 uyarınca cevap dilekçesinde taraflar dava ve cevaplarının dayanağı olan vakıyaları, bunları ispatına dair delilleri ve talep sonucunu ortaya koymak zorundadırlar. HMK m. 141 uyarınca da taraflar iddia ve savunmalarını en son cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile iddia ve savunmalarını değiştirip genişletebilmektedirler. Ancak yine HMK m. 141/II ile de bu düzenlemeye bir istisna getirilerek karşı tarafın muvafakati ve ıslah yoluyla yeni iddia ve savunmaların ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Deliller açısından ise HMK m. 145'te açık bir düzenleme yapılarak, bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebileceği ifade edilmiştir.

¹⁰ M. Kâmil Yıldırım, "Medeni Yargılamada Hakim Rolü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan 22, C. 3 (2016): 3030.

¹¹ Necip Bilge ve Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978), 297; Güray Erdönmez, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 809; Postacıoğlu, Usul, Üstündağ, Yargılama, 252; Kuru, Usul Cilt; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, Usul, 185; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 102; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 157; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usul, 188.

¹² Walter H. Rechberger, "Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması", Çev. M. Kâmil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2002), 12; Deren Yıldırım, Teksif, 270.

Yukarıda kısaca bahsedilen bu teksif ilkesi, aslında HMK m. 357 hükmü nedeniyle istinaf aşamasında da kabul edilmiştir. Zira HMK m. 357’de yer alan yeni iddia ve savunma sebeplerinin ileri sürülememesine dair kural, aslında HMK m. 141 hükmünün bir devamı niteliğindedir. Dolayısıyla HMK m. 357’deki yasak da yeni vakıaların, yeni bir talep sonucunun ve yeni delillerin ileri sürülmesini kapsamaktadır. İşte bu düzenleme de bahsi geçen unsurlar açısından ayrı ayrı incelenecektir.

2. Yeni Vakıa İleri Sürme Yasağı

a. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği gibi Türk hukukunda kabul edilen istinaf sisteminde, ilk derece mahkemesinin verdiği karara dayanak olan vakıalar bir kenara bırakılarak, tümüyle yeniden yargılama yapılmamaktadır. Zira istinaf kanun yolunun amacı, ilk derece mahkemesinde ileri sürülen vakıalar hakkında mahkemenin yaptığı tespitlerin değerlendirilmesi ve hukuka uygunluk denetimi yapılmasıdır. Nitekim HMK m. 357’nin gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir. Ancak öğretilerde maddede belirtilen bu tercihin yerinde olmadığına dair eleştiriler de vardır. Nitekim bir görüş, bu düzenleme nedeniyle vakıa tespitlerine dair denetim yerine hukuka uygunluk denetiminin öne çıktığı, bu nedenle aslında Türk hukukunda kabul edilen sistemin istinaf değil, genişletilmiş bir temyiz olduğu yönündedir¹³. Ayrıca bu görüşe paralel olarak, istinafın adaletin yerine getirilmesi amacına da değinilerek, belirli ölçülerle de olsa ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen vakıaların istinafta ileri sürülmesine izin verilmesi gerektiğini düşünen yazarlar da mevcuttur¹⁴. Kanaatimizce öncelikle yeni vakıaların ileri sürülmesi yasağının hiçbir istisnasının bulunmadığı söylemek mümkün değildir. Zira HMK m. 357’de re’sen göz önünde tutulacak hususların istinaf aşamasında da ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca HMK m. 360 nedeniyle ilk derece mahkemesindeki yargılama usulleri istinaf aşamasında da uygulanacağından, HMK m. 357’de belirtilen açık istisna dışında da belirli istisnaların kabulü mümkündür. Dolayısıyla yapılan düzenlemenin yerinde olmadığı yönündeki görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Bunun dışında bu düzenleme ile istinafın genişletilmiş bir temyiz niteliğine büründüğü de söylenemez. Zira istinaf aşamasında vakıa tespitlerine dair denetim ortadan kalkmış değildir. Çünkü Yargıtay’dan farklı olarak bölge adliye mahkemelerinin delil

¹³ Süha Tanrıver, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 99, (2012): 32.

¹⁴ Nevhis Deren Yıldırım, “Kanun yollarına İlişkin Bazı Düşünceler”, Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği VI. Toplantısı, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008), 14; Süha Tanrıver, “Adliye Mahkemeleri ile Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S. 1-2, (1995): 153; M. Kâmil Yıldırım, “İstinafta Delillerin Değerlendirilmesi Hakkında Düşünceler”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği Toplantısı XV, (Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2018), 206.

toplama ve değerlendirme, örneğin tanık dinleme, bilirkişi incelemesi yaptırma ya da keşif yapma gibi yetkilerinin var olduğu hiç şüphesizdir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 357’de belirtilen yeni vakıa ileri sürme yasağının temel olarak yerinde olduğunu ifade ettikten sonra, “yeni vakıa” kavramının ne olduğuna da değinmek gerekmektedir. İstinaf incelemesi açısından “yeni vakıa” ilk derece mahkemesinde ileri sürülmemiş vakıalardır. Dolayısıyla tarafların dilekçeler aşamasında ileri sürdüğü ya da dilekçeler aşamasından sonra karşı tarafın muvafakati veya ıslah yoluyla mahkemeye getirdiği vakıalar, istinaf aşamasında yeni vakıa olarak değerlendirilmez¹⁵. Ayrıca re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar veya çekişmesiz yargı işlerinde taraflar ve ilgililerin ileri sürmemesine rağmen hâkim tarafından dikkate alınan ve değerlendirilen vakıalar da yeni vakıalar değildir¹⁶. Son olarak herkesçe bilinen vakıaların da istinaf aşamasında yeni vakıa olarak değerlendirilmesi mümkün değildir¹⁷. Dolayısıyla istinaf aşamasında ileri sürülmesi yasak olan “yeni vakıalar” esasen, taraflarca getirilme ilkesine tabi olan davalarda, usulüne uygun olarak ve kanunda belirtilen usul kesitinde ileri sürülmemen vakıalar olup, ilk derece mahkemesindeki yargılamaya konu edilmeyen bu vakıaların, istinaf incelemesine konu edilmesi kural olarak mümkün değildir¹⁸.

b. Yasağın İstisnaları

Yeni vakıaların istinaf aşamasında ileri sürülememesine dair kanunda belirtilen tek istisna, re’sen göz önünde bulundurulacak hâllerdir. Ancak maddede re’sen göz önünde bulundurulacak hâllerin neler olduğu ifade edilmemiştir. Burada ilk derece mahkemesinin re’sen göz önünde tutabileceği hâllerden faydalanılabilir. Örneğin dosyadan anlaşılması kaydıyla itiraz sebepleri, taraflarca ileri sürülme dahi hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulur¹⁹. Usul hukuku anlamında itirazlar, bir hakkın doğumunu engelleyen ya da onu sona erdiren hâllerdir²⁰. Örneğin bir sözleşmenin taraflarından birinin ehliyesiz olması ve bu nedenle sözleşmenin kesin hükümsüz olması, hakkın doğumunu engelleyen; bir borcun ödenmesi ya da borçlunun ibra edilmesi ise hakkı sona erdiren itiraz sebeplerindedir.

¹⁵ Özbek, İstinaf ve Temyiz, 475.

¹⁶ Bolayır, İstinaf, 300; Akil, İstinaf, 309-310.

¹⁷ Özbek, İstinaf ve Temyiz, 477; Akkaya, İstinaf, 287; Yıldırım, Hatalı Vakıa Tespitleri, 110; Aslı Aykutalp, İstinaf Yargılamasında Yapılamayacak Taraf Usul İşlemleri (Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 357. Maddesi Bağlamında), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 99.

¹⁸ Çiftçi, İstinaf, 551-552; Bolayır, İstinaf, 300; Aykutalp, Usul İşlemleri, 99.

¹⁹ Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, (Ankara 1960), 208; Necmeddin M. Berkin, Medeni Usul Hukuku Esasları, (Ankara: Hamle Matbaası, 1969), 135; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt II, (Ankara: Demir&Demir, 2001), 1770; Bilge ve Önen, Usul, 454; Postacıoğlu, Usul, 251; Üstündağ, Yargılama, 343; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, Usul, 280; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, 1208.

²⁰ Kuru, Usul Cilt II, 1769; Üstündağ, Yargılama, 343; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 340; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, 1208; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usul, 257.

Bunlar dışında usul hukukunda re'sen göz önünde bulundurulma kavramı ile kamu düzeni arasında yakın bir ilişkinin varlığı kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle hâkim, kamu düzeninden sayılan hususları re'sen dikkate alacaktır. Nitekim re'sen araştırma ilkesinin genel olarak kamu düzeninin ön planda olduğu davalarda uygulandığı doktrinde de ifade edilmektedir. Bu kapsamda da babalık davası, soybağının reddine ilişkin davalar, velayete ilişkin uyuşmazlıklar gibi yargılamalarda istinaf yoluna başvurulması hâlinde, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen vakıalar istinafta ileri sürülebilecek ve bu vakıa göz önünde bulundurularak karar verilebilecektir²¹.

Bu istisna dışında asıl tartışma doğurabilecek husus ise kanuni düzenlemesi olmayan, ilk derece mahkemesinde tarafların ileri sürülmemesinde kusurlarının olmadığı ya da hükümden sonra ortaya çıkan vakıaların istinaf aşamasında ileri sürülüp sürülmeyeceğidir. Bu kapsamda ilk olarak davadan önce var olan vakılardan bahsedilmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi mahkemeler, mevcut vakıaların taraflarca yargılamaya getirilebildiği son usul kesitindeki durumu tespit ederler²². Tarafların HMK m. 141 çerçevesinde dava açılmasından önce var olan vakıaları, dilekçeler aşamasında ileri sürmesi gerekir. Dolayısıyla davadan önce var olan vakıalar, bu usul kesitinde ileri sürülmemiş ise, bunları ileri sürme hakkı sükût eder ve dolayısıyla istinaf aşamasında da artık bu vakıalar ileri sürülemez, bu vakıalara dayalı olarak yeni bir dava açılmaz²³. Ancak davadan önce var olan vakıalar, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmüşse, istinaf aşamasında bölge adliye mahkemesinden bu vakıalara dayalı olarak karar vermesi talep edilebilir. Bu noktada önemle hatırlatılmalıdır ki tarafların dilekçeler aşamasında mahkemeye getirdikleri bu vakıalara zımnen dahil olan, onları açıklayan ve detaylandıran vakıalar da yeni vakıa sayılmaz ve dolayısıyla istinaf aşamasında değerlendirilebilir²⁴. Dolayısıyla kısaca özetlemek gerekirse, dava açılmasından önce var olan vakıaların istinaf aşamasında inceleme konusu yapılabilmesi, bu vakıaların ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak ileri sürülmüş olmasına bağlıdır.

²¹ Seda Özmumcu, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, S. 2, (2014):145 vd.

²² Saim Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967), 126.

²³ Ancak bu ileri sürememenin gerekçesi konusunda doktrinde tartışmalar yaşanmıştır. Bir görüşe göre davadan önce var olan ve usulüne uygun olarak ileri sürülmemiş bu vakıalara dayalı olarak karar verilememesi kesin hüküm etkisi ile ilgilidir. Zira kesin hüküm, vakıa yargılamasının sonuna dek getirilmiş vakıaları kapsar. Bkz. Üstündağ, İddia, 130 vd. Buna karşılık bizim de katıldığımız bir başka görüş, kesin hükmün davada ileri sürülmemi vakıalar hakkında etkili olamayacağını, bu dava malzemesine dayalı karar verilememesinin temelinde teksif ilkesinin sükût etkisi olduğu yönündedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Alper Tunga Küçük, Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 7.

²⁴ Üstündağ, İddia, 115; Postacıoğlu, Usul, 441.

Vakıalar eğer davanın açılmasından (ve iddia ve savunmaların değiştirilip genişletilebileceği son aşamadan) sonra, ancak ilk derece mahkemesinde hüküm verilmesinden önce ortaya çıkmışsa, bunların istinaf aşamasında göz önüne alınabilmesi, yine bu vakıaların ilk derece mahkemesinde ileri sürülmesine bağlıdır. Zira dilekçeler aşamasında ortaya çıkan vakıaların dilekçeler aşamasında ileri sürülmesinde maddi bir imkânsızlık bulunduğundan, bunların ilk derece mahkemesine getirilmesi iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamında sayılmaz²⁵. Bu nedenle de ilk derece mahkemesindeki yargılamada taraflar bu vakıaları serbestçe ileri sürebilirler. Ancak yeni vakıayı ileri sürmesi gereken taraf, bunu ilk derece mahkemesinde yapmamışsa, istinaf başvurusunda bu vakıaya dayalı olarak karar verilmesini isteyemez. Kanaatimizce bu sonucun sebebi, dürüst davranma ve doğruyu söyleme ödevine aykırılıktır (HMK m. 29). Çünkü ilk derece mahkemesinde vakıayı ileri sürme imkânı varken bunu yapmayan taraf, kuvvetle muhtemeldir ki davayı uzatma gayesi ile hareket etmektedir.

İstinaf incelemesi açısından sorun doğurabilecek esas nokta ise bir vakıanın ilk derece mahkemesinde hüküm tesisinden sonra ortaya çıkması hâlidir. Bu vakıaların istinaf aşamasında ileri sürülme imkânının olup olmadığına dair yasal bir düzenleme yoktur. Bu nedenle de bahsi geçen ihtimalde iki şekilde düşünülebilir. İlk ihtimale göre istinaf aşamasında ıslah ya da karşı tarafın muvafakati ile yeni vakıaların ileri sürülmesine dair düzenleme hiç olmadığına göre istinaf aşamasında ortaya çıkan yeni vakıaların ileri sürülmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla bu vakıalara dayalı olarak yeni bir dava açılması ya da yargılamanın yenilenmesinin istenmesi gerekecektir. Nitekim doktrinde bu görüşte olan yazarlar mevcuttur²⁶. Buna karşılık ilk derece mahkemesinde hüküm verilmesinden sonra ortaya çıkan vakıaların istinaf dilekçesi ile bölge adliye mahkemesinin incelemesine sunulabilmesi gerektiğini, bunun usul ekonomisine uygun bir yorum olacağı görüşünde olan yazarlar da bulunmaktadır²⁷. Ancak kanaatimizce HMK m. 357'nin lafzı açık olup, deliller için var olan mücbir sebep istisnası vakıalar için tanınmadığından, istinaf aşamasında ortaya çıksa da yeni vakıaların ayrı bir dava konusu yapılması ya da şartları varsa yargılamanın yenilenmesi talebine dayanak yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü HMK m. 357'de deliller için belirtilen mücbir sebep istisnasına benzer bir istisnanın vakıalar için kabul edilmemiş olması, kanun koyucunun bu konuda açık bir tercihini yansıtmakta olup, aksine yorumun mümkün olmadığı açıktır.

²⁵ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt IV, (Ankara: Demir&Demir, 2001), 4047; Üstündağ, Yargılama, 532; Kuru, Arslan ve Yılmaz, Usul, 298; Meraklı Yayla, İstinaf, 113.

²⁶ Öztekin, İstinaf ve Temyiz, 474; Akil, İstinaf, 311; Üstündağ, İddia, 121; Deren Yıldırım, İstinaf Sebepleri, 709; Bolayır, İstinaf, 299.

²⁷ Akkaya, İstinaf, 289; Meraklı Yayla, İstinaf, 115; Kurtoğlu, İstinaf, 171. Aksi yorumun kabulü hâlinde yargılama giderlerinin de artacağı ve uyuşmazlıkların sürüncemede kalacağı yönünde bkz. Özeken, Pekcantez Usûl, 2251-2252.

Bu kapsamda tartışılabilir son husus ise karşı tarafın muvafakati ile yeni vakıaların ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığıdır. Çünkü HMK m. 357 hükmünde, HMK m. 141'de olduğu gibi bir istisna tanınmamıştır. Kanaatimce karşı tarafın muvafakati konusunda da yukarıdaki açıklamalarımızla aynı sonuca varılmalıdır. Çünkü HMK m. 357'nin amacı, ilk derece mahkemesince yapılmayan bir yargılamanın istinaf aşamasında yapılmasının engellenmesi ise, bu amacın karşı tarafın muvafakati ile aşılması yerinde olmayacaktır.

3. Talep Sonucunun Değiştirilmesi Yasağı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 357'de istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen bir talebin ileri sürülüp sürülmeyeceğine dair açık bir düzenleme yoktur. Getirilen sınırlama sadece vakıalar ve delillere ilişkin bir sınırlamadır. Ancak iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, talep sonucunu da kapsadığından istinaf yargılaması açısından bu hususun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sorun aslında istinaf aşamasında yeni vakıaların ileri sürülmesi sorunu ile de yakından bağlantılıdır. Zira medeni usul hukukunda vakıaların dava sebebi, talep sonucunun da dava konusunu oluşturduğu çoğunlukla kabul edilmektedir. Ancak bazı yazarlar, dava konusunun münhasıran talep sonucundan oluşmadığını, dava konusunun çift unsurlu olduğunu ve talep sonucu ile beraber vakıaların da dava konusunun tespitinde önem arz ettiğini ifade etmektedirler²⁸. Nitekim vakıalar, talep sonucunun gerekçelendirilmesi için önemli unsurlardan birisi olduğuna göre, hangi görüş kabul edilirse edilsin vakıaların, talep sonucu ile yakından bağlantısı olduğu açıktır.

Bu bağlantı tespit edildikten sonra istinaf aşamasında ilk derece mahkemesindeki yargılamaya konu edilmeyen bir talep sonucunun hüküm altına alınmasının istenemeyeceği fikrinde olduğumuz belirtilmelidir. Zira HMK m. 357'nin istinaf incelemesinin ilk derece yargılamasının yerini almaması amacını güttüğü ve yeni vakıaların ileri sürülmesi açısından herhangi bir istisna kabul etmediği göz önüne alındığında, yeni bir talep sonucunun ileri sürülmesine izin verilmesinin bir çelişki olacağı açıktır. Ayrıca istinaf aşamasında ıslaha izin verilmemesi de bu sonucunun bir göstergesidir. Zira ıslah, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnası olarak talep sonucunu da kapsadığına göre, ıslahın yasak olduğu bir ortamda yeni taleplerin ileri sürüleceğini kabul etmek doğru olmaz.

İstinaf aşamasında yeni vakıaların ve buna bağlı olarak da yeni bir talep sonucunun ileri sürülmesi yasağı açısından belirsiz alacak davalarının özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi malvarlığına ilişkin davalarda davacı, talep konusunun miktar veya değerini tespit ederek dilek-

²⁸ Dava konusu açısından talep sonucu ve vakıaların önemi hakkındaki teoriler ve görüşler, ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek genişlikte olduğundan, bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Meltem Ercan Özler, Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 57 vd.

çesinde belirtmek zorundadır. Ancak bazı hâllerde davanın açıldığı tarihte bu değer belirlenmesi mümkün olmayabilir. Özellikle talep sonucunun sebebi olan zararın devam ettiği ve bu nedenle talebin değerinin arttığı hâllerde bu imkânsızlık daha sık ortaya çıkar. İşte bu gibi durumlar için HMK'da belirsiz alacak davaları düzenlenmiştir. Belirsiz alacak davaları, talep sonucunun miktar veya değerinin belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması durumunda, davacının talep sonucu hakkında belirleyebildiği asgari miktar üzerinden açtığı, ancak alacağının tamamının hüküm altına alınmasını istediği ve bu miktarı iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına takılmaksızın serbestçe değiştirebildiği türden eda davalarıdır²⁹. Konumuz olmadığından çok detaylı olarak açıklanmayacak olsa da belirsiz alacak davasının açılabilme şartlarından kısaca bahsetmekte fayda vardır.

Belirsiz alacak davasının açılması için gereken ilk şart, davacının talep sonucunun miktar ve değerini belirlemesinin imkânsız veya kendisinden beklenmeyecek derecede zor olmasıdır³⁰. Bu şart, davacının miktar ve değer tespiti açısından objektif bir imkânsızlık içinde bulunmasını gerektirir. Ayrıca bu imkânsızlık, sadece hesap zorluğundan da kaynaklanmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, alacağın miktarının hesaplanmasında bilirkişi incelemesi gibi bir ihtiyaç duyulması, basit bir hesaplamayla alacağın tespit edilememesi, tek başına belirsiz alacak davasının varlığı için yeterli sebep oluşturmaz³¹. Belirsiz alacak davasında var olması gereken ikinci şart, davacının asgari bir miktarı belirlemesi ve dayandığı hukuki ilişkiyi davasında beyan etmesidir³². Dikkat edilirse HMK m. 107/I hükmünde alelâde bir miktardan değil; davacının belirleyebildiği asgari miktarı belirlemesinden söz edilmektedir. Dolayısıyla uygulamada olduğu gibi farazi bir miktar üzerinden örneğin 100 TL, 1000 TL gibi bir miktar üzerinden dava açılması, HMK m. 107 hükmüne uygun değildir.

²⁹ Varol Karaaslan, "Belirsiz Alacak Davası/ Kısmi Dava- Bir Madalyonun İki Yüzü mü?", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XIII, S. 1, (2016): 214; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 2378; Kudret Aslan, Leyla Akyol Aslan ve Taylan Özgür Kiraz, "Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı 16, (2014): 977; Tanrıver, Usul, 581; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usul, 221.

³⁰ Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011), 43 vd.; Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 215 vd.

³¹ "Alacağın miktarının belirlenebilmesinin, tahkikat aşamasında yapılacak delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmelidir. Ne var ki, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Bir davada bilirkişiye başvurulmasına rağmen davacı dava açarken alacak miktarını belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılmaz." Y4.HD, 07.05.2018, E. 2018/2013, K. 2018/3870. Aynı yönde bkz. YHGK, 02.11.2016, E. 2015/22-1078, K. 2016/1010; Y8.HD, 07.07.2020, E. 2020/1930, K. 2020/4540; Y22.HD, 26.03.2018, E. 2015/29842, K. 2018/7662; Y22.HD, 12.02.2018, E. 2018/2155, K. 2018/2724, T. 12.02.2018 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 15.08.2022.).

³² Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, 1043; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl, 223; Tanrıver, Usul, 582.

Konumuz açısından tartışılacak nokta ise belirsiz alacak davalarında, örneğin vücut bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan zararlardan doğan tazminat davalarının belirsiz alacak davası olarak açılması hâlinde, yeni ortaya çıkan zararların istinaf aşamasında ileri sürülüp sürülemeyeceği ve bu kapsamda talep sonucunun artırılıp artırılmayacağı meselesidir. Bu kapsamda ilk olarak 7251 sayılı Kanun ile HMK m. 107/II'de yapılan değişiklikten bahsedilmesi gerekmektedir. 7251 sayılı Kanun'dan önce belirsiz alacak davalarına dair düzenlemede alacağın miktar ya da değerinin tam olarak belirlenebileceği anda, bu miktar ve değer davacı tarafından kendiliğinden belirlenmesi sistemi kabul edilmekteydi. Ancak 7251 sayılı Kanun ile bu konuda yeni bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre artık dava konusunun miktar veya değerinin tam olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından davacıya iki haftalık kesin süre verilerek bu belirlemeyi yapması istenecektir. İşte istinaf aşamasında bu hükmün uygulanmasının mümkün olup olmadığı farklı ihtimallere göre değerlendirilmelidir.

İlk olarak eğer belirsiz alacak davasının görüldüğü ilk derece mahkemesinde daha sonradan ortaya vakıalar ileri sürülmemiş ve mahkeme tarafından süre verilmesine rağmen talep sonucu belirlenmemişse, istinaf aşamasında bu vakıaların ileri sürülmesi ve talep sonucunun artırılması mümkün değildir. Zira HMK m. 107/II'de hâkim tarafından verilecek sürenin kesin olduğu ifade edilmiş olup, bu süreden sonra davacı maddede belirtilen imkânı kaybeder. Aksi yorum HMK m. 94/III hükmüne aykırı olacak, sürenin kesin olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Ancak hâkim tarafından HMK m. 107/II'de belirtilen usûle uygun olarak süre verilmemiş de olabilir. Bu durumda ise kanaatimizce HMK m. 357'den hareketle, ortaya çıkan ve talep sonucunun kesin olarak tespitine yarayan vakıaların istinaf aşamasında ileri sürülemeyeceği, talep sonucunun artırılmayacağı gibi bir yorum yapılamaz. Çünkü belirsiz alacak davasında aslında davacı, alacağının tamamının hüküm altına alınmasını istemektedir. Ayrıca bu yorum yapılırsa davacının geçici talep sonucu dışında kalan (ve süre verilmediği için yargılamaya getiremediği) talebi için yeni bir dava açması zorunlu olacaktır. Ancak belirsiz alacak davalarında davacı aslında alacağının tamamının hüküm altına alınmasını istediğinden, yani bu davalar aslında tam bir eda davası olduğundan; davacının ayrı bir dava açmasına derdestlik ya da kesin hüküm engel olur³³. Bu durumda da davacının hâkimin süre vermemesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkı kısıtlanmış olacaktır. O nedenle de ilk derece mahkemesinin HMK m. 107/II uyarınca davacıya süre vermemesi durumunda, bu sürenin istinaf mahkemesi tarafından verilebilmesi ve geçici talep sonucunun istinaf aşamasında izin verilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Ancak bu yorumumuzun uygulamada çok mümkün olmadığını da ifade etmek gerekmektedir. Zira ilk derece mahkemesinde süre verilmemesi ve dosyanın bölge adliye mahkemesine gelmesi durumunda bölge adliye mahkemesi, HMK m. 353/1-

³³ Simil, Belirsiz Alacak, 298-300.

a-6 hükmünden hareketle hükmü kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine geri çevirecektir. Çünkü bu durumda dava esasında tam bir eda davası olmasına rağmen ilk derece mahkemesi geçici talep sonucu dışında kalan miktar hakkında karar vermemiş olacaktır.

Bu kapsamda hâkim tarafından verilen süre içinde geçici talep sonucunun kesin talep sonucuna dönüştürülmesi, ancak istinaf aşamasında yapılan incelemede talep sonucunun gerçek miktar veya değerinin tespit edilenden daha yüksek olduğu belirlenmiş de olabilir. Mesela vücut bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan bir belirsiz alacak davasında, bölge adliye mahkemesinin zararlı ilgili bilirkişi incelemesi yaptırması ve zararın hükümdenkenden daha yüksek olduğu belirlenmesi muhtemeldir. İşte bu durumda fazla kalan miktarın hüküm altına alınmasının talep edilip edilmeyeceği meselesi de tartışılmalıdır. Kanaatimizce bu ihtimalde de bir önceki ihtimaldekine benzer bir sonuca varılmalıdır. Eğer bu zararın istinaf aşamasında talep edilemeyeceği kabul edilirse, davacı bu kısım için ayrı bir dava açamayacaktır. Çünkü belirsiz alacak davasında davacı zaten alacağın tamamını, miktarını tespit edemeden, talep etmektedir. Bu nedenle de istinaf aşamasında tespit edilen miktarın daha yüksek olması durumunda talep sonucunun artırılmasına izin verilmelidir.

4. Yeni Delil İleri Sürme Yasağı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 357'de deliller için de bir düzenleme yapılmış ve yeni delillere dayanılması yasaklanmıştır. Bilindiği gibi taraflar, iddia ve savunmalarını ispatlamak için dayanacakları delilleri dilekçelerinde göstermek ve dilekçelerinde gösterdikleri ve ellerinde bulunan belgelerin de asıllarını veya örneklerini dilekçelerine eklemek zorundadır (HMK m. 119, HMK m. 121). Ayrıca HMK m. 139/1-ç uyarınca taraflara, dilekçelerinde gösterdikleri ancak henüz sunmadıkları belgeleri sunmaları veya başka yerden getirilecek belgeler varsa bu konuda açıklayıcı beyanda bulunmaları için ön incelemeye davet tutanağında kesin süre verilmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu, delillerin yargılamanın başında toplanmasını ve yargılamanın hızlanmasını amaçlamıştır. Ancak elbette tarafların iddia ve savunmaları için önem arz eden delillerin, davanın başında sunulması mümkün olmayabilir. Bunun için de HMK m. 145'te bir düzenleme yapılmış ve bir delilin sonradan ileri sürülmesinin yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülebilmesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkemenin o delilin sonradan gösterilmesine izin verebileceği ifade edilmiştir. HMK m. 145'te belirtilen istisnaya benzer düzenlemeler HMK m. 357'de de kabul edilmiştir. Buna göre öncelikle bölge adliye mahkemesince re'sen incelenebilecek deliller, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın istinaf aşamasında incelenecektir. Ayrıca HMK m. 357/III uyarınca ilk derece mahkemesince incelenmeden reddedilen deliller ve mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller de bölge adliye mahkemesince incelenebilir.

Öncelikle re'sen incelenebilecek deliller, taraflar dilekçelerinde dayanmasalar dahi mahkeme tarafından re'sen başvurulabilen bilirkişi ve keşif gibi delillerdir³⁴. Dolayısıyla bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinde hiç başvurulmasa ya da istinaf dilekçesinde bu yönde bir talep olmasa dahi uyuşmazlığın aydınlatılması için gerekli görüldüğü zaman bilirkişi incelemesi yaptırabilecek veya uyuşmazlık konusu üzerinde keşif icra edebilecektir. Bunun dışında bir davada re'sen araştırma ilkesi uygulanıyorsa, başvurulacak deliller açısından da bölge adliye mahkemesinde herhangi bir sınırdan söz edilemeyecektir. Dolayısıyla re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı dava ve işlerde yeni delil ileri sürme yasağı geçerli olmayacaktır³⁵.

Yeni delil ileri sürme yasağı açısından asıl tereddüt doğurabilecek husus ise HMK m. 357/III hükmünde belirtilen istisnalardır. Fıkra da ilk belirtilen istisna bir delilin usulüne uygun olarak ileri sürülmüş olmasına rağmen ilk derece mahkemesince incelenmemiş olması hâlidir. Aslında bu düzenlemede belirtilen deliller, "yeni delil" niteliğinde değildir. Çünkü delil eğer usulüne uygun olarak sunulduysa, zaten her hâlde bölge adliye mahkemesince incelenebilir. Dolayısıyla bu istisna yasada düzenlenmemiş olsaydı dahi, bu deliller zaten dosyada bulunduğu için bölge adliye mahkemesince bu deliller değerlendirilebilecekti³⁶. Kanaatimizce bu düzenleme açısından sorun doğurabilecek mesele, HMK m. 357/III ile HMK m. 353/I-a-6 hükümlerinin birlikte nasıl uygulanacağıdır. Zira HMK m. 353/I-a-6'ya göre ilk derece mahkemesince uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmaması ya da değerlendirilmemesi, başka bir inceleme yapılmadan hükmün kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine çevrilmesini gerektirmektedir. Görüldüğü gibi HMK m. 357/III usulüne uygun olarak sunulan ancak ilk derece mahkemesince incelenmeyen delillerin bölge adliye mahkemesince incelenebileceğini ifade ederken, HMK m. 353/I-a-6 önemli bir delilin incelenmemiş olması hâlinde bu delilin incelenmesi için dosyanın iade edilmesi gerektiği yönündedir. İşte bu durumda HMK m. 353/I-a-6'nın anlamının ne olduğu meselesi gündeme gelecektir. Madde metinlerinden de anlaşılacağı gibi HMK m. 353/I-a-6'nın uygulanabilmesi için incelenmeyen delilin uyuşmazlığın çözümü için "önemli" olması gerekir. İncelenmeyen delilin önemli olup olmadığını takdir yetkisi ise bölge adliye mahkemesine aittir. Dolayısıyla uyuşmazlığın çözümü için önemli ölçüde delil incelenmişse, incelenmeyen deliller bölge adliye mahkemesince incelenecek ve sonucuna göre karar verilecek; aksi durumda ise dosya ilk derece mahkemesine gönderilecektir³⁷.

³⁴ Aykotalp, Usul İşlemleri, 111; Akkaya, İstinaf, 293.

³⁵ Öztekin, İstinaf ve Temyiz, 467; Memişoğlu, Yeni Vakıa ve Deliller, 100.

³⁶ Akkaya, İstinaf, 291; Meraklı Yayla, İstinaf, 126-127; Özekes, Pekcanitez Usûl, 2252; Bolayır, İstinaf, 301.

³⁷ Her ne kadar durumun kısaca bu şekilde olsa da aslında HMK m. 353/1-a-6'da belirtilen hükmün anlamının tespiti zor bir meseledir. Zira HMK m. 353/1-a-6'da 7251 sayılı kanundan önce delillerin "hiç" toplanmaması ya da "hiç" değerlendirilmemesi kararın kaldırılması sebebi iken, 7251 sayılı kanun ile delillerin "önemli ölçüde" toplanmaması ya da değerlendirilmemesi kararın kaldırılması sebebi hâline gelmiştir. Bu da kanaatimizce HMK m. 353/1-a-6'daki ifadenin kesinliğinin

Bunun dışında yeni delil getirme yasağı için tanınan bir diğer istisna ise ilk derece mahkemesince mücbir sebeple ileri sürülemeyen delillerdir. Madede “mücbir sebep” kavramının ne olduğu konusunda bir açıklama yer almamaktadır. Ancak genel olarak mücbir sebebin borçlar hukukundaki mücbir sebep kavramından daha geniş olduğu ve tarafın kusursuz olarak bir delili ele geçiremediği veya mahkemeye sunmadığı tüm hâllerin HMK m. 357/III kapsamında sayıldığı kabul edilmektedir³⁸. Diğer bir ifadeyle ilgili taraf hakkaniyete göre gösterebileceği tüm çabaya rağmen bir delili ele geçirememesi mücbir sebebin varlığı için yeterlidir. Bunun dışında bir delil, karşı tarafın delili saklaması veya çalması gibi bir sebeple ancak istinaf aşamasında ele geçirilmişse bu da medeni usul hukuku anlamında mücbir sebep kabul edilebilecektir³⁹. Zira sübjektif imkânsızlık sayılacak bu haller mücbir sebep sayılmazsa, HMK m. 357/III hükmünden faydalanma imkânı büyük ölçüde imkânsızlaşacaktır.

B. ISLAH YAPILAMAMASI

Tarafların yargılamanın başından sonuna yaptıkları ve yargılamaya şekil veren, yargılamanın ilerlemesini sağlayan ve asli etkilerini usul alanında doğuran işlemlere taraf usul işlemleri denir⁴⁰. Taraflar bu usul işlemlerini yaparken hataya düşebilirler ya da yapmaları gereken bir usul işlemi yapmayı ihmâl edebilirler. İşte bu eksik veya yanlış usul işleminin düzeltilmesi ya da yapılmayan usul işleminin yapılabilmesi için öngörülen yol ıslahdır⁴¹. Her ne kadar geniş bir tanımı olsa da ıslah esasında iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnası niteliğindedir ve bu husus HMK m. 141’de de açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla ıslahın konusu aslında iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına aykırılık teşkil eden işlemlerdir⁴². Taraflar ıslah yoluyla, talep sonucunu değiştirip genişletebilir, daha önce ileri sürmedikleri vakıaları ileri sürebilir veya bir görüşe göre yeni delillere dayanabilir. İşte bu nedenle istinaf aşamasında ıslaha başvurulması da yasaklanmıştır. Çünkü bir önceki başlıkta belirtilen yeni vakıa veya yeni delillerin ileri sürülmesinden doğabilecek sakıncalar ıslaha başvurulması hâlinde de mevcuttur. Ancak doktrinde ıslah yasağının gerekçesi konusunda farklı görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Akkaya’ya göre ıslah

ortadan kalkması ve bölge adliye mahkemelerinin delilleri daha az incelemesi ve doğrudan kaldırma kararı vererek dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi kararı vermeleri anlamına gelecektir. Bu mesele hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Muhammet Özkes ve Nilüfer Boran Güneysu, Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m. 353/1-a-6), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021).

³⁸ Bolayır, İstinaf, 303.

³⁹ Akkaya, İstinaf, 292.

⁴⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 166; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 281; Tanrıver, Usul, 424.

⁴¹ Ejder Yılmaz, İslah, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 47; Kuru ve Aydın, Usul, 1214; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 525.

⁴² Kuru ve Aydın, Usul, 1215 vd.; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usul, 274; Budak ve Karaaslan, Usul, 221.

yasası, istinafin taraf usul işlemlerinin değil mahkemenin verdiği kararların düzeltilmesine yönelik bir hukuki çare olmasıyla alâkalıdır⁴³.

Öncelikle HMK m. 357'deki yasak, bölge adliye mahkemesince kararın kaldırılması ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilerek burada yeniden tahkikat yapılması hâlini kapsamaz. Diğer bir ifadeyle eğer karar kaldırılıp ilk derece mahkemesine gönderildiyse, ilk derece mahkemesindeki yargılama usulü uygulanacağından; daha önceden ıslah yoluna başvurulmamışsa, bu aşamada ıslaha başvurmak mümkündür⁴⁴. Bu kapsamda doktrinde, bölge adliye mahkemesince HMK m. 353/1-a hükmüne dayanılarak kararın kaldırılması ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi durumunda ıslaha başvurulabileceği, ancak ıslahın kaldırma kararının gereklerini ortadan kaldıramayacağı da ifade edilmekteydi. Nitekim 7251 sayılı Kanun ile bu konuda açık bir düzenleme yapılmış ve kaldırma kararından sonra ilk derece mahkemesindeki tahkikatta ıslaha başvurulmasına açıkça izin verilmiştir.

Bu başlık altında tartışılacak bir diğer nokta ise kısmi dava (ve özellikle örtülü kısmi dava) açılması durumunda, istinaf aşamasında tahkikat yapılması ve alacağın talep sonucundan daha fazla olduğunun tespit edilmesi hâlidir. Örneğin bir iş sözleşmesinden kaynaklanan alacak davasında alacaklı işçi kısmi dava olarak 10.000 TL değer göstererek davasını açmış, ilk derece mahkemesinde alınan bilirkişi raporu ile alacağının 20.000 TL olduğu tespit edilmiş; fakat istinaf aşamasında yeniden bilirkişi raporu alınarak gerçek alacağın 50.000 TL olduğu belirlenmiş olabilir. Bu durumda bazı yazarlar, eğer ilk derece mahkemesinde ıslah yoluna başvurulmamışsa, istinaf aşamasında ıslah yoluna başvurmanın mümkün olması gerektiğini ifade etmektedirler⁴⁵. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü bu görüşün kabulü hâlinde HMK m. 357 hükmü anlamını büyük ölçüde yitirecektir. Her ne kadar HMK m. 357'nin bu anlamda geniş yorumlanması gerektiği ifade edilse de kanunun açık hükmüne aykırı bir yorum yapılması kabul edilemez. Kaldı ki bu görüşü kabul eden yazarlar, istinaf aşamasında ortaya çıkan yeni vakıa ve delillerin ileri sürülmesini de çoğunlukla kabul etmektedirler. Bu ölçüde geniş bir imkân ise aslında HMK m. 357 hükmünün işlevsiz kalmasına yol açacağından sakıncalı ve kanun koyucunun amacına da aykırıdır.

Bunun dışında istinaf dilekçesinde dayanılan istinaf sebeplerinin ıslahının mümkün olup olmadığı da doktrinde tartışma yaratmıştır. Akkaya'ya göre HMK m. 357'deki yasak ilk derece mahkemesindeki iddia ve savunmaları kapsayan bir yasak olup, istinaf dilekçesini kapsamaz⁴⁶. Buna karşılık Meraklı Yayla, istinaf dilekçesinin de yasak kapsamındaki bir usul işlemi oldu-

⁴³ Akkaya, İstinaf, 297.

⁴⁴ Meraklı Yayla, İstinaf, 51-52; Aykutaalp, Usul İşlemleri, 136.

⁴⁵ Akkaya, İstinaf, 298; Meraklı Yayla, İstinaf, 46. Olması gereken hukuk bakımından ıslaha izin verilmesi gerektiği yönünde bkz. Bolayır, İstinaf, 309.

⁴⁶ Akkaya, İstinaf, 186.

ğunu ancak istinaf aşamasındaki tahkikat kapsamında kalan işlemlerin yasak kapsamında kalmadığını ifade etmektedir⁴⁷. Ayrıca Postacıoğlu ve Üstündağ tarafından ıslahın tahkikat aşaması ile sınırlı olduğu, bu nedenle temyiz (konumuza uyarlısak istinaf) dilekçesinin ıslahının mümkün olmadığı görüşünü ileri sürmüşlerdir ki biz de bu görüşe katılmaktayız⁴⁸. Dolayısıyla istinaf dilekçesidne belirtilen istinaf sebep ve gerekçelerinin ıslah yoluyla değiştirilmesi mümkün değildir.

C. KARŞI DAVA AÇILAMAMASI

Açılmış ve görülmekte olan bir davanın davalısının, cevap dilekçesi ile kendi hakkının da hüküm altına alınması için aynı mahkemede davacıya karşı açtığı davaya karşı dava denir. Karşı dava HMK m. 133/I uyarınca davaya cevap dilekçesi ile veya cevap dilekçesi süresi içinde verilecek ayrı bir dilekçe ile açılır. İşte HMK m. 357'de istinaf aşamasında karşı dava açılması da yasaklanmıştır. Öğretide genel olarak bu yasağın olumlu olduğu, istinaf aşamasında karşı dava açılmasının istinaf yargılamasının niteliğine uygun düşmeyeceği ifade edilmektedir⁴⁹. Öğretideki bu görüşte katılıyor olmakla beraber biz HMK m. 357'deki bu yasağın belirtilmesinin gerekli de olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü HMK m. 133 uyarınca karşı dava zaten sadece cevap dilekçesi ile ya da cevap dilekçesi süresi içinde ayrı bir dilekçe ile açılabilir. İstinaf aşamasında verilen istinaf ya da istinafa cevap dilekçeleri ise HMK m. 126 vd. anlamında cevap dilekçesi değildir. Dolayısıyla bu dilekçelerle bir karşı dava açılması zaten söz konusu olamaz. Bu açıdan doktrinde söz konusu düzenleme olmasaydı, istinaf aşamasında davacı tarafın muvafakati ile açılacak karşı davaların akıbeti konusunun muğlak kalabileceği ifade edilmekteyse de biz bu görüşe katılmıyoruz⁵⁰. Çünkü HMK m. 133'ün kesin ifadesi karşısında artık karşı davanın açılmasına muvafakat edilmesi gibi bir ihtimal söz konusu olamaz. Dolayısıyla HMK m. 357'deki düzenleme bu anlamda yeni bir yasak getirmemekte ve HMK m. 133'ten doğan bir sonucu aslında tekrarlamaktadır.

D. DAVAYA MÜDAHALE TALEBİNDE BULUNULAMAMASI

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 357'nin gerekçesinde, davaya müdahalenin, hakkı veya borcu bir davanın sonucuna bağlı olan üçüncü kişinin taraflardan birisine katılması ve ona yardım etmeyi amaçlaması nedeniyle kurum itibarıyla ancak ilk derece mahkemesinde yarar sağlayacağı ve bu nedenle de bölge adliye mahkemesinde davaya müdahale olanağı tanınmadığı belirtilmiştir. Bilindiği üzere davaya müdahale fer'i ve asli müdahale olmak üzere iki türüdür. Aslında

⁴⁷ Meraklı Yayla, İstinaf, 44.

⁴⁸ Postacıoğlu, Usul, 455; Üstündağ, Yargılama, 551.

⁴⁹ Aykutalp, Usul İşlemleri, 119.

⁵⁰ Akkaya, İstinaf, 294.

maddenin hükümet gerekçesinde yer alan açıklama fer'i müdahale için geçerlidir. Çünkü fer'i müdahale, davanın tarafları dışındaki bir üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukuki yarar bulunan kimsenin yanında, ona yardımcı olmak için yargılamaya katılması ve o tarafla beraber usul işlemleri yapmasına imkân veren bir müessesedir⁵¹. Buna karşılık asli müdahalede müdahil, bir yargılamanın taraflarını hasım göstererek ayrı bir dava açmakta ve uyuşmazlık konusu üzerinde üstün bir hakkı ileri sürmektedir.

Bu açıdan bakıldığında istinaf aşamasında davaya müdahale edilememesine dair düzenleme yerindedir. Zira fer'i müdahil, yanında davaya katıldığı tarafın dava takip yetkisini kullanır ve o tarafa yardımcı olur, onun aleyhine olan işlemleri yapamaz⁵². Bu durumda da fer'i müdahil, ancak ilk derece mahkemesindeki yargılamaya katılarak yanında yer aldığı tarafa faydalı olabilir. Zira fer'i müdahil, davaya katıldığı andan itibaren usul işlemleri yapabilecektir. İstinaf aşamasında da fer'i müdahale için önem arz eden vakıaların ve delillerin sunulması gibi birçok usul işlemi yasaklandığına göre, gerçekten fer'i müdahale talebinde hukuki yarar olmaz. Tam da bu nedenle istinaf aşamasında davanın ihbarına da gerek yoktur. Çünkü davanın ihbarı taraflardan birinin bizzat ya da mahkeme aracılığıyla, taraflar dışındaki üçüncü kişiyi, kendi yanında davaya katılması ve kendisinin davayı kazanmasına yardımcı olması için davet etmesidir. Davanın ihbarının amacı, dava kendisine ihbar edilen kimsenin fer'i müdahil olarak davaya katılmasıdır. İstinaf aşamasında fer'i müdahaleye yer olmadığına göre, davanın ihbarının da doğaldır ki yasak olması gerekir. Ancak hatırlatılmalıdır ki bu açıklamalar, istinaf aşaması için geçerlidir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin kararı bölge adliye mahkemesince kaldırılıp, dosya gönderildikten sonra ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikatta, hukuki yararın varlığı şartıyla fer'i müdahale mümkündür.

Bunlar dışında asıl davadan ayrı bir dava niteliğinde olan asli müdahalenin de istinaf aşamasında yasak olduğu gayet açıktır. Çünkü istinaf aşamasında yeni bir dava açılması ve bu davanın bölge adliye mahkemesince incelenmesinin talep edilmesi, istinaf incelemesinin niteliğine aykırıdır. Ancak elbette ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasından sonra ilk derece mahkemesinde yeniden tahkikata başlanması hâlinde asli müdahale mümkündür.

DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİNİN İSTENEMEMESİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 357'de HMK m. 166/1 hükmü saklı tutularak istinaf aşamasında davaların birleştirilmesinin talep edilemeyeceği de açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalar, aralarında bağlantı bulunması durumunda, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir. Birleştirme kararı,

⁵¹ Hakan Pekcanitez ve Nedim Meriç, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 21 vd.

⁵² Pekcanitez ve Meriç, Fer'i Müdahale, 263 vd.

ikinci davanın açıldığı mahkemece verilir ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar (HMK m. 166/1). Buna göre, aynı yargı çevresindeki bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde görülmekte olan davalarda, istinaf incelemesi tamamlanana dek taraflardan birinin talebi ile veya re'sen birleştirme kararı verilebilir. Dolayısıyla örneğin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi ile 16. Hukuk Dairesinde görülen ve birbiriyle bağlantısı olan iki dosyanın birleştirilmesi talep edilebilmektedir.

Maddede davaların ayrılması için ise özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu kapsamda doktrinde ayrıma açısından HMK m. 360 atıyla HMK m. 167 hükmünün uygulanacağı ve incelemenin daha sağlıklı biçimde yapılabilmesi için daha önce birleştirilen dosyaların talep üzerine veya re'sen ayrılabilmesi ifade edilmektedir⁵³.

SONUÇ

İstinaf kanun yolunun kabulünde Türk kanun koyucusu özel bir tercihte bulunmuş ve istinaf incelemesinin sınırlarını net bir biçimde belirlemiştir. Buna göre Türk istinaf sistemi, ilk derece mahkemesindeki yargılamanın mercak altına alındığı ve buradaki hukuka aykırılıkların giderildiği bir yargılamayı ifade etmektedir. Diğer bir deyişle Türk hukukunda istinaf, ilk derece yargılamanın tümüyle yerini alan bir yargılama modeli değildir. İşte bu tercihin en önemli yansıması ise HMK m. 357 hükmüdür ki birçok usul işlemi bu madde ile istinaf aşamasında yasaklanmıştır.

Doktrinde yeni iddia ve savunma sebeplerinin ileri sürülmesi ve ıslaha başvurulması gibi hususlar açısından HMK m. 357'nin esnek yorumlanması ve istinaf aşamasında bazı yeni vakıaların ileri sürülebilmesine, talep sonucunun genişletilmesine izin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak hem ilk derece hem de istinaf yargılamalarının çok uzun sürdüğü ülkemizde kanunun açık hükmüne aykırı yorum yapılması, bunun da usul ekonomisi gibi gerekçelere dayandırılması makul görünmemektedir. Zira hüküm tarihinden sonra ortaya çıkan vakıaların istinaf aşamasında ileri sürülmesi, istinafta ıslaha izin verilmesi, ilk derece mahkemelerindeki yargılamayı önemsizleştirebilecek; yargı çevreleri son derece geniş olan bölge adliye mahkemelerindeki iş yükünü daha da artıracaktır. Böylece aslında istinaf sisteminin beklenen ve istenen sonucun tam tersi bir sonuç doğacaktır. Biz bu nedenle kanunun açık hükmüne aykırı yorum yapılmadan istinaf aşamasında ilk derece mahkemesindeki yargılamanın tekrar edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak elbette belirsiz olacak davaları gibi adil yargılanma hakkını doğrudan ilgilendiren ve başka bir hukuki çarenin olmadığı durumlarda, istinaf yargılamanın niteliği de dikkate alınarak esnek bir yorumun yapılması mümkün olabilir. Fakat bu istinaf incelemesinin ilk derecedeki yargılamaya dönüşmesi riskine yol açmayacak hassas bir esneme olarak kalmalıdır.

⁵³ Aykotalp, Usul İşlemleri, 142.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. "İstinaf Derecesinde Yeni Vakıa ve Delil İleri Sürme Yasağı Üzerine Düşünceler", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, S. 1, (2018): 65-78.
- Akil, Cenk. *İstinaf Kavramı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010.
- Akkaya, Tolga. *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009. (İstinaf)
- Alangoya, Yavuz; Yıldırım, M. Kâmil ve Deren Yıldırım, Nevhis. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2009.
- Albayrak, Adem. *Hukukta İstinaf Uygulaması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Yargılama Usulleri*. Ankara, 1960.
- Arslan, Ramazan. *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)*. Ankara, 1977.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Aslan, Kudret; Akyol Aslan, Leyla ve Kiraz, Taylan Özgür. "Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı 16, (2014): 975-1023.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021. (Usul)
- Aykutalp, Aslı. *İstinaf Yargılamasında Yapılamayacak Taraf Usul İşlemleri (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. Maddesi Bağlamında)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021. (Usul İşlemleri)
- Berkin, Necmeddin M. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. Ankara: Hamle Matbaası, 1969.
- Bilge, Necip ve Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Bolayır, Nur. "İstinafta Yeni Vakıa ve Delil İncelemesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 30, S. 134, (2018): 293-312. (İstinaf=
- Budak, Ali Cem ve Karaaslan, Varol. *Medeni Usûl Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Çiftçi, Murat Özgür. *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Deren Yıldırım, Nevhis. "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", Prof. Dr. Özer Selici'ye Armağan, Ankara: Seçkin Yayınları, 2006: 695-715.
- Deren Yıldırım, Nevhis. "Kanunyollarına İlişkin Bazı Düşünceler", *Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği VI. Toplantısı*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008: 3-18. (Kanunyolları)
- Deren Yıldırım, Nevhis. "Teksif İlkesi Açısından İstinaf", *Türkiye Barolar Birliği İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı*. (Ankara. Türkiye Barolar Birliği, 2003): 267-284. (Teksif)

- Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Gökcan, Hasan Tahsin. "İstinaf Yasa Yolunda İspat ve Delilleri Değerlendirme Esasları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 10, (2012): 421-454.
- Güngör, Devrim ve Albayrak, Adem. *İstinaf*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2016.
- Karaaslan, Varol. "Belirsiz Alacak Davası/ Kısmi Dava- Bir Madalyonun İki Yüzü mü?", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XIII, S. 1, (2016): 213-242.
- Karslı, Abdürrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Kurtoğlu, Tülin. *Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması*. Ankara: Yetkin Yayınevi: 2017.
- Kuru, Baki ve Aydın, Burak. *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I-II*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt I*. Ankara: Demir&Demir Yayınları, 2001.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt II*. Ankara: Demir&Demir, 2001.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt IV*. Ankara: Demir & Demir, 2001.
- Kuru, Baki; Arslan, Ramazan ve Yılmaz, Ejder. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013. (Usul)
- Küçük, Alper Tunga. *Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Memişoğlu, Özgür. "Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usulü ve İstinapta Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması", *Legal Hukuk Dergisi* 10, S. 113, (2012): 73-121.
- Meraklı Yayla, Deniz. *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014. (İstinaf)
- Özekes, Muhammet ve Boran Güneysu, Nilüfer. *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m. 353/1-a-6)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Özekes, Muhammet. *100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016.
- Özekes, Muhammet. *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017. (Pekcanitez Usûl)
- Özler, Meltem Ercan. *Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Özmumcu, Seda. "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, S. 2, (2014): 145-171.
- Öztek, Selçuk. *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341-m.373 Şerhi)*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021. (İstinaf ve Temyiz)
- Pekcanitez, Hakan ve Meriç, Nedim. *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

- Pekcanitez, Hakan. *Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107)*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz ve Özekes Muhammet. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021. (Usul)
- Postacıoğlu, İlhan E. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1975. (Usul)
- Rechberger, Walter H. "Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması", Çev. M. Kâmil Yıldırım, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2002.
- Reinhard, Gaier. "İstinaf Yargılamasında Dava Malzemesi", Çev. Cenk Akil, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, S.1, (2012): 417-428.
- Roth, Herbert. "Medeni Yargılamada Yeni Kanun Yolu Hukuku İstinaf Derecesi ve Somut Olay Adaleti", Çev. Cenk Akil, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, (2010): 113-124.
- Simil, Cemil. *Belirsiz Alacak Davası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Tanrıver, Süha. "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99, (2012): 15-34.
- Tanrıver, Süha. "Adliye Mahkemeleri ile Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, S. 1-2, (1995): 15-34.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku Cilt II*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022. (Usul Cilt II)
- Üstündağ, Saim. *İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi Yasağı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967. (İddia)
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul, 2000. (Yargılama)
- Yıldırım, M. Kâmil. "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri", *Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007 Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI*. Ankara 2008: 89-131. (Hatalı Vakıa Tespitleri)
- Yıldırım, M. Kâmil. "İstinapta Delillerin Değerlendirilmesi Hakkında Düşünceler", *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği Toplantısı XV*. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2018: 203-235.
- Yıldırım, M. Kâmil. "Medeni Yargılamada Hakimin Rolü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan* 22, C. 3 (2016): 3027-3044.
- Yılmaz, Ejder. "Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvurma Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 1, (1988): 131-155. (Yasayolları)
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Yılmaz, Ejder. *Islah*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021. (Islah)

SAĞLIK HİZMETLERİNİN UZAKTAN SUNULMASI

*Yasemin TAŞDEMİR**

GİRİŞ

Temel insan haklarının içerisinde çok önemli bir yere sahip olan sağlık hakkı, Anayasamızın 56. maddesinde düzenlenmekte olup; söz konusu hükmünde herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu ve Devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlayacağı; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği belirtilmektedir. Kişinin toplumdan, Devletten sağlığının korunmasını talep edebilmesini sağlayan sağlık hakkı¹, sağlık hizmetleriyle somutlaşmaktadır². Kişilerin sağlıklı kalabilmeleri için gerçekleştirilen tüm faaliyetler sağlık hizmetleridir ve Devletin, Anayasa'da da ifade edildiği üzere herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içerisinde sürdürmesini sağlayabilmesi için bir başka deyişle toplumun sağlık hakkını güvence altına alabilmesi için sağlık hizmetlerini yeterli seviyede sunması gerekmektedir³.

Sağlık hizmetlerinin sunulmasında teknolojiden yardım alınması uzaktan sağlık hizmetleri kavramını ortaya çıkarmıştır. Uzaktan sağlık hizmetleri kavramı için tele-sağlık, e-sağlık kavramlarının ve daha yaygın bir şekilde teletıp kavramının kullanıldığı görülmektedir⁴. Koronavirüs salgını döneminde temel sağlık hizmetlerinin kalitesinden ve erişiminden ödün vermeden yüz yüze görüşmeleri azaltma ihtiyacı teletıp uygulamasını tekrar gündeme getirmiş⁵ ve dünya genelinde teletıp hizmetleri genişletilmiştir. Teletıp hizmetleri hastalara ve sağlık çalışanlarına koronavirüsün bulaşma riskini en aza indirirken temel sağlık hizmetlerine erişilmesine devam edilebilmesine

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ybasmanav@sakarya.edu.tr.

¹ Ali Rıza Okur, Sağlık Hakkı ve Sağlık Sigortaları, (İstanbul: Yayınlanmamış Monografi, 1992), 1 (naklen).

² Ali Güzel; Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 785.

³ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik, 785.

⁴ Yakup Gökhan Doğramacı, "Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler", İstanbul Hukuk Mecmuası 78, S. 2 (2020): 664.

⁵ "Implementing Telemedicine Services During COVID-19: Guiding Principles and Considerations for a Stepwise Approach", World Health Organization Western Pacific Region, Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022, <https://www.who.int/publications/i/item/WPR-DSE-2020-032>, 1.

yardımcı olma bakımından dikkat çeken bir uygulama olmuştur⁶. Bu süreçte teletıp uygulamasının teşvik edilmesi yönünde adımlar da atılmıştır⁷. DSÖ, teletıp uygulamasının başarı gösterebilmesi için yasal mevzuatın önemini vurgulamakta olup; bu hususun teletıp uygulamasının önünde engel de oluşturabileceği ve bu sebeple ülkelerin, yasal mevzuatlarını gözden geçirmeleri ve gerekirse teletıp uygulaması lehine değişiklikler yapmaları gereğine dikkat çekmektedir⁸.

Mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmuyor iken koronavirüs salgını döneminde sağlık hizmetlerinin uzaktan sunulmasına ilişkin uygulamaların artmış olması⁹ bu konudaki yasal düzenleme ihtiyacını ortaya çıkarmış ve bu doğrultuda Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik 10.02.2022 tarihli Resmi Gazete’de¹⁰ yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmelik, sağlık hizmetinin mekândan ve coğrafyadan bağımsız olarak ve çağdaş tıbbî teknolojiye dayanılarak sunulmasına hizmet etmek üzere; uzaktan sağlık hizmetinin kapsamına, uzaktan sağlık hizmeti sunacak sağlık tesislerine izin verilmesine, uzaktan sağlık bilgi sisteminin geliştirilmesine, tescil edilmesine, sağlık tesislerinin bu kapsamda denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla hüküm altına alınmıştır (m.1).

Uzaktan sağlık hizmeti sunan tüm sağlık tesislerini, uzaktan sağlık hizmeti sunumunda yer alan tüm sağlık meslek mensuplarını, uzaktan sağlık bilgi sistemi geliştiricilerini ve uzaktan sağlık hizmeti almak isteyen gerçek kişileri kapsayan bu Yönetmelikte, uzaktan sağlık bilgi sistemi ve uzaktan sağlık hizmeti faaliyet izni ile uzaktan sağlık hizmetinin sunulması hakkında düzenlemeler bulunmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle kavram incelemesi yapılmış, ardından uzaktan sunulabilecek sağlık hizmetleri, uzaktan sağlık hizmeti sunacak sağlık tesislerinin Sağlık Bakanlığı’ndan faaliyet izni alması ve bu tesislerin denetlenmesi, hastanın bilgilendirilmesi, hak ve sorumluluklar ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin Yönetmelik hükümleri ele alınmıştır.

⁶ Implementing Telemedicine Services During COVID-19: Guiding Principles and Considerations for a Stepwise Approach, 19; Aynı yönde “Telehealth Implementation Playbook”, American Medical Association, Erişim Tarihi Haziran 20, 2022, <https://www.ama-assn.org/system/files/ama-telehealth-playbook.pdf>, 5.

⁷ Implementing Telemedicine Services During COVID-19: Guiding Principles and Considerations for a Stepwise Approach, 1.

⁸ Implementing Telemedicine Services During COVID-19: Guiding Principles and Considerations for a Stepwise Approach, 19; Aynı yönde “Market Study on Telemedicine”, European Commission, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022, https://health.ec.europa.eu/system/files/2019-08/2018_provision_marketstudy_telemedicine_en_0.pdf, 92.

⁹ Doğramacı, 669.

¹⁰ RG. 31746.

I. TANIM

Yönetmelik'te uzaktan sağlık hizmeti, "Bu Yönetmelik hükümlerine göre faaliyet izni almış olan sağlık tesislerinde¹¹, sağlık meslek mensubunun, sağlık hizmeti talep eden kişiye uzaktan sağlık bilgi sistemi üzerinden sunduğu sağlık hizmeti" şeklinde tanımlanmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere uzaktan sağlık hizmetlerine teletıp da denildiği için çalışmamızda her iki kavram da kullanılacaktır. 1970'lerde ortaya çıkmış bir kavram olan teletıp Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından "mesafenin önemli olduğu durumlarda, sağlık profesyonellerinin, birey ve toplumun sağlığını geliştirmek için hastalık ve yaralanmaların teşhisi, tedavisi, önlenmesi ile araştırma ve sürekli eğitim konularında, bilgi ve teknolojiyi kullanarak sağlık hizmeti vermesi¹²" şeklinde tanımlanmaktadır¹³.

Avrupa Komisyonu'na göre teletıp, "geleneksel yüz yüze, hasta ve hekim (veya hekim-hekim) etkileşiminin yerinin, bilgi ve iletişim teknolojileri (BİT, ICT: information and communication technology) ile değiştirildiği sağlık hizmetidir¹⁴".

Teletıp ve tele-sağlık kavramlarının farklı tanımları olsa da DSÖ, söz konusu kavramların kapsam açısından önemli ölçüde örtüştüklerini ve birbirlerinin yerine kullanıldıklarını belirtmektedir¹⁵. Telesağlık, uzak mesafeli klinik sağlık hizmetlerini, hasta ve profesyonel sağlıkla ilgili eğitimi, halk sağlığını ve sağlık yönetimini desteklemek için bilgi ve telekomünikasyon teknolojilerinin kullanımı olarak tanımlanabilir¹⁶. Tele-sağlığın kapsamında eğitim, yönetim ve araştırma şeklindeki hem klinik hem de klinik olmayan uygulamalar bulunmakta iken teletıp genellikle klinik, hasta bakımı uygulamalarını kapsamaktadır¹⁷. Çalışma konumuz ile ilgili diğer kavramlar olan e-Sağlık (eHealth) ve m-Sağlık (mHealth), sağlık hizmetleri açısından tele-sağlık gibi genel kavramlardır ve sağlık hizmetlerinin özellikle internet ve mobil cihazlar vasıtasıyla sunulması şeklinde tanımlanabilir¹⁸.

¹¹ Sağlık tesisi, uzaktan sağlık hizmeti sunmak üzere bu Yönetmelik kapsamında Bakanlıkça yetkilendirilmiş sağlık kurum ve kuruluşlarını ifade eder (Yön. m. 4/1-ç).

¹² Tanımın çevirisi Doğramacı, 662'den alıntılanmıştır.

¹³ "Telemedicine Opportunities and Developments in Member States, Report on the Second Global Survey on eHealth", World Health Organization, Erişim Tarihi: Temmuz 5, 2022, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/44497>, 9.

¹⁴ Tanımın çevirisi Doğramacı, 662-663'den alıntılanmıştır.

¹⁵ Implementing Telemedicine Services During COVID-19: Guiding Principles and Considerations for a Stepwise Approach, 2; Aynı yönde Telemedicine Opportunities and Developments in Member States, Report on the Second Global Survey on eHealth, 9.

¹⁶ Market Study on Telemedicine, 25.

¹⁷ Market Study on Telemedicine, 25.

¹⁸ Market Study on Telemedicine, 25-26; Tanımlar için ayrıca bkz. Jhon Craig, Victor Patterson, "Introduction to the Practice of Telemedicine", Journal of Telemedicine and Telecare 11, S. 1 (2005): 4; Telemedicine Opportunities and Developments in Member States, Report on the Second Global Survey on eHealth, 8-9.

Uzaktan sağlık hizmetleri açıklamaya çalıştığımız tüm kavramları bünyesinde barındırdığı gibi aynı zamanda ülkemizde özellikle son yıllarda gelişim gösteren uluslararası sağlık turizmi de uzaktan sağlık hizmetlerinin kapsamında yer almaktadır¹⁹. Anılan konu ile ilgili Yönetmelik'te de düzenlemeye yer verilmiş ve uluslararası sağlık turizmi yetki belgesi almış olan sağlık tesislerinde uzaktan sağlık hizmeti verilebileceği ifade edilmiştir (Yön. m. 15).

II. UZAKTAN SAĞLIK HİZMETLERİ

Giyilebilir cihazlar örneğinde olduğu üzere son yıllardaki teknolojik gelişim sağlık hizmetlerinin uzaktan sunulması uygulamasının her geçen gün genişlemesine katkı sunmaktadır²⁰. Uzaktan sağlık hizmetleri genellikle tele-danışma, tele teşhis ve 7/24 çağrı merkezleri ile ilgilidir. Bu doğrultuda sağlık hizmetlerinin uzaktan sunulmasına pratisyen hekim ile çevrimiçi video danışmanlığı sağlanması örneği verilebilir²¹. Ülkemizde özellikle pandemi döneminde 65 yaş üstünde ve 20 yaş altında olan bireylerin tabii olduğu kısıtlamalar nedeniyle pek çok özel sağlık kuruluşunda canlı doktor görüşme sistemi başlatılmıştır²². Uzaktan sağlık hizmetleri aynı zamanda hekimler için de sağlık hizmeti sunumunun bir parçası haline gelmektedir. Örneğin Estonya'da pratisyen hekim ofisinde hastalara erken cilt kanseri tespit hizmeti sunulabilmesi için pratisyenleri, uzman dermatologlarla bir araya getiren bir yazılım platformu geliştirilmiştir²³.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun²⁴ 63. maddesinde genel sağlık sigortası kapsamında sunulan sağlık hizmetlerinin amacının genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını; iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını

¹⁹ Doğramacı, 665.

²⁰ Market Study on Telemedicine, 20.

²¹ Market Study on Telemedicine, 28; Ülkemizde bu doğrultuda pandemi sürecinde Ankara, Kırıkkale, Yalova, İstanbul'da hastanelerde; Samsun'da ise aile hekimliklerinde pilot olarak uygulamaya konan "Dr. e-Nabız TeleSağlık Projesi"nin daha sonra tüm ülkemizde uygulanmaya başladığı bilgisi paylaşılmıştır. Sağlık Bakanlığı'nın duyurusuna göre "Merkezi Hekim Randevu Sistemi üzerinden randevu alan hastalar, hekimlerle görüntülü olarak görüşebiliyor. Randevu alındığında vatanışa giden SMS'te randevu saat ve tarihiyle birlikte bir de erişim linki gönderiliyor. Vatandaş muayene saati geldiğinde SMS içerisindeki linke tıklayarak hekimle doğrudan cep telefonu, bilgisayar ve tablet aracılığı ile online olarak görüşme sağlayabiliyor. Fiziki muayeneye sorduğu tüm soruları hastaya yönelten hekim görüntülü olarak tüm muayene sürecini yürütebiliyor, gerekli gördüğü durumda ilaç yazabiliyor. Vatandaş, reçetesini hem SMS olarak alıyor, hem de e-Nabız hesabından görebiliyor ve yakınlarına ilaçlarını aldırabiliyor.", <https://sbsgm.saglik.gov.tr/TR-77430/dr-e-nabiz-muayeneye-basladi.html>, (03.07.2022); Sağlık Bakanlığı'nın bu duyurusunda, sağlık hizmetinin uzaktan sunulmaya elverişli olması ile ilgili kriter getirilmemesi, aşağıda inceleneceği üzere, Yönetmeliğe aykırılık teşkil etmektedir.

²² Merve Çapacı ve Serdar Özkaya, "COVID-19 Pandemi Döneminde Tele-tıp Uygulamaları", Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi 25, S. Özel Sayı, (2020): 261.

²³ Market Study on Telemedicine, 43.

²⁴ RG. 16.06.2006, 26200.

veya azaltılmasını temin etmek olduğu belirtilmiş ve bu doğrultuda finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri sıralanmıştır. Uzaktan sunulacak sağlık hizmetleri de 5510 sayılı Kanun kapsamında olmakla birlikte her sağlık hizmeti uzaktan sunulmaya elverişli olmadığı için Yönetmeliğin 7. maddesinde uzaktan sunulabilecek sağlık hizmetleri ile ilgili bilgi verilmiştir²⁵. Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce COVID-19 pandemisi döneminde ülkemizde teletıp uygulamalarının yaygınlaşması, söz konusu uygulamaların mevzuata aykırılık teşkil edip etmediği sorusunu gündeme getirmiştir olmakla birlikte Yönetmeliğin yürürlüğe girmesi ile birlikte söz konusu sorun ortadan kalkmıştır²⁶. Bununla birlikte Teletıp Etiğiyle İlgili Dünya Tabipler Birliği Açıklaması'nda hekimlerin teletıp uygulamasına yalnızca buna izin veren ülkelerde/mevzuatta başvurması gerektiğinin belirtildiğini vurgulamakta fayda görmektedir²⁷.

Belirtilen düzenlemede, uzaktan sunulabilecek sağlık hizmetleri ile ilgili genel bir çerçeve çizilmiş ve bir sağlık hizmetinin uzaktan sunulabilmesi için öncelikle niteliği itibariyle uzaktan sağlık hizmeti sunumuna elverişli olması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre "Aşağıdaki hizmetler uzaktan sunulabilir:

- a) Uzaktan sağlık hizmeti talep eden kişi, uzaktan sağlık hizmetinin elverdiği ölçüde muayene edilebilir; kişinin tıbbî gözlem, izlem ve takibi ile değerlendirmesi yapılabilir, teşhis edilmiş hastalıkları kontrol edilebilir; tıbbî danışmanlık verilebilir; konsültasyon veya ikincil görüş talep edilebilir²⁸. Gerekli durumlarda, kişiye bir sağlık kuruluşuna fiziken müracaat etmesi önerilebilir.
- b) Hastalıkların uzaktan yönetimi ve takibi için kişinin kan şekeri ve kan basıncı gibi klinik parametreleri değerlendirilebilir, izlenebilir, tedavi ve ilaç yönetimi sağlanabilir.
- c) Sağlığın korunmasına ve takibine, sağlıklı yaşamın desteklenmesine, psikososyal destek hizmetlerinin sağlanmasına yönelik hizmetler verilebilir.
- ç) Sağlık riski artan veya ileri yaşlı kişilerin çok yönlü değerlendirmesi ve takibi yapılabilir.
- d) Teknolojik imkânların elvermesi ve Bakanlıktan gerekli izinlerin alınması koşuluyla kişilere, Bakanlıkça belirlenen girişimsel veya cerrahi operasyon hizmetleri sunulabilir.

²⁵ Genel sağlık sigortasının sağlık hizmetleri kapsamı hakkında bkz. Güzel, Okur ve Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik, 825 vd; A. Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 612 vd; Ali Nazım Sözer, Türk Genel Sağlık Sigortası, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 251 vd; Haluk Hadi Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 281 vd.

²⁶ Konu hakkında bkz. Doğramacı, 669 vd.

²⁷ Teletıp Etiğiyle İlgili Dünya Tabipler Birliği Açıklaması, Erişim Tarihi Temmuz 1, 2022, https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/dtb_teletip.pdf 3.

²⁸ Teletıp, görevli sağlık mensubunun uzman görüşüne ihtiyaç duyduğu durumlar için özellikle savunulmaktadır, Telemedicine Opportunities and Developments in Member States, Report on the Second Global Survey on eHealth, 15.

- e) Endemik veya epidemik salgınlarda ulusal nitelikteki kılavuzlar doğrultusunda kişilerin sağlığının korunmasına yönelik gerekli tıbbî işlemler yürütülebilir.
- f) Giyilebilir teknolojiler ve diğer tıbbî cihazlar ile sağlık hizmeti talep eden kişinin sağlık verileri ölçülebilir ve takip edilebilir.
- g) Hekim tarafından değerlendirilen kişiye, hekimince e-reçete ve e-rapor tanzim edilebilir²⁹. Yönetmelik kapsamına girmeyen sağlık hizmetleri, uzaktan sağlık hizmeti yoluyla sunulamayacaktır (Yön. m. 14/1-c)³⁰.

DSÖ'nün teletıp uygulamasını desteklemek gerektiği yönünde görüş beyan etmesine karşın³¹ Dünya Tabipler Birliği'nin teletıp hizmetlerine zorunlu olan durumlarda başvurulması yönünde tavsiyede bulunduğu anlaşılmaktadır³². Bu doğrultuda Yönetmeliğin 7. maddesini inceleyecek olur isek uzaktan sağlık hizmeti sunacak hekimin Dünya Tabipler Birliği tarafından da ifade edildiği üzere hekim ile hastanın yüz yüze görüşmesinin esas olduğu ve ilk tedavinin devamı olan görüşmelerde, olağan kontrol gibi yahut çeşitli nedenler hasta ile hekimin bir araya gelemediği acil durumlarda daha çok teletıp hizmetine başvurulması düşüncesinden uzaklaşmaması gerektiğini ifade edebiliriz³³. Yönetmeliğin anılan düzenlemesi belirtilen esasın çerçevesini çizmekle birlikte kanaatimizce somut olayın özelliklerine göre hastayı riske atacak teletıp hizmetlerinin uygulanmaması için sağlık meslek mensuplarının dikkatli olması gerekmektedir. Yönetmelik m. 14/1-ğ'ye göre "Sağlık hizmetinin sunumuna ilişkin asgari tıbbî gereklilikler uygulanabilir oldukları ölçüde uzaktan sağlık hizmeti sunumu için de geçerlidir. Sağlık hizmetinin uzaktan sunuluyor olması, sağlık hizmetinin niteliğinden ödün verme sebebi olarak kabul edilemez".

Uzaktan sağlık hizmetleri, uzaktan sağlık bilgi sistemi üzerinden sunulacak olup; ilgili sağlık tesisi, sağlık meslek mensubunun uzaktan sağlık bilgi sistemine bağlanabilmesi için gerekli altyapı ve teknik donanım imkânlarını

²⁹ Sağlık tesisi, uzaktan sağlık hizmetine ilişkin aynı branşta faaliyet izin belgesi sahibi olması koşuluyla bir başka sağlık tesisindeki sağlık hizmeti talep eden kişiye uzaktan sağlık hizmeti sunabilir (Yön. m. 7/2).

³⁰ Avrupa Birliği'ne üye devletlerde 2014 yılında yapılan bir araştırmada teletıp hizmetlerinin sunulduğu beş ana durum sıralanmıştır: Teleradyoloji hizmetleri, X-ray görüntülerinin uzaktan değerlendirilmesi; Teledermatoloji hizmetleri, hem doktorlara hem de doğrudan hastalara (cilt problemlerinin görüntülerine dayalı olarak) tavsiye ve ikinci görüş sağlanması; Telenöroloji hizmetleri; Uzaktan izleme (Telemonitoring), diyabet hastalarının takibi ve yaşam tarzlarının iyileştirilmesi; Uzaktan izleme, kronik kalp hastalarının takip edilmesi, Market Study on Telemedicine, 21.

³¹ DSÖ'nün 2005 yılında aldığı e-Sağlık kararı, ülkelerdeki sağlık sistemlerinin e-Sağlık kullanımını yoluyla güçlendirilmesine odaklanmaktadır, Telemedicine Opportunities and Developments in Member States, Report on the Second Global Survey on eHealth, 28; Ayrıca bkz. Craig, Patterson, 3.

³² Teletıp Etiğiyle İlgili Dünya Tabipler Birliği Açıklaması, 1-2.

³³ Teletıp Etiğiyle İlgili Dünya Tabipler Birliği Açıklaması, 1-2.

sağlayacaktır³⁴ (Yön. m. 6/1, c. 1). Uzaktan sağlık bilgi sisteminin amacı dışında kullanılması yasaktır (Yön. m. 14/1-f).

III. FAALİYET İZİNİ VE DENETİM

Uzaktan sağlık hizmeti sunacak sağlık tesislerinin Sağlık Bakanlığı'ndan faaliyet izni alması gerekmektedir. Faaliyet izni alabilmek için Yönetmelik Ek-1'de³⁵ yer alan belgeler ile İl Sağlık Müdürlüğü'ne başvuru yapılmalıdır. Müdürlük başvuruyu dosya üzerinde inceler, eksiklik veya uygunsuzluk bulunması hâlinde, bu hususların neler olduğunu başvuru sahibine en geç 15 iş günü içerisinde bildirir. Başvuru uygun ise, Müdürlükçe oluşturulan komisyon³⁶ tarafından incelenir. Komisyon, gerekli gördüğü durumlarda yerinde inceleme de yapabilir. Yapılacak incelemeler neticesinde, herhangi bir eksiklik ve uygunsuzluk olmadığının tespiti halinde komisyon raporuyla birlikte başvurular, Genel Müdürlüğe gönderilir. Sağlık tesisinin başvurusunda belirttiği uzaktan sağlık bilgi sisteminin, Bakanlık kayıt tescil sisteminde kayıtlı olması ve başvurunun Genel Müdürlük tarafından uygun görülmesi hâlinde, sağlık tesisi için uzaktan sağlık hizmeti faaliyet izin belgesi düzenlenir. Faaliyet izin belgesinde, faaliyet alanı ve sınırları belirtilir (Yön. m. 8/1-6).

Faaliyet izni, Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık tesislerine Bakanlık tarafından re'sen verilebilir (Yön. m. 8/7).

³⁴ "Bakanlık tarafından üretilen veya Bakanlık tarafından tescil edilmek suretiyle uzaktan sağlık hizmeti sunumunda kullanılması onaylanan yazılı, sesli veya görüntülü iletişime imkân sağlayan güvenli yazılım" (Yön. m. 4/1-d) şeklinde tanımlanan uzaktan sağlık bilgi sistemi ile ilgili Yönetmeliğin 5. maddesinde de hüküm tesis edilmiştir. Buna göre "(1) Uzaktan sağlık bilgi sistemi, Bakanlık veya Bakanlık harici yetkilendirilmiş geliştiriciler tarafından Bakanlığın belirlemiş olduğu asgari standartlara uygun olarak geliştirilir. (2) Geliştirilen uzaktan sağlık bilgi sistemi, Bakanlığın sistemine tescil edilir; tescili yapılmamış uzaktan sağlık bilgi sistemi uzaktan sağlık hizmeti sunumunda kullanılamaz. Tescilin usûl ve esasları Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğüne belirlenerek Bakanlığın internet sitesinde ilan olunur. (3) Uzaktan sağlık bilgi sistemi, uzaktan sağlık hizmeti kapsamında yapılan ve Bakanlıkça belirlenen işlemlerin sağlık tesisinin bilgi yönetim sistemine bildirilmesine ve aktarılmasına imkân verecek şekilde geliştirilir. (4) Bakanlıkça belirlenen asgarî standartlarda yapılacak değişiklikler, Bakanlıkça belirlenen sürede uzaktan sağlık bilgi sistemi yazılımına yansıtılır".

³⁵ Yönetmelik Ek-1'e göre sağlık tesisinin, uzaktan sağlık hizmeti faaliyet izin belgesi başvurusuna ekleyeceği belgeler şunlardır: "1- Sağlık tesisinin açılışı ve işletilmesine ilişkin ruhsat, faaliyet izin belgesi, tescil belgesi, uygunluk belgesi ve benzer izin belgeleri, 2- Sağlık tesisi tarafından uzaktan sağlık hizmeti sunumunda kullanılacak uzaktan sağlık bilgi sistemini gösteren belgeler, 3- Sağlık tesisi tarafından uzaktan sağlık hizmeti sunumunda kullanılacak uzaktan sağlık bilgi sistemini gösteren belgeler, 4- Sağlık tesisi tarafından uzaktan sağlık hizmetine tahsis edilen mekânları gösteren liste, 5- Sağlık tesisinde uzaktan sağlık hizmeti sunacak sağlık meslek mensubunun adı ve soyadı, T.C. kimlik numarası veya yabancı kimlik numarası, unvan ve branşını gösteren liste, 6- Uluslararası sağlık turizmi kapsamında uzaktan sağlık hizmeti sunacak sağlık tesisleri için uluslararası sağlık turizm yetki belgesi örneği".

³⁶ "Komisyon, sağlık hizmetleri başkanlığında görevli bir hekim başkanlığında, müdürlükte görevli personel arasından terchen bilişim teknolojileri hakkında mesleki birikimi olan bir mühendis, tekniker veya teknisyen ile kalite konusunda deneyimli bir sağlık meslek mensubu olmak üzere üç kişiden oluşur." (Yön. m. 8/4, c. 2).

Faaliyet izni verilen sağlık tesisleri, şikâyet veya soruşturma hariç olmak üzere Ek-2'de yer alan forma uygun olarak Müdürlük tarafından yılda en az bir defa denetlenir (m. 16/1). Özel sağlık tesisleri tarafından sunulan uzaktan sağlık hizmetlerinde bu Yönetmeliğe aykırılık olması durumunda, Ek-2'de yer alan idarî yaptırımlar uygulanır (m. 16/2)³⁷. Kamu sağlık tesisleri tarafından sunulan uzaktan sağlık hizmetlerinde bu Yönetmeliğe aykırılık olması durumunda, ilgililer hakkında kendi mevzuatına göre işlem yapılır (m. 16/3).

IV. UZAKTAN SAĞLIK HİZMETİ SUNULMASI

A. HASTANIN BİLGİLENDİRİLMESİ

Yönetmeliğin 9. maddesi uyarınca uzaktan sağlık hizmeti alacak kişi, uzaktan sağlık hizmeti sunulmaya başlanmadan önce sunulacak olan sağlık hizmetinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde ve söz konusu kişi tarafından anlaşılabilir bir dil³⁸ ile aşağıdaki konular hakkında bilgilendirilir:

- a) Uzaktan sağlık hizmeti sunacak sağlık meslek mensubunun kimliği ve var ise uzmanlığı,
- b) Sağlık meslek mensubunun kendisi ile fiziksel olarak aynı ortamda bulunmayacağı,
- c) Uzaktan sağlık hizmetinin yüz yüze verilen sağlık hizmetinin muadili olamayacağı,
- ç) Uzaktan sağlık hizmeti ile uygulamalı tedavilerin farklı olduğu,
- d) Devam eden bir tedaviyi aksatacak şekilde uzaktan sağlık hizmetinden faydalanılamayacağı,
- e) Acil tıbbî durumlarda uzaktan sağlık hizmeti yerine en yakın acil servise başvurulması gerektiği,
- f) Uzaktan sağlık hizmetinin ücreti, verilecek hizmetin kapsamı, hizmetin herhangi bir sağlık sigortası kapsamında karşılanıp karşılanmayacağı,
- g) Tarafların açık rızası olmaksızın uzaktan sağlık hizmeti sunumuna ilişkin ses veya görüntü kaydı alınmasının yasak olduğu; ancak, kişisel sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin mevzuat uyarınca alınan sağlık hizmetine ilişkin kayıtların tutulacağı, kişisel verilerin korunması mevzuatına ve mahremiyete uygun olarak Sağlık Bakanlığı bilgi sistemine aktarılacağı,

³⁷ Yönetmelik Ek-2 irdelendiğinde denetim sorularına ve idari yaptırımlara bir tabloda yer verildiği görülmektedir. Denetim sorularının Yönetmelik'te getirilen kurallara uyulup uyulmadığını anlamaya yönelik olduğu fark edilmektedir.

³⁸ Teletıp Etiğiyle İlgili Dünya Tabipleri Birliği Açıklaması'nda da hekimin, hastanın kendisine söylenenleri ve tedavi önerilerini anladığından emin olması gereğine vurgu yapılmıştır, Teletıp Etiğiyle İlgili Dünya Tabipler Birliği Açıklaması, 3.

- ğ) Uzaktan sağlık hizmeti sunumunun başlayabilmesi için uzaktan sağlık bilgi sisteminin kamera ve/veya mikrofon erişimine izin verilmesinin istenebileceği,
- h) Taraflar arasında ses ve/veya görüntünün iletilmemesi hâlinde, uzaktan sağlık hizmetinin başlamayabileceği, başlamış ise devam ettirilemeyebileceği,
- i) Tıbbi veya hukuki sebeplerle karşı tarafa bilgi verilerek uzaktan sağlık hizmetinin her zaman sonlandırılabilmesi,
- i) Uzaktan sağlık hizmeti veren kişinin, uzaktan sağlık hizmeti sunumunda kullandığı bilişim sistemlerinin, kullanıcı adı ve parolalarının güvenliğini sağlamakla bizzat sorumlu olduğu,
- j) Verilecek sağlık hizmetinin mâhiyeti ve sonuçları”.

Sağlık tesisi, uzaktan sağlık hizmeti sunumu kapsamında hizmet alan kişinin kimliğini doğrulamaya yönelik gerekli tedbirleri de almak zorundadır (Yön. m. 10/1, c. 1).

Teletıp Etiğiyle İlgili Dünya Tabipler Birliği Açıklaması’nda da vurgulandığı üzere uygun aydınlatılmış onam, teletıbbın ayırt edici özellikleriyle ilgili gerekli bütün bilgilerin hastalara tam olarak açıklanmasını gerektir³⁹.

B. HAK VE SORUMLULUKLAR

Yönetmeliğin 11. maddesinde sağlık hizmeti alan kişinin, sağlık meslek mensubunun ve sağlık tesisi ile İl Sağlık Müdürlüğü’nün sorumlulukları düzenlenmektedir. Anılan düzenlemenin 3. fıkrasında ilgili sağlık tesisi ile İl Sağlık Müdürlüğü’nün eğitim ve denetim sorumluluğu hükme bağlanmıştır. Buna göre “Bu Yönetmelik kapsamında sağlık hizmeti sunan sağlık meslek mensubunun bilgi ve iletişim teknolojileri hakkında gerekli donanıma sahip ve teknoloji okuryazarlığının uzaktan sağlık hizmeti sunumu için yeterli olduğunu izlemekten ve temin etmekten, ayrıca gerekli yetkinliğe sahip olmayan sağlık meslek mensuplarını eğitmekten sağlık hizmet sunucusunun niteliğine göre sağlık tesisi veya müdürlük sorumludur”.

Yine aynı düzenlemeye göre uzaktan sağlık hizmeti sunumu esnasında sağlık meslek mensubunun veya sağlık hizmeti alan kişinin bulunduğu ortamda hasta veya sağlık meslek mensubu ile yapılan görüşmeyi görebilecek ve/veya duyabilecek üçüncü bir kişinin olması hâlinde sağlık meslek mensubu ve/veya sağlık hizmeti alan kişi, konu hakkında karşı tarafı bilgilendirmekle yükümlüdür (f. 1). Uzaktan sağlık hizmeti alan kişi, tıbbî geçmişi ile sağlık durumu ile ilgili talep edilen bilgileri doğru, anlaşılır bir şekilde ve detaylı olarak sağlık meslek mensubuna anlatmakla yükümlüdür (f. 2).

³⁹ Teletıp Etiğiyle İlgili Dünya Tabipler Birliği Açıklaması, 2.

C. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Teletıp hizmetlerinin kabul görmeme nedenleri arasında kişilerin sağlık verilerini çevrimiçi şekilde saklamaya ve paylaşmaya istekli olmamaları durumu bir başka deyişle kişisel veri ihlalleri ile ilgili endişelerin bulunduğu ifade edilmektedir⁴⁰. DSÖ de teletıp hizmetlerinde kişisel veri ihlalinin önüne geçilmesi için yasal düzenlemelere uygun hareket edilmesi gerekliliğine vurgu yapmış ve kişisel verilerin korunması için mümkün olan her yerde kimlik gizlemenin ve şifrelemenin olması gerektiğini açıklamıştır⁴¹.

Yönetmeliğin “Kişisel Verilerin Korunması” başlıklı 12. maddesine göre uzaktan sağlık hizmeti sunumunda hasta mahremiyetinin ve kişisel verilerinin korunmasından hizmeti veren sağlık tesisi ve sağlık meslek mensubu sorumludur (f. 1). Kişisel verilerin korunmasının kapsamlı bir konu olması nedeniyle somut olayın özelliklerine göre sorumluluğun sadece sağlık tesisi ve sağlık mensubu ile sınırlı kalmayacağı hususunu göz ardı etmemek gerekir. Nitekim hükmün 2. fıkrasında ilgili mevzuata atıf yapılmaktadır. Buna göre “Veri sorumlusu ve veri işleyen sıfatlarını haiz kişiler, bu Yönetmelik kapsamında sundukları hizmetler aracılığıyla elde ettikleri kişisel verileri 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ilgili mevzuatına uygun bir şekilde işler, bu verilerin güvenliğini sağlamaya yönelik her türlü teknik ve idari tedbiri alır ve ilgili kişilere karşı aydınlatma yükümlülüklerini yerine getirirler”. Yönetmelik m. 14/1-h’ye göre “Uzaktan sağlık hizmeti sunumu esnasında elde edilen kişisel veriler, ilgili mevzuat haricinde işlenemez ve aktarılamaz”. Belirtilen düzenlemelerde ifade edildiği üzere kişisel verilerin korunması ile ilgili 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁴² uygulanacaktır. İlgili mevzuat değerlendirildiğinde de öncelikle Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Hakkında Yönetmelik⁴³ hükümleri akla gelmektedir. Yine Yönetmelik m. 13/1-h’ye göre “Uzaktan sağlık hizmeti kapsamında sağlık tesisine başvuran kişiler için uzaktan sağlık hizmetine ilişkin iş ve işlemler dijital ortamda kaydedilir ve kişisel verilerin korunmasına dair mevzuatta yer alan istisnai düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, kaydedilen veriler, ilgili mevzuatı uyarınca Bakanlıkça belirlenen usûl ve esaslar çerçevesinde Bakanlık merkezî sağlık veri sistemine gönderilir”.

Yönetmeliğin kişisel veri ile ilgili diğer hükümlerine göre “Yönetmelik kapsamında sunulan sağlık hizmetleri, her iki tarafın açık rızası olmaksızın görüntülü veya sesli olarak kayıt altına alınamaz, hizmet esnasında fotoğraf çekilemez” (m. 12/3). “Tarafların açık rızası olması hâlinde sunulan uzaktan

⁴⁰ Market Study on Telemedicine, 91.

⁴¹ Implementing Telemedicine Services During COVID-19: Guiding Principles and Considerations for a Stepwise Approach, 1-2.

⁴² RG. 07.04.2016, 29677.

⁴³ RG. 21.06.2019, 30808.

sağlık hizmetine ilişkin görüntülü veya sesli kayıt alınabilir. Kayıtlar, uzaktan sağlık hizmeti veren sağlık tesisinde veya Bakanlığın izin verdiği güvenli veri merkezlerinde saklanır. Kanunen izin verilen mercilere ve idarî bir soruşturma kapsamında Bakanlık müfettişlerine bu kayıtlara erişim izni verilir. Bu kapsamda alınmış olan görüntülü veya sesli kayıtlar, oniki aydan fazla saklanamaz ve sürenin dolması ile birlikte ayrıca bir bildirimle gerek olmaksızın silinir (m. 12/4). Tarafların açık rızası olması halinde görüntülü veya sesli kaydın alınabilmesi ve saklanması ile ilgili daha detaylı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Kayıtların uzaktan sağlık hizmeti veren sağlık tesisinde veya Bakanlığın izin verdiği güvenli veri merkezlerinde saklanacağına kural altına alınması, kayıtların nerede duracağı sorusuna kesin olmayan bir cevap verilmesine neden olmuştur. Kayıtların ilgili sağlık tesisinde saklandığını varsaydığımızda örneğin özel sağlık kuruluşlarının kayıtlar için gerekli idari ve teknik korumayı sağlaması gereğine ilişkin kanaatimizde daha net bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Yine idarî bir soruşturma kapsamında Bakanlık müfettişlerine kayıtlara erişim izni verilmesinin kanaatimizce Yönetmelik ile değil kanunla düzenlenmesi ve idarî bir soruşturma ifadesinin kapsamının daraltılması gerekir. Şöyle ki görüntülü veya sesli kayıt ile doğrudan ilgili olan ve zorunluluk gerektiren durumlara özgü olarak müfettişlere kayıtlara erişim izninin verilmesi şeklinde bir yasal düzenleme daha isabetli olacaktır. Öte yandan söz konusu düzenlemede uzaktan sağlık hizmeti sunulması esnasında ilgili hekim yanında sürece dahil olabilecek hemşire ya da tıbbi sekreter ile ilgili ayrı bir düzenlemenin bulunmaması da dikkat çekmekle birlikte söz konusu kişilerin sağlık meslek mensubu olduğu ve belirtilen hükümler kapsamında onların da olduğu hususunu göz ardı etmemek gerekir. Bununla birlikte hekimin yahut hastanın yanında üçüncü bir kişi de olabilir. Bu durum ile ilgili Yönetmelik m. 11/1'e göre uzaktan sağlık hizmeti sunumu esnasında sağlık meslek mensubunun veya sağlık hizmeti alan kişinin bulunduğu ortamda hasta veya sağlık meslek mensubu ile yapılan görüşmeyi görebilecek ve/veya duyabilecek üçüncü bir kişinin olması hâlinde sağlık meslek mensubu ve/veya sağlık hizmeti alan kişi, konu hakkında karşı tarafı bilgilendirmekle yükümlüdür. Üçüncü kişinin olması ile ilgili salt bilgilendirme yükümlülüğünün getirilmiş olması kanaatimizce yeterli değildir. Üçüncü kişilerin sır saklama yükümlülüğü ile ilgili ayrıca bir hükmün kural altına alınması gerekir.

SONUÇ

Bilgi ve iletişim teknolojisindeki gelişmeler, sağlık hizmetlerinde yeni ve farklı yolları ortaya çıkarmaktadır. Uzaktan sağlık hizmetleri çeşitli sebeplerle sağlık meslek mensubu ile bir araya gelemeyen hastalar için kullanılmaktadır. Bu özelliği ile teletıp hizmetleri, sağlık hizmetlerini iyileştirme potansiyeline sahiptir⁴⁴. Şöyle ki teletıp, sağlık hizmetlerine erişilebilirliği artırarak

⁴⁴ Teletıp Etiğiyle İlgili Dünya Tabipler Birliği Açıklaması, 1.

hastaların tedaviye daha erken ulaşmasını, reçete edilen tedavilere daha iyi uymasını sağlayabilir ve kronik rahatsızlıkları olan hastaların yaşam kalitesini iyileştirebilir⁴⁵. Teletıp uygulaması ile ilgili gerçekleştirilen pilot projeler hem sağlık hem de maliyet açısından olumlu sonuçlar ortaya çıkarmıştır⁴⁶.

Dünya Tabipler Birliği tarafından da açıklandığı üzere sağlık hizmetlerinde esas olan hasta ile hekimin yüz yüze olmasıdır ve teletıp yüz yüze verilecek sağlık hizmeti ile aynı değerde görülmemeli, sadece maliyetleri düşürme ya da verilen hizmeti fazla gösterip kazanç artırma gibi kötüye kullanım yollarına başvurulmamalıdır⁴⁷. Öte yandan Avrupa Komisyonu tarafından vurgulandığı üzere teletıp hizmetlerinin bir ülkenin tüm nüfusuna yayılması, hastaların ve sağlık profesyonellerinin dijital becerileri de dahil olmak üzere ülkenin dijitalleşme düzeyine ve sağlık verilerinin paylaşılması ve işlenmesine ilişkin mevzuata bağlıdır⁴⁸.

Koronavirüs salgını ile birlikte önemi daha da iyi anlaşılan ve uygulaması artan uzaktan sağlık hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde gelişme gösterebilmesi için mevcut olan düzenleme boşluğu çalışma konumuzu oluşturan Yönetmelik ile doldurulmuştur. Yönetmelik hükümleri irdelendiğinde özellikle kişisel verilerin korunması konusu dikkat çekmektedir. Konu ile ilgili her ne kadar genel hükümlere atıf yapılıyor olsa da görüntülü ve sesli kayıt altına alma ile ilgili getirilen düzenlemelerdeki eksiklikler göze çarpmaktadır.

Uzaktan sağlık hizmetlerinin olumlu sonuçlarının ülkemizde ortaya çıkabilmesi için Yönetmelik hükümlerine uygun bir işleyişin yerleşmesi gerekmektedir. Bunun için de Sağlık Bakanlığı'nın denetim yükümlülüğünü etkin bir şekilde ifa etmesi önem arz etmektedir. Ancak Yönetmeliğin denetim ile ilgili kısmı irdelendiğinde Yönetmelik hükümlerine aykırılığın ilk defa tespit edilmesi durumunda, sadece sağlık tesisinin uyarılması ve sağlık tesisine bir aylık süre verilmesi idari yaptırımının düzenlenmesi hususu göze çarpmaktadır. Yönetmeliğe aykırılığın tekrarlanması durumunda farklı idari yaptırımlar düzenleniyor olmakla birlikte kanaatimizce Yönetmelik hükümleri, sağlık hizmetlerini düzenliyor olması bakımından özellikle hassasiyet gösterilmesi gereken bir alandadır ve Yönetmelik hükümlerine aykırılığın bir kere dahi gerçekleşmesi durumunda, insan sağlığının ve kişisel verilerin korunması bakımından ağır ihlallerin ortaya çıkabilmesi ihtimali göz önüne alınarak Sağlık Bakanlığı'nın denetimi ve idari yaptırımları ile ilgili Yönetmelik hükümlerinin özellikle gözden geçirilmesi gerekmektedir.

⁴⁵ Telemedicine Opportunities and Developments in Member States, Report on the Second Global Survey on eHealth, s. 14.

⁴⁶ Market Study on Telemedicine, 21; Teletıp uygulamalarının avantajları hakkında bkz. Craig, Patterson, 7 vd; Telehealth Implementation Playbook, 11.

⁴⁷ Teletıp Etiğiyle İlgili Dünya Tabipler Birliği Açıklaması, 1, 4.

⁴⁸ Market Study on Telemedicine, 23.

KAYNAKÇA

- American Medical Association. "Telehealth Implementation Playbook". Erişim Tarihi Haziran 20, 2022. <https://www.ama-assn.org/system/files/ama-telehealth-playbook.pdf>.
- Craig, Jhon ve Patterson, Victor. "Introduction to the Practice of Telemedicine". *Journal of Telemedicine and Telecare* 11, S. 1 2005: 3-9.
- Çapacı, Merve ve Serdar Özkaya. "COVID-19 Pandemi Döneminde Tele-tıp Uygulamaları". *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi* 25, S. Özel Sayı, (2020): 260-262.
- Doğramacı, Yakup Gökhan. "Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler.", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, S. 2 (2020): 657-710.
- European Commission. "Market Study on Telemedicine". Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022. https://health.ec.europa.eu/system/files/2019-08/2018_provision_marketstudy_telemedicine_en_0.pdf.
- Güzel, Ali; Okur, Ali Rıza ve Caniklioğlu, Nurşen. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Okur, Ali Rıza. *Sağlık Hakkı ve Sağlık Sigortaları*. İstanbul: Yayımlanmamış Monografi, 1992.
- Sözer, Ali Nazım. *Türk Genel Sağlık Sigortası*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Sümer, Haluk Hadi. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Teletıp Etiğiyle İlgili Dünya Tabipler Birliği Açıklaması. Erişim Tarihi Temmuz 1, 2022. https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/dtb_teletip.pdf.
- Tuncay, A. Can ve Ekmekçi, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- World Health Organization. "Telemedicine Opportunities and Developments in Member States, Report on the Second Global Survey on eHealth". Erişim Tarihi: Temmuz 5, 2022. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/44497>.
- World Health Organization Western Pacific Region. "Implementing Telemedicine Services During COVID-19: Guiding Principles and Considerations for a Stepwise Approach". Erişim Tarihi: Haziran 20, 2022. <https://www.who.int/publications/i/item/WPR-DSE-2020-032>.
- <https://sbsgm.saglik.gov.tr/TR-77430/dr-e-nabiz-muayeneye-basladi.html>, Erişim Tarihi: Temmuz 03, 2022.

SERMAYE PİYASASI KANUNU KAPSAMINDA İZAHNAMEYE AYKIRILIK NEDENİYLE İPTAL DAVASININ HUKUKİ ÇERÇEVESİ*

Ahmet TOK**

GİRİŞ

Sermaye piyasası hukukunun temel dayanağı olan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun¹ (SerPK/Kanun) 1 inci maddesi çerçevesinde, sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla faaliyet gösteren Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK/Kurul), özellikle yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması hedefi doğrultusunda Kanun ile muhtelif yetkiler tanınmıştır. Kurula tanınan; ihraççıların hukuka aykırı işlemleri ile malvarlığını azaltıcı işlemlerinde iptal davası ve butlan/yokluğun tespiti davası, örtülü kazanç aktarımı halinde örtülü kazancın iadesi davası ikame yetkileri yanında 20.02.2020 tarih ve 7222 sayılı "*Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*"²un 35. maddesi ile yapılan değişiklikle Kurula yeni bir dava açma yetkisi verilmiştir.

Bu meyanda yapılan değişiklik ile SerPK'nın 91'inci maddesinin "*Kanuna aykırı ihraçlarda uygulanacak tedbirler*" olan başlığı, "*Kanuna aykırı ihraçlar ile izahnamede yer alan bilgi ve açıklamalara aykırılık hâlinde uygulanacak tedbirler*" şeklinde değiştirilmiş ve ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere maddeye yeni üçüncü fıkra eklenmiştir. 91'inci maddenin 3. fıkrasında yapılan düzenleme ile; Kurula, ihraçtan elde edilen tutarın izahnameye aykırı olarak kullanılması sonucunu doğurduğu tespit edilen iş ve işlemlerin iptali ve elde edilen nakit ve diğer varlıkların izahnameyi yayımlayan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesi için tespit tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde izahnamenin onay tarihinden itibaren iki yıl içerisinde izahnameye aykırı olarak gerçekleştirilen işlemin iptali için dava açma yetki-

* İşbu makale, 4-5-6 Temmuz 2022 tarihlerinde Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen "Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022"de tebliğ olarak sunulmuştur. İşbu çalışmada dermeyeran edilen görüşler, yazarın şahsi görüşleri olup, mensup olduğu kurumu bağlamaz.

** Dr., Sermaye Piyasası Kurulu, Başuzman Hukukçu, ahmet.tok@spk.gov.tr

¹ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul tarihi: 6.12.2012, RG 30.12.2012/28513.

² 25.2.2020 tarih ve 31050 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

si verilmiştir. İşbu çalışmamızda, Kurula tanınan izahnameye aykırılık nedeniyle iptal davasının hukuki çerçevesi, dava açılması için gereken koşullar, hükme ilişkin tartışmalı hususlar ele alınmaya çalışılmıştır.

I. KONUYA İLİŞKİN TEMEL KAVRAM VE İLKELER

A. İZAHNAME

1. Tanım ve Özellikler

Şirketlerin gerek paylarını halka arz etmeleri gerek sermaye piyasası aracı ihraçlarında, SerPK md. 4³ gereğince temel kamuyu aydınlatma belgesi mahiyetindeki izahnamenin hazırlanması ve hazırlanan izahnamenin Kurulca onaylanması gerekmektedir. İzahname, halka açılmanın temel belgesidir ve bu belge SPK tarafından belirlenen özelliklerde hazırlanır ve imzalanır⁴.

Halka arz, sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışı ifade etmekte olup, bu araçların halka arzlarında tasarruf sahiplerinin bilgilendirilmesi izahnameler (*prospectus*) yoluyla gerçekleştirilmektedir. İzahname kısaca sermaye piyasası araçlarının halka arzında ihraççı, ihraççının finansal durumu, faaliyetleri ve halka arz edilecek sermaye piyasası araçları hakkında bilgilerin yatırım kararlarının verilmesinde yararlanılmak üzere yatırımcıların incelemesine sunulduğu belgedir⁵. Sermaye piyasalarında fon aktarımının doğrudan gerçekleşmesi, diğer bir ifade ile, tasarruf sahiplerinin, piyasada kendilerine sunulan sermaye piyasası araçlarına risk-getiri tercihlerine göre seçerek yatırım yapmak suretiyle fonlarını aktarmaları, tasarruf sahiplerinin tam, doğru ve zamanında bilgilendirilmelerini önemli hale getirmektedir. Bu kapsamda, yatırımcıların korunmasını teminen izahnamede yeterli bilgiye yer verilmesi ve bu bilgilerin gerçeği dürüst bir biçimde yansıtması büyük önem arz etmektedir⁶.

³ SPKn.'nun "İzahname hazırlama yükümlülüğü" başlıklı 4 üncü maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "Sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi veya borsada işlem görebilmesi için izahname hazırlanması ve hazırlanan bu izahnamenin Kurulca onaylanması zorunludur."

⁴ Halka açılacak şirketin izahnamesi ve izahnamede yer alan detaylar, SPK Ortaklıklar Finansmanı Dairesi uzmanları tarafından (genellikle) yerinde yapılan çalışmalar ile detaylı bir şekilde incelenir. Bu süreç, tam bir gözetim çalışmasıdır. Halka açılacak şirketin payları borsada işlem görecektir ise, bu durumda Borsa İstanbul AŞ. (BİST)'nin bir pazarında işlem görme kurallarına uygunluk yönünden Borsa uzmanlarının gözetimine tabi tutulur. Uygulamada, halka açılma aşamasında SPK uzmanları tarafından yapılan çalışmalar yanında paralel incelemeler ile BİST uzmanları tarafından da aynı zamanda ama farklı pencereden çalışmalar yapılır. Ethem Sancak, Payları Borsada İşlem Gören Bankaların Sermaye Piyasası Açısından Gözetimi, (İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği, 2013), 50. SPK ve BİST uzmanları tarafından, halka açılacak şirketin merkezi ile üretim tesislerinde gerçekleştirilen yerinde inceleme çalışmaları, halka açılacak şirketin finansal verileri ile finansal olmayan verilerinin analiz edilmesine yöneliktir.

⁵ İzahname kavramı, izahnamenin işlevleri ve hukuki niteliği konusunda bkz. Gökhan Aydoğan, Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021) 139-144.

⁶ Hale Oruç; Fatma Akgün ve Mustafa Taşdemir, "Sermaye Piyasası Kurulu Tarafından Belirlenen Yeni İzahname Formatlarıyla Getirilen Yenilikler", Sermaye Piyasası Dergisi 1, S.2

SerPK'da izahname; "*İhraççının ve varsa garantörün finansal durum ve performansı ile geleceğe yönelik beklentilerine, faaliyetlerine, ihraç edilecek veya borsada işlem görecektir sermaye piyasası araçlarının özelliklerine ve bunlara bağlı hak ve risklere ilişkin olarak yatırımcıların bilinçli bir değerlendirme yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgileri içeren kamuyu aydınlatma belgesiniifade eder.*" şeklinde tanımlanmaktadır⁷. (md. 3/1-j). ABD Hukuku'nda ise izahname, 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu'nun (*Securities Act of 1933*) Sec.2 (10) hükmünde tanımlanmakta ve "*bir sermaye piyasası aracının satımını teklif etmeye yönelik her türlü duyuru, ilan, sirküler, mektup veya yazılı olarak ya da radyo-televizyon aracılığıyla yapılan her türlü haberleşme*" izahname olarak kabul edilmektedir⁸.

AB mevzuatında ise, sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi veya borsada işlem görebilmeleri için izahname hazırlanmasını öngören ve izahname hazırlama yükümlülüğünün hangi şartlarda doğduğu, izahnameden kaynaklanan sorumluluğun kimlere ait olduğu ve izahnamenin nasıl hazırlanacağına ilişkin temel düzenlemeler 4.11.2003 tarih ve 2003/71/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (Avrupa İzahname Direktifi)⁹ ile hayata geçirilmiştir. 29.4.2004 tarih ve 809/2004 sayılı Avrupa Birliği Komisyonu Düzenlemesi¹⁰ ile de Avrupa İzahname Di-

(2010): 52. İzahname, örneğin payların halka arzında payı ihraç eden şirkete dair her türlü bilgiyi içerir. Burada en kapsamlı niteleme "yatırımcıların bilinçli bir değerlendirme yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgileri içeren kamuyu aydınlatma belgesi" nitelemesidir. Buna göre bir izahname, bir yatırım aracı halka arz yoluyla satışa çıktığında bu araca yatırım yapmayı düşünen olası yatırımcıların o yatırım aracı ile ilgili sağlıklı bir karar vermelerini sağlayacak olumlu ya da olumsuz her türlü bilgiyi içeriyor olmalıdır. Ethem Sancak, Sermaye Piyasası Sözlüğü, (İstanbul: Scala, 2014), 171-172.

⁷ SPK tarafından, SerPK'nın 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 11 inci ve 33 üncü maddelerine istinaden hazırlanan ve 22.6.2013 tarih ve 28685 sayılı RG.'de yayımlanarak yürürlüğe giren II-5.1 sayılı "İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği"nin (İzahname Tebliği) 4/1-i bendinde de izahname aynı şekilde tanımlanmıştır. Mülga 2499 sayılı SerPK md. 6/1 hükmünde, sermaye piyasası araçlarının halka arzında açıklanacak bilgilerin izahnamede yer alacağı belirtilmek suretiyle halka arz işlemlerinde izahname kullanımı zorunlu tutulmuş ancak izahnamenin tanımına yer verilmemişti.

⁸ "The term "prospectus" means any prospectus, notice, circular, advertisement, letter, or communication, written or by radio or television, which offers any security for sale or confirms the sale of any security...." Erişim Tarihi: Temmuz 17, 2022, <https://www.sec.gov/about/laws/sa33.pdf>; İngiliz hukukunda izahnamenin özellikleri, içeriği ve otorite tarafından kabulüne ilişkin düzenlemeler hakkında bkz. Paul L. Davies, Gower and Davies' Principles Of Modern Company Law, (London: Sweet & Maxwell Ltd, 8th edn, 2008), 875-885.

⁹ Prospectus Directive, Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, OJ L345/64 of 31.12.2003. (L345/64 sayılı AB Resmi Gazetesi). Direktif metni için bkz. G.T.M.J. Raaijmakers, European Regulation of Company and Securities Law, (The Netherlands: Ars Aequi Libri, 2005), 387-407.

¹⁰ Commission Regulation (EC) No 809/2004 of 29 April implementing Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council as regards information contained in prospectuses as well as the format, incorporation by reference and publication of such prospectuses and dissemination of advertisements, OJ L149/1 of 30.4.2004 (L149/1 sayılı AB Resmi Gazetesi) 809/2004 sayılı Düzenleme'nin eklerinde yer alan izahname standartla-

rektifi'nin nasıl uygulanacağına ilişkin teknik kurallar belirlenerek eklerinde sermaye piyasası araçları ve ihraççılar bazında izahname standartlarına yer verilmiştir. 2003/71 EC sayılı İzahname Direktifinin 5 inci maddesinde izahname, *“yatırımcılara, ihraççı şirketin varlık ve yükümlülüklerine, finansal durumuna, karlılığına ve halka arz oluncak sermaye piyasası araçlarına bağlı haklara ilişkin olarak sağlıklı bir değerlendirme yapma imkânı sunacak bilgileri içeren ve bu bilgileri kolay analiz edilebilir ve anlaşılır biçimde sunan belge”* olarak tanımlanmaktadır¹¹.

SerPK md. 4/1 ve II-5.1 sayılı *“İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği”* md. 5/1 hükümleri çerçevesinde, sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi veya borsada işlem görebilmesi için izahname hazırlanması elzemdir¹². İzahname çok önemli bir kamuyu aydınlatma belgesi¹³ olduğundan bu belge şekil ve muhteva olarak SPK düzenlemesine tabi tutulmuş ve II-5.1 sayılı *“İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği”* ile izahname ile ilgili hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Nitekim; izahnamenin ne şekilde hazırlanacağı, izahnamede yer alması gereken bilgilere yer verilmemesinin sonuçları, atıfta bulunmak suretiyle izahnameye ne şekilde bilgi dâhil edilebileceği, izahnamede yer alması gereken finansal tablolara ilişkin esaslar, kısaca izahname muhtevası, anılan Tebliğin *“İzahname Hazırlama Esasları”* başlıklı

rı ihtiyaç duyulması halinde AB Komisyonu tarafından güncellenmekte ve Avrupa genelinde yeknesak standartların benimsenmesi tek pasaport uygulamasını etkinleştirmektedir.

- ¹¹ Anılan tanım şu şekildedir: “the prospectus shall contain all information which, according to the particular nature of the issuer and of the securities offered to the public or admitted to trading on a regulated market, is necessary to enable investors to make an informed assessment of the assets and liabilities, financial position, profit and losses, and prospects of the issuer and of any guarantor, and of the rights attaching to such securities. This information shall be presented in an easily analysable and comprehensible form” Raaijmakers, European Regulation of Company and Securities Law, 391-392.
- ¹² Sermaye piyasası araçlarının halka arz edilmeksizin ihraç edilmesi durumunda, izahname yerine ihraç belgesi hazırlanmaktadır. (SerPK md.11/1) *“İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği”* nin konuya ilişkin md. 5/2 hükmü de şu şekildedir: “Sermaye piyasası araçlarının halka arz edilmeksizin ihraç edilmesi durumunda, yurt dışında gerçekleştirilecek ihraçlarda veya bu Tebliğ hükümleri çerçevesinde duyuru metni hazırlanan sermaye piyasası aracı ihraçları hariç olmak üzere ihraççıların izahname hazırlanmaksızın gerçekleştireceği her türlü sermaye piyasası aracı ihraçında ihraç belgesinin hazırlanması ve bu belgenin Kurulca onaylanması zorunludur.”
- ¹³ Sermaye piyasası hukukunda temel kamuyu aydınlatma belgeleri 6362 sayılı SerPK md.32 çerçevesinde şu şekilde sıralanabilir: İzahname, pay alım tekliflerinde hazırlanan bilgi formu, özel durum açıklaması, birleşme ve bölünme işlemlerinde hazırlanacak duyuru metinleri, borsada işlem görme duyurusu, finansal raporlar, Kurulca kamuyu aydınlatma amacı ile düzenlenmesi öngörülen sair kamuyu aydınlatma belgeleri. İzahnamenin Kurul tarafından onaylanması işleminin hukuki niteliği ve sonuçları, temel olarak diğer kamuyu aydınlatma belgeleri açısından da geçerlidir. Örneğin halka açık şirketlerin taraf oldukları birleşme ve bölünme işlemlerinde içeriği Kurulca belirlenerek kamuya açıklanan duyuru metninin hazırlanması ve Kurulca onaylanması zorunludur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, duyuru metninin onaylanması; duyuru metninde, birleşme veya bölünme sözleşmesi ile bölünme planında, birleşme veya bölünme raporunda ve değişim oranlarına dayanak teşkil eden uzman kuruluş görüşünde yer alan bilgilerin doğru olduğunun Kurulca tekeffülü anlamına gelmez. Duyuru metinleri ve Kurulca kamuyu aydınlatma amacı ile düzenlenmesi öngörülen diğer belgeler için 6362 sayılı SerPK'nın 32 nci maddesinde yer alan sorumluluk hükümleri uygulanır.

7 nci maddesi ile takip eden maddelerde açıkça hüküm altına alınmıştır. Öte yandan izahname hazırlanması kuralının istisnaları da vardır ve anılan istisnai durumlar, Tebliğin 6 ncı maddesinde düzenlenmiştir.

İzahnamede yer alacak finansal tablolar ise, İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği'nin 10 ve 11 inci maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan maddelerde, ortaklık hakkı veren sermaye piyasası araçlarına ilişkin hazırlanan izahnamede bağımsız denetimden ve/veya sınırlı incelemeden geçirilmiş son üç yıla ve varsa ilgili ara döneme, yatırım kuruluşu varant ve sertifikaları dâhil olmak üzere ortaklık hakkı vermeyen sermaye piyasası araçlarına ilişkin hazırlanan izahnamede ise bağımsız denetimden ve/veya sınırlı incelemeden geçirilmiş son iki yıla ve varsa ilgili ara döneme ait finansal tabloların yer almasının esas olduğu düzenlemesine yer verilmiş ve halka açık olmayan şirketlerin paylarının ilk defa halka arzında kullanılacak finansal tablolar ile ihraççıların halka arz edecekleri sermaye piyasası araçları için esas alınacak finansal tablolar ayrı ayrı belirtilmiştir.

Temel bir kamuyu aydınlatma belgesi niteliğinde olan izahnamenin muhtevasının doğru olmaması, yanlış, yanıltıcı ve gerçeğe aykırı bilgiler içermesi, izahname konusu sermaye piyasası araçlarına yatırım yapması muhtemel yatırımcıların ters seçim yapmasına yol açabilecektir¹⁴. Zira yatırımcı, izahnamede yer alan bilgi ve açıklamalara bakarak yatırımın taşıdığı riskin derecesini ve kendisine sağlayabileceği karı hesaplayabilme imkânına sahip olmalıdır ki, sağlıklı bir yatırım kararı verebilsin. Bu itibarla, yatırımcıların aldatılmasının önlenmesinde en etkili yöntem, sağlıklı karar vermesini sağlayacak bilgilerle mücehhez bir izahnamenin eline geçmesinin sağlanmasıdır. Şu halde izahname, ihraççı hakkında önem arz edebilecek tüm finansal ve hukuki bilgileri ihtiva etmeli; bir başka deyişle ihraççının dürüst ve objektif bir gözle çizilmiş bir portresini yansıtmalıdır. Ayrıca izahnamede, ihraççının yanı sıra, halka arz edilecek sermaye piyasası araçları ve satış şartları hakkında da yatırımcıların ihtiyaç duyabileceği her türlü bilgiye yer verilmelidir.

¹⁴ İzahnamenin içeriğinde yanlış ve yanıltıcı bilgiler olması, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı (SerPK md. 107/2) kapsamına girebilecek kadar hapis ve adli para cezasına konu olabilmektedir. Sancak, Sermaye Piyasası Sözlüğü, 172. Nitekim SerPK'nın 107/2 maddesinde, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkararak, haber veren veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanların cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, maddede belirtilen özel kastla, sermaye piyasası araçlarının halka arzı amacıyla hazırlanan izahnamede yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgilere yer verilmesi ve bu suretle menfaat elde edilmesi cezai yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca, izahname, ihraç belgesi ve diğer kamuyu aydınlatma belgelerine ilişkin hukuki sorumluluk esaslarının düzenlendiği Kanun'un 10, 11/3 ve 32 inci maddelerinde "yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgi" ifadelerinin bir bütün olarak ele alınarak aynı hukuki sonuçlara bağlanmış olmasına karşın, SerPK'nın 107/2 hükmünde, yalan, yanlış veya yanıltıcı bilginin açıkça maddede zikredilmesine rağmen, eksik bilgi ifadesine madde metninde yer verilmemiştir. Böylelikle, kanun koyucunun, izahnameye ilişkin sorumluluğu düzenlediği diğer maddelerde yer verdiği "eksik bilgi"ye ilişkin ifadeye, suça ilişkin düzenleme getiren 107/2 hükmünde yer vermeyerek, yatırımcıların yanıltılması sonucunu doğurmayan, sadece eksik bilgi verilmesine ilişkin ihmali nitelikteki bir hareketin suç teşkil etmemesini benimsediği söylenebilecektir.

2. Kamunun Aydınlatılması İlkesi ve İzahnamenin SPK Tarafından Onaylanması

Sermaye piyasalarında kamunun aydınlatılması¹⁵, en basit tanımıyla, sermaye piyasası araçlarının değerini ve yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek tüm bilgilerin belirli bir usul ve yöntem çerçevesinde tam olarak ve zamanında hakikate uygun şekilde kamuya duyurulması ve kamunun bilgilendirilmesi olarak tavsif edilebilir. Sermaye piyasası araçlarının halka arzında, modern hukuk düzenlerinde kabul edilen yaklaşım kamuyu aydınlatma sistemi olup, bu sistemde, yetkili kamu otoritesinin ihraç edilen aracın liyakatini değerlendirme ve buna göre izin verip vermeme gibi bir yetkisi bulunmayıp, sadece ihraççı ve ihraç edilen araçla ilgili önemli tüm bilgilerin yatırımcılara eksiksiz olarak ulaşmasını sağlamakla sınırlı bir işlev ve görevi vardır¹⁶. Mülga SerPK döneminde 1992 yılına kadar geçerli olan "izin veya liyakat sistemi" 1992 yılında 3794 sayılı Kanun'la değiştirilmiş ve anılan değişikliklerle "izin" sisteminden vazgeçilerek kamunun aydınlatılmasının sağlanması, ancak yatırımın risk-getiri değerlendirmesinin piyasaya bırakılması ilkesine dayalı "kamuyu aydınlatma" sistemi¹⁷ benimsenmiştir¹⁸.

¹⁵ Genel olarak kamuyu aydınlatma ilkesi, bu ilkenin fonksiyonu ve SerPK'da kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin kanuni düzenlemeler hakkında bkz. Abdullah Arslan, Sermaye Piyasası Hukukunda İçerden Öğrenenlerin Ticareti (Bilgi Suistimali), (İstanbul: On İki Levha, 2021), 26-30.

¹⁶ Kamuyu aydınlatmanın, sermaye piyasasında dürüstlüğü ve güveni sağlamaya yönelik temel araç olduğu evrensel boyutta genel kabul görmektedir. Bunun en çarpıcı kanıtı, değişik ülkelerin sermaye piyasası mevzuatında görülen nisbi farklılıklara karşılık, ortak kamuyu aydınlatma ilkelerine ulaşılmış olmasıdır. Çağlar Manavgat, Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer-Takeover Bid), (Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1997), 73; Kamuyu aydınlatma teorileri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Manavgat, Aleni Pay Alım Teklifi, 74-79. Halka arzda ve ihraçta kamuyu aydınlatmada kamu otoritelerinin işlevlerine ilişkin sistemler (izin, kayda alma ve kamuyu aydınlatma) hakkında bkz. Nevin Meral, Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 143-148.

¹⁷ Liyakat yaklaşımında ilgili kamu kuruluşu yüksek riskli yatırımların piyasaya çıkmasını önleyerek, yatırımcıyı bu tür yatırımlardan uzak tutmaya çalışır. Kamuyu aydınlatma yaklaşımında ise, yatırımcıya yatırımın risk derecesini ölçmesine olanak sağlayacak düzeyde yeterli bilgi verilmesi amaçlanır. Kamuyu aydınlatma yaklaşımı genellikle üç temel işlevi yerine getirmeye çalışmaktadır. Bunlar; koruyuculuk, caydırıcılık ve aydınlatıcılıktır. Cemal Küçüksozen, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açından Değerlendirilmesi, (Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1999) 15; Liyakat sisteminde yetkili otoriteler, riskli yatırımların piyasaya çıkmasını engelleyerek, halka arz başvurusunu bu yönden inceleyip, riskli gördüğü ihraçlara izin vermemektedir. Kamu otoritesi bu sistemde, halka arza izin verirken, ilgili sermaye piyasası aracını çıkaran ortaklık yönünden gereklilik, yeterlilik ve kaynaklar arası denge; yatırımcı yönünden ise verimlilik ve güven ilkelere esas almaktadır. Veliye Yanlı, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, (İstanbul: Beta, 2005), 108-109.

¹⁸ 1992 yılında yapılan değişiklik neticesinde kamuyu aydınlatma sistemi, sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınması şeklinde cereyan etmekte idi. Kayda alma; yatırımcıların sağlıklı bir yatırım kararı vermelerini sağlayacak nitelikte önemli bilgilerin açıklanmasını sağlamak amacıyla yetkili otoritelerin (Kurul) hazırlanacak kamuyu aydınlatma belgesine (izahname) onay süreci ile ihraççı ve ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarının kayda alınması sürecini ifade etmekte idi. Mülga SerPK'nın 4'üncü maddesinin birinci fıkrası hük-

SerPK ile ise, sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınma sistemi kaldırılarak yerine AB mevzuatına paralel bir biçimde, izahnamenin Kurulca onaylanması sistemine geçilmiştir¹⁹. İzahnamenin onaylanması, halka arzın olmazsa olmaz (sine qua non) şartlarından biri olup, söz konusu onay, münhasıran SPK'ya ait olan bir yetkidir²⁰. Bu sistemde artık kritik işlem “izahnamenin onay” olup, bu onay alınmadığı sürece izahnameye istinaden yapılması gereken işlemlerin yapılabilmesi gayri kabildir. Nitekim SPK tarafından izahname onaylanmadığı müddetçe, payların (sermaye piyasası araçlarının) halka arz edilebilmesi ve borsa kotuna alınıp borsada işlem görebilmesi mümkün değildir.

İzahnamenin onaylanması, SerPK md. 6 çerçevesinde, bir izahnamede yer alan bilgilerin kendi içinde tutarlı, anlaşılabilir ve Kurulca belirlenen izahname standartlarına²¹ göre eksiksiz olduğunun SPK tarafından tespiti halinde gerçekleştirilen onay işlemidir. İzahnamenin ayrı belgelerden oluşması halinde, her bir belge ayrıca onaylanır²².

Onay aşaması, izahnamenin standartlara uygun hazırlanıp hazırlanmadığı ve izahnamede zorunlu ve asgari olarak yer alması gereken bilgilerin bulunup bulunmadığının kontrolünü sağlamaya dönük bir kamu denetimi olup, izahname içeriğinde bulunan bilgilerin doğruluğunu araştırma ve teyit etme denetimi değildir. Nitekim, SerPK md. 6'da, izahnamenin onaylanmasının, izahnamede yer alan bilgilerin doğru olduğunun Kurulca tekeffülü anla-

mü uyarınca, ihraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurul'a kaydedilmesi zorunlu idi. Mülga SerPK md. 5/III hükmüne göre ise, açıklamaların yeterli olmadığı ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmayarak halkın istismarına yol açacağı sonucuna varılırsa, gerekçe gösterilerek, başvuru konusu sermaye piyasası aracının Kurul kaydına alınmasından imtina edilebilmekte idi.

¹⁹ Anılan değişikliğin gerekçesinde; yatırımcıların tam, doğru ve zamanında bilgilendirilmelelerinin artan önemi sebebiyle izahnamenin onaylanmasını esas alan bu yaklaşım ile uluslararası finansal piyasalar ile entegrasyonun sağlanması, AB düzenlemelerine uyum sağlanması, piyasanın hızlı gelişimine ayak uydurulabilmesini teminen prosedürlerin hızlandırılması amaçlanmış olup; AB uygulamalarına benzer şekilde izahnamenin gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıtması sorumluluğunun ihraççı ve izahnameyi hazırlayanlarda olduğu hususunun ön plana çıkarıldığı ifade edilmiştir. Gerekçedeki açıklamalar için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 7, 2022 <http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1>

²⁰ İzahname, halka arzın temel bir rüknü olup, sermaye piyasası araçlarının halka arzı için hazırlanması gerekli olan izahnamenin, kamuya açıklanmadan önce Kurul onayından geçmesi gerekmektedir. Gökçen Turan: “Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Sorumluluğun Hukuki Esasları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX, S.1 (2016): 194-195.

²¹ SPK tarafından, 6362 sayılı yeni SPKn. kapsamında; pay halka arzlarında hazırlanacak olan izahname, borçlanma aracı halka arzlarında kullanılacak izahname, halka arz edilmeksizin yapılacak satışlar ile belli bazı durumlarda düzenlenecek ihraç belgeleri, pay satış bilgi formları, izahname muafiyeti kapsamına giren halka arzlarında kullanılacak duyuru metni, birleşme be bölünme işlemlerinde kullanılacak duyuru metni formatları SPK'nın internet sitesine ilan edilmiş olup, işlemin niteliğine göre hazırlanması gereken belgeler, ilan edilen formata uygun olarak hazırlanmak zorundadır.

²² İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği md. 13 çerçevesinde izahname, tek bir belgeden oluşabileceği gibi birden fazla belgeden de müteşekkil olabilir. İzahnamenin, hangi durumlarda birden fazla belgeden oluşması gerektiği Tebliğ'de düzenlenmiştir. Birden fazla belge şeklinde tanzim edilecek olan izahname; ihraççı bilgi dokümanı, sermaye piyasası aracı notu ve özetten oluşmaktadır.

mına gelmeyeceği gibi, söz konusu sermaye piyasası araçlarına ilişkin bir tavsiye olarak da kabul edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır²³. İzahnamenin onaylanmasına ilişkin başvuru, Kurul düzenlemelerine uygun olarak hazırlanmış izahname ve gerekli diğer bilgi ve belgelerin Kurula sunulmasından itibaren on iş günü içinde Kurul tarafından karara bağlanır ve keyfiyet ilgililere bildirilir. İlk halka arzlarda bu süre yirmi iş günüdür. İzahnamenin onaylanmasına ilişkin başvuruda sunulan bilgi ve belgelerin eksik olması veya ek bilgi ve belgeye ihtiyaç duyulması halinde, başvuru tarihinden itibaren on iş günü içinde başvuru sahibi bilgilendirilerek, eksikliklerin Kurulca belirlenecek süre içinde giderilmesi istenir. Bu takdirde, öngörülen süreler, söz konusu eksik veya ek bilgi ve belgelerin Kurula sunulduğu tarihten itibaren işlemeye başlar. Yapılan inceleme neticesinde başvuruların onaylanmaması halinde bu durum gerekçesi belirtilerek ilgisine bildirilir.

Öte yandan, SerPK'nın 10 uncu ve 32 nci maddelerinde de, izahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik beyanlardan dolayı kimlerin ve hangi koşullarda sorumlu tutulacakları düzenlenerek, izahnameden doğan hukuki sorumluluk esasları ayrıntılı olarak hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte SerPK'da, mülga Kanundan farklı olarak, izahnameden doğan cezai sorumluluğa ilişkin olarak mülga Kanun md. 47/C'deki²⁴ gibi özel bir cezai sorumluluk hükmüne yer verilmemiştir. Bu halde, izahnamelerde yer alan yanlış, yanıltıcı, eksik bilgilerden doğan cezai sorumluluk konusunda somut olay bazında, 6362 sayılı Kanun'un ilgili cezai hükümlerinin (md.106, 107/2, 112 gibi) tatbikinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekecektir. Yapılan değerlendirme sonucunda, izahnamede yanlış, yanıltıcı ya da eksik bilgi verilmesi suretiyle, Kanunda düzenlenen suçların herhangi birinin maddi ve manevi unsurlarının tamamlandığının tespiti halinde, sorumlular hakkında ilgili hükümler uyarınca suç duyurusunda bulunulabilecektir.

Yapılacak değerlendirme sonucunda, SerPK'da düzenlenen suçların maddi ve/veya manevi unsurlarının somut olayda bulunmadığının tespit edilmesi halinde ise, izahnamede yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilere yer verilmemesi gerektiği hukuken tereddüt yaratmayacak şekilde düzenlenmiş olduğu dikkate alınarak, SerPK md. 103 uyarınca failler hakkında idari para cezası uygulanması da söz konusu olabilecektir.

3. İzahname Hazırlama Esasları

SerPK'nın 6 ncı maddesinin birinci fıkrası ile İzahname Tebliği'nin 22 nci maddesi uyarınca, izahnamede yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve Kurulca belirlenen standartlara göre eksiksiz olduğunun tespiti hâlinde

²³ Benzer nitelikte bir düzenlemeye İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği md. 22/3'te de yer verilmiştir.

²⁴ Mülga Sermaye Piyasası Kanunu'nun 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında, izahname ve sirkülerde yer alan bilgilerin gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmasından kimlerin sorumlu tutulacağı düzenlenmiş ve aynı Kanun'un 47/C maddesi ile de Kanun'un 7 nci maddesine yönelik ayrıntılı adli para cezası yaptırımına (binikiyüzelli gün) bağlanmıştır.

izahnamenin onaylanmasına karar verilmektedir. Halka arzdaki temel kamuyu aydınlatma belgesi izahname olduğu için, yatırım kararını etkileyebilecek nitelikteki her türlü bilgini tam ve doğru olarak izahnamede yer alması gerekir²⁵.

İzahname Tebliği'nin "*İzahname hazırlama esasları*" başlıklı 7 nci maddesinde izahnamenin ve izahnamede yer alacak bilgilerin, ihraççı, varsa halka arz eden ve ihraca ilişkin olarak mevzuatın öngördüğü ve Kurulca gerekli görülen bilgileri açıklıkla ortaya koyacak ayrıntıda hazırlanması, Kurulca belirlenen standartlara uygun, tam ve güncel olması, yatırımcılar tarafından kolaylıkla analiz edilebilir şekilde hazırlanması gerektiği düzenlenmiştir. İzahname Tebliği'nin "*İhraç ve satışa ilişkin belgelerde yer alması gereken asgari bilgiler*" başlıklı 21 inci maddesi uyarınca izahname ve/veya ihraç ve satışa ilişkin belgelerde asgari olarak hangi bilgilerin yer alması gerektiği, Kurulca hazırlanan standart form ve kılavuzlar ile belirlenmiş ve bunlar Kurul'un internet sitesinde yayımlanmıştır.

İzahname ve ihraç belgesi formatı ve kılavuzunun "*İzahnamenin Hazırlanmasına İlişkin Genel Bilgi*" başlıklı bölümünde de, ihraççının kılavuzda yer alan açıklamaları da dikkate almak suretiyle, yatırımcıların yatırım kararlarını sağlıklı olarak verebilmesi için ilgili bölümlere ilişkin gerekli "tüm bilgilere" izahnamede yer vermeleri gerektiği belirtilmekte ve ilgililerce "*Kanuni yetki ve sorumlulukları dâhilinde ve görevleri çerçevesinde izahname ve ekinde yer alan sorumlu oldukları kısımlarda bulunan bilgilerin ve verilerin gerçeğe uygun olduğu ve izahnamede bu bilgilerin anlamını değiştirecek nitelikte bir eksiklik bulunmaması için her türlü makul özenin gösterilmiş olduğu*" hususlarının beyanı zorunlu tutulmaktadır.

Bununla birlikte İzahname Tebliği'nin 25 inci maddesinin birinci fıkrasında izahnamenin eksik, yanlış veya yanıltıcı olmasından ihraççının sorumlu olduğu ve meydana gelen zararların tahmin edilemeyeceği veya edilmeyeceğinin anlaşılması durumunda halka arz edenler, ihraca aracılık eden lider yetkili kuruluşlar, varsa garantör ve ihraççının yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

SPK tarafından yayınlanan izahname formatlarında²⁶ "*28.1. Halka arza ilişkin ihraççının elde edeceği net gelir ile katlanacağı tahmini toplam ve pay başına maliyet*" başlıklı bölümde, halka arzla ilgili olarak, ihraççının danışmanlık, aracılık, bağımsız denetim, basım, reklam hizmetleri, yasal ücretler ve bunun gibi tüm tahmini maliyetler her bir maliyet unsuru bazında ve toplam olarak TL cinsinden belirtileceği belirtilmiş; "*28.2. Halka arzın gerekçesi ve halka arz gelirlerinin kullanım yerleri*" başlıklı bölümde ise, halka arzın gerekçesinin bu bölümde açıklanacağı, ihraççının halka arzdan sağlayacağı net nakit girişi, halka arz maliyetlerinin düşülmesi suretiyle tespit edilerek halka arzdan sağlanan gelirlerin kullanım yerleri, her bir kullanım yerine

²⁵ Çağlar Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Ortaklıklar ve Halka Arz, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016), 700.

²⁶ "SPK tarafından yayınlanan izahname formatlarına ilişkin duyuru" Erişim Tarihi: Temmuz 17, 2022. <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/12/0/12>

düşen miktar ve öncelik sıralaması ile belirtilmesi, halka arzdan elde edilen net nakit girişinin kullanım yerlerine ilişkin olarak yapılacak açıklamaların genel ifadeler içermemesi ve kullanım yerlerine ilişkin detaylı bilgi verilmesi gerektiği, ayrıca söz konusu açıklamaların, sermaye artırımından elde edilecek fonun hangi amaçlarla kullanılacağına ilişkin olarak VII-128.1 sayılı Tebliğ çerçevesinde hazırlanacak rapordaki bilgilere paralel bir şekilde hazırlanmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.

SPK tarafından yapılan inceleme ve denetimlerin, bu bağlamda konumuz ile ilgili dava ikame yetkisinin kullanılması, izahnamede yer alan bilgilerin hakikate uygun olup olmadığı ile hususen halka arz gelirlerinin izahnamede belirtilen fon kullanım yerlerine harcanıp harcanmadığı konularına yoğunlaştığı söylenebilir.

II. İZAHNAMEYE AYKIRILIK NEDENİYLE İPTAL DAVASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN ANALİZİ

A. HÜKMÜN GEREKÇESİ VE ZARAR KOŞULUNUN ARANIP ARANMADIĞI HUSUSU

7222 sayılı Kanununun SerPK md.91/3 hükmünü getiren 35. maddesinin madde gerekçesinde belirtildiği üzere; *"Madde ile, 6362 sayılı Kanununun 91 inci maddesinde yapılması öngörülen değişiklikle izahname, ihraç belgesine ve diğer kamuyu aydınlatma belgelerine aykırı olarak yapılan işlemlere ilişkin alınacak tedbirler belirlenmekte ve halka açık şirketlerin ve yatırımcıların zararlarının telafi edilmesi veya halka açık şirketten çıkan paranın geri döndürülmesi hususundaki eksikliklerin giderilmesi amaçlanmaktadır."*

Anılan gerekçe değerlendirildiğinde SerPK md.91/3 hükmünde öngörülen tüm tedbirlerin ve iptal davasının düzenlenmesindeki temel amaçların, *"halka açık şirketlerin ve yatırımcıların zararlarının telafi edilmesi veya halka açık şirketten çıkan paranın geri döndürülmesi hususundaki eksikliklerin giderilmesi"* olduğu anlaşılmaktadır. Hüküm ve gerekçesi birlikte analiz edildiğinde, hükmün lafzında her türlü hukuki ve cezai sorumluluk saklı tutulmuş olduğundan ve özellikle izahnameden dolayı bir zarar görülmesi halinde yatırımcıları doğrudan korumaya yönelik olan SerPK md.10 ve 32 hükümlerinin varlığı²⁷ da dikkate alındığında, SerPK md.91/3 hükmünde düzenlenmiş bulunan iptal davasının, yatırımcıların ya da halka açık şirketin uğradığı zarar koşulu aranmaksızın somut olarak şirketten çıkan paranın geri döndürülmesini amaçladığı ifade edilebilir.

SPK tarafından dava açma yetkisinin kullanılabilmesi için halka açık şirket ya da yatırımcı zararının mevcudiyeti koşulunun bulunup bulunmadığı da tartışılabilir. SerPK md.91/3 hükmünün uygulanabilmesi açısından,

²⁷ Gerçekten zarar bir unsur olarak SerPK 10 ve 32. maddeler açısından, yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiler içeren izahname yahut kamuyu aydınlatma belgelerinden zarar görmüş bulunan kişilerce açılacak tazminat davasında söz konusu olacaktır. Aynı zamanda SPK'nın idari tedbir uygulaması ve md.91/3 kapsamındaki iptal ve bedelin iadesi davasını açması bakımından böyle bir şarta gerek de bulunmamaktadır.

izahnameye aykırı davranıldığına tespiti ile işlemin iptal edileceğinin hükmünde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Maddenin lafzı açıktır; ancak madde gerekçesi amaçsal yorum açısından ele alındığında da şirketin ya da yatırımcıların doğrudan zarara uğramış olmaları, bu hükmün uygulanabilmesi için olmazsa olmaz bir şart değildir. Nitekim madde gerekçesinde alternatifleri gösteren "veya" bağlacı da bu hususu teyit etmektedir. Esasen hükmünde de "yatırımcıların zarar görmüş olması" şartı hiç aranmamaktadır. Hükmün lafzı, yatırımcıların zarara uğramasının şart olacağı hukuki ve cezai sorumluluğu ayrıca saklı tutmuştur. Hükmün işbu davanın, "*Kurul, ihraçtan elde edilen tutarın izahnameye aykırı olarak kullanılması sonucunu doğurduğu tespit edilen iş ve işlemlerin iptali ve elde edilen nakit... varlıkların izahnameyi yayımlayan ortaklığa ... iadesi için*" açılacağını açıkça düzenlemekte olup, yatırımcıların zarar görmüş olması şartını aramamaktadır. Bu çerçevede, hükmün lafzi yorumu ve *ratio legis* çerçevesinde şirketin veya yatırımcıların fiilen zarara uğramalarının bir dava şartı olarak öngörülmediği ifade edilebilir.

Öte yandan, SerPKn'nın 92 nci maddesinde zaten halka açık şirketlerin hukuka aykırı işlemleri ile şirketin karını veya malvarlığının azalmasına neden olmaları durumunda, Kurul'a ayrıca, işlemlerin iptali veya yokluğunun/butlanının tespiti davaları açma yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla, SerPKn'nın 92 nci maddesi, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, hatta daha önce 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde dahi söz konusu kanunda yer alan mülga 46/1-c maddesi ile aynı hususta dava açma yetkisi Kurula tanınmış iken, bir kere de izahnameye aykırı davranışlardan dolayı şirketin veya yatırımcıların zarara uğratılması nedeniyle, SerPKn'nın 91/3 maddesi ile Kurul'a dava açma yetkisinin tanınmasına gerek duyulmayacağı açıktır. Kanun koyucunun abesle iştigal etmesi düşünülmemeyeceğine göre, sadece SerPKn'nın 92 nci maddesinin mevcudiyeti dahi, izahnameye aykırılık nedeniyle iptal davasının ikamesi için şirket ya da yatırımcıların zarara uğramaları koşulunun aranmayacağını ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte, izahnamede yer alan taahhütlere aykırı bir şekilde halka arzdan elde edilen fonun izahnamede gösterilenden farklı yerlerde kullanılması Şirket ve yatırımcılar bakımından muhtemel bir risk, yani zarar tehlikesi barındırmaktadır. Kanun koyucu halka arzdan elde edilen fonun, sadece izahnamede belirtilen yer dışında kullanılmasında böyle bir tehlike gördüğü için, ayrıca bir malvarlığı kaybı ya da zararın oluşması, yani fiili, aktüel ve güncel bir zararın hâlihazırda oluşmuş olmasına bakılmaksızın tedbir almayı gerekli görmüştür. Bu husus, madde lafzında geçen "*hukuki ve cezai sorumluluğun*" saklı tutulması ile ihraççıya halka arzdan elde edilen fonun izahnamede belirtilen yerden farklı şekilde kullanılmasının ekonomik veya finansal gerekçelerini sunma imkânının getirilmesinden anlaşılmaktadır.

Gerçekten de maddede ilk olarak hukuki sorumluluğun saklı tutulması suretiyle pay sahiplerinin yapılan işlemin borsa fiyatında meydana getireceği düşme nedeniyle uğrayacakları doğrudan zararları tazmin hakkı saklı tutul-

muş ve böylelikle doğrudan zararlarını tazminat davası ile ihraççıdan istemelerine olanak sağlanmıştır. İkinci olarak ihraççıya, halka arzdan elde edilen fonun izahnamede belirtilen şekilde kullanılmamasının ekonomik ve finansal gerekçelerini sunma yetkisi tanınarak, bu işlemin haklı ve makul sebeplerini ortaya koyma ve bunları ispatlama imkânı tanınmıştır. Madde ile sadece bu işlemlerden doğan zararın giderilmesi amaçlanmış olsaydı, SerPKn'nın 92 nci maddesinde olduğu gibi yapılan işlemin şirketin karını, malvarlığını azaltması ya da izahnameye aykırılık nedeniyle zararın oluşması şartı açık bir biçimde madde lafzında yer alır, ihraççıya ekonomik ve finansal gerekçeleri sunma imkânı getirilmezdi. Kanaatimizce bu düzenleme tarzı açık bir biçimde, halka arzdan elde edilen fonun izahnamede belirtilen şekilde kullanılmamasının doğuracağı riskleri bertaraf etme amacıyla maddenin düzenlenmiş olduğunun delili olarak yorumlanabilecektir.

B. HÜKMÜN (DAVA AÇMA YETKİSİNİN) UYGULANMA KOŞULLARI

SerPK md.91/3'te bahsi geçen dava yetkisinin kullanılabilmesi için;

- i. Kurul tarafından, ihraçtan (halka arzdan) elde edilen tutarın izahnameye aykırı olarak kullanılması sonucunu doğurmuş olan (izahnameye aykırı olarak gerçekleştirilmiş) bir iş ve işlemin tespit edilmiş olması;
- ii. Söz konusu dava ile elde edilen nakit (ve diğer) varlıkların izahnameyi yayımlayan şirkete iadesi için iş ve işlemin iptalinin ve varlıkların iadesinin dava edilmiş olması;
- iii. Bu davanın tespit tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde izahnamenin onay tarihinden itibaren iki yıl içerisinde açılmış olması şartlarının kümülatif olarak birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

1. İzahnameye Aykırı İş ve İşlemin Varlığının Tespiti

SerPK md. 91/3'te yer alan dava açma yetkisinin kullanılabilmesi için ilk olarak Kurul tarafından, ihraçtan (halka arzdan) elde edilen tutarın, izahnameye aykırı olarak kullanılması sonucunu doğurmuş olan (izahnameye aykırı olarak gerçekleştirilmiş) bir iş ve işlemin tespit edilmiş olması gerekmektedir. Bu çerçevede, ihraçtan (halka arzdan) elde edilen tutarın izahnameye aykırı olarak kullanılması sonucunu doğurmuş olan bir işlemin mevcudiyeti, yetki kullanımı için ön koşul olarak tavsif edilebilir.

Maddede geçen "*iş ve işlemler*"²⁸ lafzının, "*İhraççıların hukuka aykırı işlemleri ile sermayeyi veya mal varlığını azaltıcı işlemlerinde uygulanacak ted-*

²⁸ Kanun koyucu, izahnameye aykırı olarak gerçekleştirilmiş "iş ve işlemler"den bahsetmek suretiyle dava açılacak halleri geniş tutmuştur. Bu çerçevede yetkili organ kararı (ör. yönetim kurulu kararı) yanında anılan karara istinaden gerçekleştirilen işlemler ile ilgili olarak da dava ikame yetkisinin bulunduğu söylenebilir.

birler" başlıklı SerPK md. 92/1'de yer alan "*durum ve işlemler*"²⁹ ifadesine benzer şekilde, hem iç ilişkide organ kararlarını hem de dış ilişkide başka taraflarla yapılan her türlü hukuki işlemi kapsar şekilde geniş yorumlanması mümkündür³⁰. Bu çerçevede, şirketin genel kurul ve yönetim kurulunda alınan kararlar, bunun dışında şirketin tek taraflı yaptığı işlemler ya da iki ya da daha fazla tarafla akdettiği sözleşmeler, izahnameye aykırılık koşulunu taşıması halinde, madde kapsamında dava konusu yapılabilecektir.

SPK tarafından işbu hüküm kapsamında dava açma yetkisinin ilk olarak kullandığı olayda, halka açık bir gayrimenkul yatırım ortaklığı (Şirket) tarafından 250.000.000 TL kayıtlı sermaye tavanı içinde, 160.000.000 TL olan çıkarılmış sermayesinin, tamamı nakden olmak üzere 90.000.000 TL artırılarak 250.000.000 TL'ye çıkarılması kapsamında elde edilen fonun, "*Şirket'in finansal borçlarının kısmen geri ödenmesinde ve Şirket'in işletme sermayesi ihtiyacının karşılanmasında kullanılması*" amacıyla kullanılacağı izahname ile kamuya ilan edilmiştir³¹. Kamuya ilan edilen ve kaynağın kullanım amacı olarak gösterilmiş bulunan durumun aksine halka açık şirket tarafından, sermaye artırımından elde edilen kaynak, şirketin ilişkili tarafı olarak tavsif edilebilecek yönetim kurulu başkanı ve başkan vekilinden toplam 54 adet bağımsız bölümün satın alımında kullanılmıştır. Bu şekilde halka açık şirketle yöneticileri arasında yapılmış bulunan gayrimenkul satış işlemleri nedeniyle, izahnamede gösterilen kaynağın kullanım amacı hakkındaki bilgi yanıltıcı ve

²⁹ 4487 sayılı Kanun ile değişik mülga 2499 sayılı SerPK m. 46/1, (c)'de de "kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri" ifadesine yer verilmişti. Anılan hükümde geçen "işlem" lafzının "belirli bir hukuki işlem türü" kastedilerek kullanıldığını gösteren bir veri olmadığı için SPK'nın; Kanuna tabi şirketlerin mevzuata aykırı "her türlü hukuki işlemi" aleyhine dava ikame edebileceği, SerPK'ye tâbi bir anonim şirket tarafından tek taraflı irade beyanı ile yapılacak bir "vakıf kurma işlemi", üçüncü kişilerle akdedilecek bağışlama, satım, kira, eser, vekâlet, karz gibi "sözleşmeler", iki veya daha fazla kişi ile müştereken gerçekleştirilecek bir "yavru ortaklık kurma işlemi"nin, işleme türüne ve içerdiği sakatlığa göre yokluk veya butlanın tespiti ya da iptal davalarına konu olabileceği görüşü için bkz. Müge Tekil, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Kararları Aleyhine İptal Davası Açma Yetkisi-4487 Sayılı Kanun ile SerPK m.46/1, (C)'de Yapılan Değişiklik Üzerine Düşünceler" Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, (İstanbul: Beta, 2002), 776-777.

³⁰ Konunun SerPK md. 92/1 hükmü çerçevesinde analizi için bkz. Gökçen Turan, "SerPK m.92/1 Hükümünde Sermaye Piyasası Kurulu'na Tanınan Yetkilerin Değerlendirilmesine İlişkin Bir Analiz", I. Ticaret Hukuku Kongresi (Şubat/2021) içinde, editörler Mehmet Bahtiyar; Mete Tevetoğlu, Betil Aktaş ve Hakan Tokbaş, (İstanbul: Aristo, 2021), 600-607.

³¹ Şirket tarafından kamuya ilan edilen izahnamenin "28.2 Halka arzın gerekçesi ve halka arz gelirlerinin kullanım yerleri" başlıklı bölümünde, halka arzdan toplam net 89.675.925 TL kaynak elde edilmesinin planlandığı, Şirket'in Ağustos 2018- Nisan 2019 arasında da toplam 113.847.144 TL tutarında banka kredisi geri ödemesinin bulunduğu ifade edilmiş olup, halka arz gelirinin önemli bir bölümünün banka kredisi geri ödemesinde kullanılacağı yönünde bir izlenimi, başta yatırımcılar olmak üzere tüm ilgililerde uyandırmıştır. Ancak halka arzdan elde edilen fonun, izahnamede ifade edildiğinin aksine banka borçlarının ödenmesi yerine büyük ölçüde Şirket'in Yönetim Kurulu Başkanı ile Başkan Vekiline ait gayrimenkullerin Şirket'e alımında kullanıldığı, bu çerçevede somut durumun izahnamedeki açıklama ile örtüşmediği SPK tarafından tespit edilmiştir.

eksik hale gelmiş, bir başka deyişle izahnamede yer alan bilgiye tamamen aykırı bir işlem yapılmış olduğu ortaya çıkmıştır. Kurul tarafından konu ayrıntılı şekilde incelenmiş ve gerçekleştirilen işlemlerin izahnameye aykırılığı tespit edilmiştir. Anılan tespit üzerine SPK tarafından, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 91/3 maddesi uyarınca, izahnameye aykırı olarak gerçekleştirilen 54 adet bağımsız bölüm satışı işleminin iptali ve ödenen bedelin Şirket'e iade edilmesi amacıyla³² dava ikame edilmiştir³³.

İzahnamede yer alan bilgilerin yanıltıcı, yanlış veya eksik olması bakımından; yalan/yanlış ifadesi ile gerçeğe aykırılığı, yanıltıcılık³⁴ ifadesi ile, bilgilerin gerçeklerin doğru ve net bir şekilde anlaşılmasını sağlayacak şekilde yansıtılmamış olmasını³⁵ veya bilginin doğru anlaşılmasını sağlayacak içeriğe yer verilmemesini ve eksiklik ifadesi ile ise bir maddi olgunun ya da bilginin hiçbir şekilde açıklanmamış olmasını veya vakanın belirli yönleri itibarıyla açıklanarak başka yönlerinin gizlenmesi ifade edilmektedir. SPK tarafından ikame edilen örnek davada, halka açık şirket tarafından sermaye artırımından elde edilecek fon gayrimenkul satın alınması yönünde kullanılmasına rağmen izahnamede işletme sermayesinin karşılanmasında kullanılacağı belirtilmiş olması bilginin doğru anlaşılmasını sağlayacak içeriğe yer verilmediğini bu nedenle yanıltıcı olduğunu, Şirket'in fonu finansal borçlarında kullanacağı belirtilmekle birlikte finansal borçlarının bir kısmının karşılanarak fonun geri kalanı ile gayrimenkul satın alınması vakanın belirli yönleri itibarıyla açıklanarak başka yönlerinin gizlendiğini³⁶ ve bu nedenle eksik olduğunu, böylece izahnameye aykırılık teşkil eden iş ve işlemlerin gerçekleştirildiğini göstermektedir.

³² Anılan dava SPK tarafından, yolsuz tescile ilişkin bir tapu iptal ve tescil davası olmayıp, taraflar (halka açık şirket ve yöneticileri) arasındaki gayrimenkullerin satışlarına ilişkin sözleşmenin iptali (hukuki işlemin iptali) ve karşılığında ödenmiş bulunan bedelin halka açık şirket'e iadesini sağlamaya yönelik bir dava olarak tavsif edilmiştir.

³³ Anılan dava, işbu çalışmamızın kaleme alındığı tarih itibarıyla derdest olup, yerel mahkemede yargılama devam etmektedir. Öte yandan, şirket tarafından yapılan özel durum açıklamalarından, çeşitli yatırımcıların da, ayrıca gördüklerini ileri sürdükleri zararlar nedeniyle ilgili kişiler (şirket yöneticileri) hakkında SerPK m.10 ve 32 kapsamında tazminat davaları açtıkları anlaşılmaktadır.

³⁴ Bilginin yanıltıcılığı belirlenirken, nesnel bir yatırımcı tipi esas alınmalıdır. Zira sermaye piyasasında çok farklı eğitim, bilgi, deneyim düzeyinde yatırımcılar işlem yapmaktadır. Deneyim ve eğitim düzeyi yüksek bir yatırımcı için yanıltıcı olmayan bilgi, deneyimsiz veya eğitimsiz bir yatırımcı için yanıltıcı etki yaratabilir. Dolayısıyla ortalama bir yatırımcı tipinin nesnel yatırımcı tipi olarak esas alınması ve değerlendirmenin buna göre yapılması gerekir. Bu bağlamda, piyasa kuralları ve uygulamaları konusunda ortalama bilgiye sahip, piyasada orta büyüklükte bireysel fonlarını kullanarak yatırım yapan yatırımcı, ortalama bir yatırımcı olarak kabul edilmektedir. Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Ortaklıklar ve Halka Arz, 232.

³⁵ Finansal piyasalarda kamuya ilan edilen bilgilerin etkinliği ve ulaşılabilirlik konusunda güçlü hukuk sisteminin ve yeterli yasal düzenlemelerin önemli konusunda bkz. Frederic S. Mishkin, *The Economics of Money, Banking, and Financial Markets*, (United States of America: Pearson International Edition, 7th edn, 2006), 188 vd.

³⁶ Elde edilen kaynağın işletme sermayesinin karşılanmasında ve Şirket'in finansal borçlarının ödenmesinde kullanılacağı yönündeki açıklamanın, ortalama bir yatırımcı tarafından fonun gayrimenkul alımında kullanılacağı şeklinde anlaşılmasının ise makul olmadığı, dolayısıyla bilginin, fonun gayrimenkul alımında kullanılmasıyla birlikte yanıltıcı bir mahiyet kazandığı ifade edilebilir.

2. SPK Tarafından İptal ve İade Talebinde Bulunulması

Hükmün uygulanma koşullarından ikincisi, SPK tarafından, izahnameye aykırılık teşkil eden iş ve işlemlerin tespit edilmesi sonrası iptal ve iade talebinde bulunulmasıdır. SerPK'nın 91/3 maddesinde düzenlenmiş olan davanın, "iptal ve iade davası" olarak tavsifi mümkündür. Bu davanın iptal davası yönü ile 12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 108 inci maddesi³⁷ kapsamında, var olan bir hukuki durumun değiştirilmesini veya kaldırılmasını yahut yeni bir hukuki durumun yaratılmasını mahkemeden isteme imkânı tanıyan inşai (yenilik doğuran) bir dava olduğu³⁸, dolayısıyla bu davanın, iptali talep edilen hukuki işlemin mahiyeti çerçevesinde inşai dava ve eda davası özelliklerini bünyesinde barındıran karma (melez) bir dava niteliği arz ettiği söylenebilir³⁹.

SerPK m.91/3 hükmü, izahnamede yer alan bilgi ve açıklamalara aykırılık halinde uygulanacak tedbirlere ek olarak *sui generis* bir iptal davasını düzenlemiş bulunmaktadır. Hükmün lafzında, "Kurul, ihraçtan elde edilen tutarın izahnameye aykırı olarak kullanılması sonucunu doğurduğu tespit edilen iş ve işlemlerin iptali ve elde edilen nakit ve diğer varlıkların izah nameyi yayımlayan ortaklığa ... iadesi için tespit tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde izahnamenin onay tarihinden itibaren iki yıl içerisinde izahnameye aykırı olarak gerçekleştirilen işlemin iptali için dava açmaya da yetkilidir" şeklinde iptal davasının düzenlenmiş olduğu görülmektedir. SPK'nın, SerPK md.1 hükmünden hareketle, Kanunun temel hedeflerinden biri olan yatırımcının hak ve menfaatlerinin korunması yönünde de görev üstlenmiş bir Kurum olması hasebiyle, SPK'nın görev ve yetkileri, ilgili somut düzenlemelerin de üstünde, SerPK md.1 hükmü kapsamındaki temel amaç ve hedeflere göre şekillenmiş bulunmaktadır. Bu meyanda Kurula, Kanun'da birçok yetki tanınmıştır. SerPK md. 91/3 hükmünün de bu bağlamda, sermaye piyasası kurumlarının hukuka aykırı faaliyet ve işlemlerinde uygulanacak tedbirleri düzenleyen SerPK md.96 hükmünün adeta daha somut ve ileri bir uzantısı olarak tavsif edilmesi mümkündür.

Öte yandan SerPK m.91/3 hükmü, söz konusu olan iptal davası açılması imkân ve yetkisi dışında, başka durumları da düzenleyerek Kurul'a farklı yetkiler de tanımaktadır. Bu çerçevede SerPK m.91/3 hükmü, izahnamede yer alan yatırım-

³⁷ HMK'nın "İnşaf dava" başlıklı Madde 108 hükmünde; "(1) İnşaf dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir. (2) Bir inşaf hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde, inşaf dava açılır. (3) Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşaf hükümler, geçmişe etkili değildir." düzenlemesine yer verilmiştir.

³⁸ Bu düzenleme açısından SerPK m.91/3 hükmünde düzenlenmiş bulunan iptal davası değerlendirildiğinde, mahkemenin vereceği iptal kararının geçmişe etkili olması hususunda ya da iptal kararının etkisi hakkında açık bir düzenleme hükümde yer almadığından, iptal kararının kesinleştiği tarihten itibaren ileriye yönelik (ex nunc) etki doğuracağı söylenebilir.

³⁹ SerPK md.91/3'deki iptal davası, konusu farklı olmakla birlikte 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda (İİK) m.277 vd.'da düzenlenmiş bulunan iptal davasına (tasarrufun iptali davasına) da benzetilebilir. Zira, İİK yönünden iptal davasına konu olan işlemler de, -kural olarak- maddi hukuk bakımından tamamen geçerli olan işlemlerdir. Örneğin, borçlunun tapuda geçerli bir şekilde yaptığı "satış işlemi"nin,iptali için "iptal davası" açılabilir.

caların yatırım kararlarını etkileyecek nitelikteki taahhüt ve açıklamalara aykırı davranılması veya taahhütlerin makul süre içerisinde yerine getirilmemesi ve Kurul'un ilgili düzenlemelerine uygun olarak taahhüt ve açıklamalarda değişiklik yapılmamış olması halinde, her türlü hukuki ve cezai sorumluluğu saklı tutarak, Kurul'a, ilgililerden aykırılıkların Kurul'ca belirlenen bir sürede giderilmesini ya da (Kurul'ca) öngörülen işlemleri yapmasını istemek, Kurul'a belge ve/veya açıklama sunulmadığı takdirde, ihraçtan elde edilen nakit veya diğer varlıkların kullanılmasını engellemek amacıyla kamuyu aydınlatma belgesinde yer alan taahhüt ve açıklamalara aykırı olarak gerçekleştirilen iş ve işlemler için ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemek ya da öngöreceği diğer her türlü tedbiri alma yetkisini tanımıştır. Görüldüğü üzere, Kurul davranış ve taahhütlerin, izahnamede yer alan ve yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyecek nitelikteki taahhüt ve açıklamalara aykırı olup olmaması ile ilgilenecek olup, hükümde bu yeterli görülmüştür. Anılan aykırılığın tespiti halinde SPK tarafından iptal ve iade talebinde bulunulması suretiyle hükmün icrasının ikinci koşulu da gerçekleşmiş olacaktır.

3. Talebin (Davanın) Hükümde Belirtilen Sürede Gerçekleşmesi

SPK tarafından ikame edilebilecek dava için hükümde, tespit tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde izahnamenin onay tarihinden itibaren iki yıllık bir süre öngörülmüştür⁴⁰. Öngörülen süre(ler) hak düşürücü süre olup, bu süre(ler) mahkeme tarafından resen göz önünde bulundurulacak, süreler geçtiği takdirde de (dava açma) hakkı(nı) ortadan kaldıracaktır. Ancak hak düşürücü sürelerle ilişkin düzenleme örneklerinden farklı olarak, Kanunda bu sürenin sanki zaman aşımı süresi imiş gibi iki ayrı süre olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu manada tespit tarihinden itibaren öngörülen üç aylık süre nisbi, izahnamenin onay tarihinden itibaren iki yıllık süre ise mutlak/azami bir nitelik taşımaktadır. Bu durumda hükümde yer alan iki yıllık mutlak/azami sürenin karşısında üç aylık sürenin nisbi kalmakta olduğu da açıktır.

Bu çerçevede, izahnameye aykırı iş ve işlemlerin, üç aylık süre baki kalmak üzere, denetleyici otorite tarafından her halükarda izahnamenin onay tarihinden itibaren iki yıllık azami süre içinde tespit edilmesi ve davanın da mutlak olarak iki yıllık süre içinde ikame edilmesinin elzem olduğu söylenebilir. Anılan hükmün amacı ise, SPK'nın izahnameye aykırılık teşkil eden iş ve işlemleri makul bir süre içinde tespit etmesini sağlamak ve kamusal menfaatin hızlı bir şekilde tecellisini temin etmek şeklinde tavsif edilebilir.

SPK tarafından, hüküm kapsamında iptali talep edilen iş ve işlemlerin, düzenlemede öngörülen hak düşürücü süre(ler) içinde "askıda geçerli"⁴¹ bir işlem olduğu, mahkeme tarafından verilecek iptal kararının ileriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracağı ifade edilebilir.

⁴⁰ "İhraççıların hukuka aykırı işlemleri ile sermayeyi veya mal varlığını azaltıcı işlemlerinde uygulanacak tedbirler" başlıklı SerPK md. 92/1-b hükmünde de, benzer yaklaşımla, anılan durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının Kurulca tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açma konusunda SPK yetkili kılınmıştır.

⁴¹ Askıda geçerlilikte hukuki işlem sakat doğmuş olmakla beraber iptal edilinceye kadar geçerli bir hukuki işlem gibi sonuçlarını doğurmaya devam eder.

SONUÇ

Sermaye piyasası hukukunda temel kamuyu aydınlatma belgesi olarak tavsiye edilebilecek izahnamenin, kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde ihtiva etmesi gereken tüm hususları, özellikle yatırım kararını etkileyebilecek nitelikteki her türlü bilgiyi tam ve doğru olarak ihtiva etmesi, ayrıca mevzuatta öngörülen usul ve esaslara uygun olarak tanzim olunması elzemdir. İzahnamedeki bilgilerin tam ve doğru olmaması ve izahnameye uygun davranılmaması, SerPK'nın 10'uncu ve 32'nci maddeleri uyarınca ilgililerin şirket yatırımcılarına karşı tazminat sorumluluğunu doğurduğu gibi, izahnameye uygun davranılmaması sermaye piyasasının güvenilirliğini, şeffaflığını bozan, yatırımcıların hak ve menfaatlerini ihlal edici nitelikte olduğundan ve 6362 sayılı Kanun uyarınca izahname ve ihraç belgesinin hazırlanması, onaylanması ve kamuya duyurulması ile ilan ve reklamlara ilişkin esasları düzenlemek Kurul'un görev ve yetkisi dâhilinde tanımlandığından, izahnameye aykırılık aynı zamanda idari müeyyideye tabii tutulmuştur. Son olarak SerPK md. 91/3'te yapılan yasal değişiklikle SPK'ya, Kanun ile tanınmış dava açma yetkileri yanında izahnameye aykırılık nedeniyle iptal ve iade davası ikame yetkisi tanınmıştır.

SPK'ya tanınan izahnameye aykırılık nedeniyle iptal ve iade davası açma yetkisinin kullanılabilmesi için; Kurul tarafından, ihraçtan (halka arzdan) elde edilen tutarın izahnameye aykırı olarak kullanılması sonucunu doğurmuş olan bir iş ve işlemin tespit edilmiş olması, söz konusu dava ile elde edilen nakit (ve diğer) varlıkların izahnameyi yayımlayan şirkete iadesi için iş ve işlemin iptalinin ve varlıkların iadesinin dava edilmiş olması, son olarak bu davanın tespit tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde izahnamenin onay tarihinden itibaren iki yıl içerisinde açılmış olması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Anılan hükmün işletilebilmesi için şirket ya da yatırımcıların fiilen zarara uğramış olmalarının gerekli olup olmadığı konusunda, gerek hükmün lafzi yorumu, gerek ratio legisi gerek Kanun'da tanınan diğer dava açma yetkileri bahşeden hükümlerde öngörülen zarar unsurunun mevcudiyeti dikkate alındığında, izahnameye aykırılık nedeniyle SPK tarafından açılacak davada, şirket ya da yatırımcı zararı kriterinin bir dava şartı olarak öngörülmediği ifade edilebilir.

Hükmün yürürlüğe girmesinin üzerinden yaklaşık 2,5 yıllık bir süre geçmiş olup, SPK tarafından anılan hükme çok fazla müracaat edilmediği gözlenmektedir. Bunda, kanunda tanınan diğer dava açma yetkileri yanında hükümde öngörülen kriterlerin somut olaylarda kümülatif olarak birlikte gerçekleşmemesi de gerekçe olarak gösterilebilir. Her halükarda, kamuyu aydınlatmanın en önemli belgesi mahiyetindeki izahnameye aykırılık nedeniyle denetleyici otoriteye tanınan dava yetkisinin, kanunun temel hedeflerinden biri olan yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması amacına hizmet etmesi hasebiyle diğer idari ve cezai yetkiler yanında son derece önemli ve caydırıcı bir fonksiyon icra edeceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Arslan Abdullah, *Sermaye Piyasası Hukukunda İçerden Öğrenenlerin Ticareti (Bilgi Suistimali)*, (İstanbul: On İki Levha, 2021).
- Aydoğın Gökhan. *Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğın Hukuki Sorumluluk*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021).
- Davies Paul L., *Gower and Davies' Principles Of Modern Company Law*, (London: Sweet & Maxwell Ltd, 8th edn, 2008).
- Küçüksözen Cemal, *Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi*, (Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1999).
- Manavgat Çağlar. *Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer-Takeover Bid)*, (Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1997).
- Manavgat Çağlar, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Ortaklıklar ve Halka Arz*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016).
- Meral Nevin. *Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğın Hukuki Sorumluluk*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021).
- Mishkin Frederic S., *The Economics of Money, Banking, and Financial Markets*, (United States of America: Pearson International Edition, 7th edn, 2006).
- Oruç Hale; Akgün Fatma ve Taşdemir Mustafa. "Sermaye Piyasası Kurulu Tarafından Belirlenen Yeni İzahname Formatlarıyla Getirilen Yenilikler", *Sermaye Piyasası Dergisi* 1, S.2 (2010): 52-56.
- Raaijmakers G.T.M.J. *European Regulation of Company and Securities Law*, (The Netherlands: [Ars Aequi Libri](#), 2005).
- Sancak Ethem, *Payları Borsada İşlem Gören Bankaların Sermaye Piyasası Açısından Gözetimi*, (İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği, 2013).
- Sancak Ethem, *Sermaye Piyasası Sözlüğü*, (İstanbul: Scala, 2014).
- Tekil Müge, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Kararları Aleyhine İptal Davası Açma Yetkisi-4487 Sayılı Kanun ile SerPK m.46/1, (C)'de Yapılan Değişiklik Üzerine Düşünceler" Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, (İstanbul: Beta, 2002) 765-793.
- Turan Gökçen. "Türk Hukukunda İzahnameden Doğın Sorumluluğın Hukuki Esasları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XX, S.1 (2016): 191-231.
- Turan Gökçen, "SerPK m.92/1 Hükmünde Sermaye Piyasası Kurulu'na Tanınan Yetkilerin Değerlendirilmesine İlişkin Bir Analiz", I. Ticaret Hukuku Kongresi (Şubat/2021) içinde, editörler Mehmet Bahtiyar; Mete Tevetoğlu, Betil Aktaş ve Hakan Tokbaş, (İstanbul: Aristo, 2021) 583-608.
- Yanlı Veliye. *Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması*, (İstanbul: Beta, 2005).
- <http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1>
- <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/12/0/12>
- <https://www.sec.gov/about/laws/sa33.pdf>

ORMAN ARAZİLERİ ÜZERİNDEKİ MADEN İZİNLERİNE İLİŞKİN İDARE HUKUKU VE ÖZEL HUKUK KAYNAKLI SORUNLAR

*Nilay TULUKCU YILDIZBAŞ**
*Melek BİLGİN YÜCE***

I. ORMAN ARAZİSİNDE MADENCİLİK İZİNİ SÜRECİ

Türk Medeni Kanunu (TMK) m.715 uyarınca kamu taşınmazları kapsamında olan orman arazileri, Türk mevzuatında mülkiyet ve idare bakımından üç çeşit sınıflandırmaya tabidir. Bu kapsamda ormanlar; devlet ormanı, tüzel kişiliğe ait ormanlar ve özel ormanlar olarak ayrılmaktadır¹. Ancak Anayasal hüküm altında tüm ormanların gözetim ve denetim yetkisi devletindir. Bu tebliğde, devlet orman arazileri üzerindeki madencilik faaliyetleri esas alınacaktır.

Devlet orman arazileri üzerinde maden arama ve işletme faaliyetleri 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine göre yürütülmektedir. Maden ruhsatını alan yatırımcı (ruhsat sahibi veya rödovansçı), ilgili faaliyeti orman arazisi üzerinde gerçekleştirmek istemesi halinde bedeli karşılığında Çevre, Orman ve İklim Değişikliği Bakanlığından izin almak durumundadır. Bu süreçte orman idaresi, yatırımcının başvuru dosyasını incelemesinin akabinde arazi üzerindeki teknik inceleme ve değerlendirmelerini yapmakla yükümlüdür. Bunun sonucunda talep uygun görüldüğü takdirde devlet ormanları üzerine isabet eden talebe konu alanlar için orman idaresi tarafından izin raporu düzenlenmektedir. Bu rapor süresince gerekli görüldüğü durumlarda diğer kurum ve kuruluşların görüşü de alınmaktadır. İzinin tebliğ edilmesinden itibaren üç ay içerisinde yatırımcıdan gerekli bedelleri yatırmış olması ve ilgili taahhüt senedinin imzalanması istenir. Aksi durumda saha teslimi gerçekleştirilmez.

Ormanlarda madencilik faaliyetinin yürütülebilmesi sürecinde yukarıda sözü edildiği üzere ayrı ayrı kurum ve kuruluşlarla yürütülen birçok aşama bulunmakta ve bu aşamalara ilişkin gündeme gelen bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Çevreyle uyumlu olarak yürütülmesi gereken bu faaliyetler neticesinde; çevreye verilen zararlarla mutlaka karşılaşmakta ve fakat bu zararların en aza indirgenmesi hedeflenmektedir. Bunun için çevre ve orman hu-

* Araş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa Orman Fakültesi, Çevre ve Orman Hukuku Anabilim Dalı, nilay.tulukcu@iuc.edu.tr

** Doç. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, melek.yuce@ozyegin.edu.tr.

¹ 6831 Sayılı Orman Kanunu Md. 4.

kuku ile bağlantılı mevzuat yol gösterici olmaktadır. Ancak bu süreçte madencilik ve ormancılık şeklinde iki ayrı sektörün bulunması ve çevre mevzuatının çok geniş olmasından kaynaklı olarak bazı durumlarda iç içe geçmiş, bazen de dağınık hukuki düzenlemelerle karşılaşabilmektedir.

Biz bu tebliğde tüm sorunları ele almak amacını taşımamaktayız; sürece bağlı olarak sorunların nereden kaynaklandığını ve bu sorunların temelinde yatan hukuki sorunun hangi alanla bağlantılı olduğunu tespit etmek istemekteyiz. Dolayısıyla çalışmada sürece bağlı olarak idarenin yaptığı işlemler ve kararları, madencilik izin alımı sırasındaki işlemler ve sözleşme aşamasında çıkabilecek olası sorunlar kapsamında sıra ile ele alınacaktır.

A. MADENCİLİK YAPILABİLEN ORMAN SINIFLANDIRMALARI

Madencilik faaliyetlerinin orman alanları dışında konu edildiği diğer arazi sınıflarına değinmeden önce ormanın hukuki ve biyolojik tanımından ve mülkiyet çeşidine göre ormanlardan söz etmek yerinde olur. Bilindiği üzere, teknik ve hukuki açıdan orman tanımı birbirinden farklıdır. Teknik açıdan orman birçok görüşle açıklanmıştır². Ancak bizim de katıldığımız ortak görüş, ormanın yalnızca arazi ve ağaçlardan ibaret bir yaşam birliği olmadığıdır. Ormanın hukuki açıdan kapsamını dikey, yatay ve maddesel kapsam şeklinde ele alan Ayanoğlu, arazi, ağaç, tesis şeklindeki kavramların hukuksal durumlarını ortaya koymaya çalışmıştır³. Buna göre asli unsur orman arazisi, ağaçlar da bütünüleyici parça olarak gösterilebilir⁴. Ormancılık hizmeti için inşa edilen devamlı sabit kalan bina ve tesisler orman mülkiyeti kapsamına girmekte ise de madencilik faaliyetine konu tesis ve altyapı tesislerin orman mülkiyeti kapsamında olduğundan söz edilemez. Buna göre 6831 Sayılı Orman Kanunu'nda geçen tanım, "Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır" şeklindedir.

Anayasal düzenlemeler çerçevesinde korunan ve bu bağlamda gözetim ve denetim yetkisinin devlette olduğu ormanlara ilişkin kullanım ancak bir kanun ile mümkündür. Bir düzenleme olmaksızın ormanların özel hukuk kişileri tarafından kullanılması mümkün değildir.

Uzun yıllar sonrasında oluşan madenlerin yerini seçmek mümkün değildir; ancak mevcut rezervlerin yerlerinin tespiti mümkündür. Bu bağlamda nerede oluşacağını seçemediğimiz madenlerin, genellikle orman alanlarında olduğu görülmektedir⁵. Madencilik yapılabilen ormanlar genellikle devlet

² Bu konuda bkz. Yusuf Güneş, Orman ve Arazi Mülkiyeti Uyuşmazlıkları, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018), 143 vd.; Yusuf Güneş, Orman Hukuku, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019), 35 vd.; Hüseyin Ayaz ve Cantürk Gümüş, "Türkiye'de Orman Mülkiyeti, Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Karadeniz Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, 2, 2 (2016) 212-236.

³ Bu konuda bkz.: Sedat Ayanoğlu, "Ormanların Kamu Malları Arasındaki Yeri, Orman Tanımı ve Kapsamı, Journal of the Faculty of Forestry Istanbul University, 42, 1-2, (1992): 73-94.

⁴ Ayanoğlu, "Ormanların Kamu Malları Arasındaki Yeri, Orman Tanımı ve Kapsamı".

⁵ Taşkın Deniz Yıldız, "Maden İşletme Ömrü Boyunca Ödenen Tüm Orman Bedellerinin Yatırım Tutarına İndirgenmesi", Madencilik Türkiye Dergisi, (2021): 96-111.

ormanlarında olabilmekte ancak maden arama faaliyetleri sahibinden muvafakat alındığı takdirde özel ormanlarda da gerçekleştirilmektedir. Türkiye’de madencilik faaliyetleri devletin gözetiminde yürütülmektedir⁶.

Yukarıda söz edildiği üzere maden yatırımcılarının izin talepleri, ilgili mevzuatın gereklilikleri çerçevesinde sonuçlandırılır. Buna göre; hangi arazi sınıfında izin talebinde bulunulacaksa o arazinin mülkiyet durumuna göre gerekli izinlerin alınması zorunludur. Orman arazileri için izin süreçleri 6831 Sayılı Orman Kanunu’nun 16. Maddesine göre yürütülmektedir. Bunun dışında; tarım toprağı, sit alanı, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanları, mera alanları ve sulak alanlar, özel çevre koruma bölgeleri, milli parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları, muhafaza ormanları, 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu’na göre korunması gerekli alanlar, 1 inci derece askeri yasak bölgeler, 1/5000 ölçekli imar planı onaylanmış alanlar, 1 inci derece sit alanları, 25/6/2010 tarihli ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanunda belirtilen alanlar, korunması gerekli taşınmaz kültür varlıkları, tabiat anıtları, tabiat koruma alanları, tabiat parkları, kent ormanları, gen koruma alanları, tohum meşçere alanları, endemik ve korunması gereken nadir ekosistem alanları, sulak alanlar, su havzaları, mesire alanları, tarihi yapılar, tarihi sit alanları, su ürünleri üreme ve istihsal alanları gibi izne tabi alanlarda izin alınmadan veya ÇED, gayrisihhi müessese izinleri dışındaki izinler olmadan faaliyette bulunulduğunun tespiti halinde madencilik işletme faaliyetleri durdurulur⁷. Türkiye’de madencilik faaliyetlerinin en çok gerçekleştirildiği alanların başında orman alanları gelmektedir. Türkiye orman varlığı 22, 9 milyon hektar ile ülke alanının %29,4 ünü⁸ kapsamaktadır⁹ (OGM, 2020). Yalnızca 2020 yılında Orman Genel Müdürlüğü verilerine göre Türkiye’de 8109 m²’lik ormanlık alanda 2276 adet madencilik izni verildiği bilinmektedir. Ancak 2020 yılına ait Sayıştay düzenlilik ve denetim raporunda ormanlık alanlardaki maden izin sahalarında etkin denetimin yürütülemediği tespit edilmiş ve yapılan inceleme ve bulgularda; seçilen 649 maden izin sahasınının 152’sinde izinsiz yapıların olduğu ve izin amacı dışında kullanımların olduğu anlaşılmıştır.

B. İZİN SÜRECİNDE GÜNDEME GELEN SORUNLAR

Orman arazisinde madencilik faaliyeti sürecinde; idarenin yatırımcıdan alacak tahsili (bedeller), kamunun uğradığı zararın giderilmesi istemi, taah-

⁶ Ali Osman Sezer ve Gökçe Gencay, “Devlet Ormanlarında Verilen Maden İzin Sürecinin İncelenmesi (Eskişehir Orman Bölge Müdürlüğü Örneği)”, Bartın Orman Fakültesi Dergisi, 19.1 (2017): 204-217.

⁷ Resmî Gazete Tarihi: 21.09.2017 Resmî Gazete Sayısı: 30187 Maden Yönetmeliği Md. 104.

⁸ Ağaçsız orman alanları hariç...

⁹ 2020 Yılı Sayıştay Düzenlilik Denetim Raporu, Orman Genel Müdürlüğü (OGM), Erişim Tarihi: Nisan 25, 2022, <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/3706-orman-genel-mudurlugu>.

hütnamedeki çevresel hükümlere uyulmaması halleri, arazi nevinde değişiklik gibi konulara ilişkin sorunlar gündeme gelmektedir. Bu sorunları, idareden kaynaklı ve özel hukuk kaynaklı sorunlar olmak üzere iki aşamada değerlendirmek mümkündür.

Ormanlarda madencilik faaliyet izni süreci idari işlem içermesinden dolayı bu süreçte idareden kaynaklı bazı sorunlar meydana gelebilmektedir. Bunlar genellikle çevreye olan olumsuz etkiler, idari izinlerin çakışmasıyla ilişkili olabilmekte kimi zaman da alacak tahsili, bedellerle ilgili olmaktadır.

Kamuoyunda da geniş yer tutan uyuşmazlıkların konusu genellikle çevresel etkilere yönelik davalar olmaktadır. Orman alanlarında madencilik faaliyetinde bulunmak isteyen yatırımcı öncelikle orman idaresinden arazi kullanım izni talebinde bulunduğu süreçte "*ÇED Belgesi veya ÇED İl Müdürlüğü uygunluk yazısı... "şeklinde kurum görüşü almak durumundadır. İnceleme değerlendirme aşamasında gerekli olan bu görüş orman alanına olacak olası etkiler için önemlidir. Bilindiği üzere, her madencilik faaliyeti sonucunda ekosistem tahribatı kaçınılmazdır¹⁰. Çevresel etki raporlamaları; faaliyetin planlanması sürecinde çevreye olası olumsuz etkileri en aza indirmek için oluşturulmuş olan iyi bir hukuki planlama aracıdır. Dolayısıyla çevresel etki değerlendirme süreci; madencilik ve ormancılık gibi birbirinden farklı dinamikleri içeren sektörleri kapsayan ve koruma-kullanma dengesini sağlayan önemli bir süreçtir. Bu planlama sürecinin iyi yönetebilmesi için multidisipliner çalışmalara ihtiyaç olmakla birlikte¹¹ Türkiye'de sosyal çevreye olan etkileri dâhil eden hukuki düzenlemelerin yeterli olmadığı bilinmektedir. Nitekim planlama sürecinin iyi biçimde yönetilmesi için sürdürülebilirlik odak noktası olmalıdır. Sürdürülebilirlikten söz edebilmek için şu üç kavram ele alınmalıdır; ekonomik kalkınma, çevrenin korunması ve sosyal kalkınma¹². Madencilik olası çevresel etkileri değerlendirilirken temelinde sürdürülebilirliğin çevre, ekonomi ve sosyal boyutu birlikte değerlendirilmelidir¹³. Yargı kararlarına bakıldığında çevresel etki değerlendirme süreçleriyle ilişkili uyuşmazlıklar, bazı yönetsel sorunların olduğuna işaret etmektedir. Örneğin Bingöl'de yapılmak istenen bir maden projesi için verilmiş olan "*Çed Gerekli Değildir*" kararına ilişkin idari işlem, mahkemeye hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir¹⁴. Karara esas bilirkişi raporunda da sözü edildiği üzere çevreye olumsuz etkiler için planlama süre-*

¹⁰ Ahmet Fidan, "Dünyada ve Türkiye'de Madencilik Faaliyetleri, Altın Madenciliğinin Çevresel Açidan Değerlendirilmesi," Kent Akademisi, 9.26, (2016): 26-39.

¹¹ Deniz Özbey, "Açık ocak madenciliği sonrası onarım çalışmalarında peyzaj mimarlarının rolü", Madencilik ve Çevre Sempozyumu, 5.6, (2005): 69-72.

¹² Nuray Karapınar, "Avrupa Birliği'nde Madencilik Politikalarının Gelişimi ve Madencilik Faaliyetlerini Çevreleyen Çevre Mevzuatı", Madencilik ve Çevre Sempozyumu, (Ankara: 2005), 23-29.

¹³ Evren Deniz Yaylacı ve Şebnem Düzgün, "Madencilik Sektörü için Sürdürülebilirlik Kriterleri", Sustainability Criteria for the Mining Sector, (2015).

¹⁴ "Mahkeme Maden Projesi İçin "ÇED Gerekli Değildir Kararını İptal Etti," <https://www.sivilsayfalar.org>, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2022, <https://www.sivilsayfalar.org/2019/03/11/mahkeme-bingoldeki-maden-projesi-icin-ced-gerekli-degildir-kararini-iptal-etti/>

cinde detaylı analizlerin yapılması ve özellikle su kaynakları, flora ve faunayı kapsayan ekosistem tahribatının önüne geçilecek önlemlerin tespiti önem arz etmektedir. Sosyal ve çevresel etkilerin yeterince değerlendirilmediği konusunda kamuoyu gündemini oldukça meşgul eden davalardan biri de Cerattepe davasıdır. Çevre Etki Değerlendirmesi (ÇED) raporunun yürütmesinin durdurulması talep edilen davada alanın orman arazisi olmasının yanı sıra zengin flora yapısı ile kuş göç yolları üzerinde bulunması yerel halk tarafından gerekçe olarak sunulmuştu¹⁵. Taş ocağı projesine ilişkin bir başka kararda ÇED gerekli değildir kararına usulüne uygun duyuru yapılmadığı gerekçesiyle itiraz edilmiştir¹⁶. Bunlarla birlikte orman arazisi izin alım süreçlerinde karşılaşılan bazı diğer sorunlar da mevcuttur. Örneğin Yargıtay'ın alacak istemine dair bir kararında¹⁷; faaliyette bulunulan maden sahası ile ilgili orman idaresine ödemesi gereken arazi izin bedeli, ağaçlandırma gideri ve teminat bedeli gibi bedellerin ödenmediği belirtilerek alacağın tahsilini istenmiştir. Burada davalının ret talebinin gerekçesi, orman alanında bulunan maden sahasının başka maden sahalarına ek oluşturulduğunu ve ilgili mevzuat gereği söz konusu bedellerin bir kereye mahsus ödendiğine ilişkindir. Dikkat edilmelidir ki madencilik faaliyeti için izin verilen alan üzerinden bir defaya mahsus alınan bedel, ağaçlandırma bedeli olarak tanımlanmaktadır. Maden işletme, tesis ve altyapı tesise ilişkin kesin izinlerde ağaçlandırma ve arazi izin bedeli alınır. Ancak aynı ruhsat/üretim izin alanı içinde maden işletme amacıyla izin alanlarının toplamının beş (5) hektara kadar olan kısmı için arazi izin bedeli alınmayacağı hüküm altındadır. Bununla birlikte izin süresinin uzatımı durumlarında teminat ve arazi izin bedelleri güncelleme söz konusu olacaktır. İlgili kararda belirtilen "...başka maden sahalarına ek oluşturulan alan için alınacak bedel..." hususuna, yukarıda sözü edilen durumlar bakımından açıklık getirilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay eksik inceleme olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur. Bu dava konusuyla ilişkili olarak Yargıtay'ın bir başka kararında¹⁸ aynı dairenin bozma ilamına¹⁹ uyulmuş ve mevzuat gereği ağaçlandırma bedeli ve teminat bedeli yalnızca bir kez alınabileceğinden bu taleplerin haksız olduğu kanaatine varılmıştır. Ancak orman arazisinin kullanımı devam ettiği sürece bedel alınması gerektiği kanaatine varılmıştır. Aynı karar neticesinde sonradan eklenen saha için ağaçlandırma bedeli, arazi izin bedeli ve teminat bedelinin tahsili gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur. Bedeller konusunda benzer bir dava da, konunun kamu veya özel hukuku ilgilendirip ilgilendirmediği konusunda çelişkiler bulunmasına ilişkindir. Yargıtay'ın, orman arazisi izin bedelinin tahsisi istemine ilişkin bir kararında²⁰; uyumsuzluğun taraflar arasında kurulan irtifak hakkı tesisi sözleşmesinden kaynaklanmış olduğu sonucuna

¹⁵ "8 soruda Cerattepe davası," www.bbc.com, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-37407143>.

¹⁶ D14. D. E.2014/2688 K.2014/6362

¹⁷ Y4.HD E. 2015/9089 K. 2016/8144 T. 21.6.2016.

¹⁸ Y. 4.HD E. 2018/4704 K. 2019/3286 T. 12.6.2019.

¹⁹ Y. 4. HD. E. 2015/9089 K. 2016/8144 T. 21.6.2016.

²⁰ Y. 13. HD E. 2015/14938 K. 2015/27909 T. 29.9.2015.

varılmış ve kamu hukukundan kaynaklanan ve idari yargıda görülmesi gereken idari bir işlem veya hizmetin söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Burada bedel tahsis isteminin, orman kullanım sözleşmesini ilgilendiren bir husus olmasından dolayı diğer deyişle faaliyet izin oluru alınmasından sonraki süreci kapsadığından dolayı, arazi izin bedeline ilişkin uyuşmazlığın, idare hukukunu ilgilendiren tarafı bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Her ne kadar taraflardan biri idare olsa da, işlemin, sözleşme kurulumundan sonraki aşamaya ait bir işlem olmasından dolayı özel hukuku ilgilendirdiği görülmektedir.

El atmanın önlenmesine ilişkin bir kararda²¹ ruhsat sahası içerisinde faaliyetleri devam ederken bir başka alan için talepte bulunulmuş ancak idareden henüz izin oluru alınmamış olmasına rağmen ilgili alanın bir kısmında izin ihlalinde bulunularak idarece suç zaptı tutulmuştur. Suç zaptı bulunması sebebiyle izin talebinde bulunulan sahaya ilişkin talep işleminin askıya alınmasından dolayı davacı şirket tarafından idarenin el atmasının önlenmesi isteminde bulunulduğu anlaşılmıştır. Ancak dava süreci devam ederken ilgili şirket, uyuşmazlık konusu yerin dâhil olduğu alanı da kapsayan yeni izin talebinde bulunmuş, ilgili bakanlık tarafından yargılama sürecinde davacı şirkete orman arazisi kullanım izni verilmiştir. Yargıtay konuyla ilişkili olarak *"...Davacının, faaliyet izni verilmesini talep ettiği yer hakkında, ilgili bakanlığın bu konudaki kararını beklemeden uyuşmazlık çıkarması ve dava açması, daha sonra izin verilmiş olsa dahi davacının haklı, davalının ise kusurlu olduğunu göstermez..."* şeklinde hükmün bozulması gerektiğine dair kararını bildirmiştir. El atmanın önlenmesi, eski haline getirme ve tazminat istemine ilişkin bir başka kararda²² maden sahasının kullanımına tahsis edilmiş orman arazisine enerji nakil hattı (HES için) geçirilmek suretiyle işgal edildiği ve bu sebepten faaliyette bulunamayıp üretim yapılamadığı ileri sürerek sahaya müdahalenin önlenmesi ve enerji nakil hattının kaldırılarak eski hale getirilmesi hakkında zararın tazmini talep ve dava edilmiştir. Mahkeme, davaya konu sahada demir madeni işletme ruhsatının alındığını, HES projesi için ise idari işleme dayalı bir izin olduğunu belirterek idari yargının görevli olduğu kanısına varılmış diğer deyişle mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir. Yargıtay; şahsi hakka dair el atmanın önlenmesi, eski hale getirme ve maddi tazminat talep edilmesi söz konusu olduğundan olayda idarenin herhangi bir eylem ve işlemi bulunmadığı ve bu bakımdan davanın idari yargıyı ilgilendirir bir yönü olmadığına hükmetmiştir. Dolayısıyla Yargıtay, iki özel kişi arasındaki bu uyuşmazlığın çözümü konusunda adli yargıyı işaret ederek Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yargılamaya devam edilmesine karar vermiştir. Uyuşmazlığın çözüm yerine ilişkin bir başka kararda mermer ocağı işletmesine yönelik rödovans sözleşmesi kapsamında değerlendirilmiştir. Burada rödovansçı şirketin ruhsat sahası ve orman izin alanı dışında faaliyet göstermesi sebebiyle ruhsat sahibi, idari para cezasını kendisi ödediğinden

²¹ Y. 14. HD. E. 2016/13269 K. 2017/1451 T. 27.2.2017.

²² Y.14. HD E. 2018/5507k. 2019/2092 T. 7.3.2019.

ceza tutarının davalıdan (rödovansçıdan) tahsilini istemiştir. Asliye Ticaret Mahkemesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın kira akdinden kaynaklandığı gerekçesiyle, Sulh Hukuk Mahkemesi ise uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesinden kaynaklandığından davanın ticari dava olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Yargıtay davanın, kira akdine dayanan sözleşmeden kaynaklanan tazminat davası olmasından dolayı rödovans sözleşmesinin bir tür kira sözleşmesi olması ve idari para cezası verilen bölümün sözleşme kapsamında olup olmadığının tespiti gerektiğinden, kira ilişkisinden kaynaklandığı anlaşılan uyuşmazlığın sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yargılama yerine ilişkin bedellerin tahsili konusunda bir kararda²³ uyuşmazlığın kira sözleşmesinden kaynaklandığı düşünülerek yine görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesi olduğuna karar verilmiştir. Arazi izin bedelinin tahsili istemine ilişkin bir başka kararda²⁴, taraflar arasındaki uyuşmazlığın kira ilişkisinden kaynaklandığı, yargılama görevinin Sulh Hukuk Mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle verilmiş olan görevsizlik kararı bozulmuştur. Taraflar arasındaki ilişkinin kira ilişkisi olmadığı, özel niteliğine göre uyuşmazlığın çözümünde genel mahkemelerin görevli olduğu belirtilerek "*...Davaya konu alan Devlet ormanı vasfında olduğundan, 6831 Sayılı Orman Kanunu uyarınca izne tabi olup, bu iznin şartları kanun ve yönetmeliklerle düzenlenmiştir...*" şeklinde özel nitelikten söz edilmiştir. Yine başka bir kararda²⁵ zilyetliğin korunmasına yönelik davalarda sulh hukuk mahkemesinin görevli olacağı, ruhsata konu taşınmaz bakımından zilyetlik iddiasında bulunmaları itibarıyla Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğu belirtilerek mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir. Böylece Yargıtay tarafından, mermer işletme ruhsat hakkına dayalı olarak el atmanın önlenmesi istemi davasında Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yargılamaya devam edilmesi gerekirken hatalı nitelikleme olarak davanın zilyetliğin korunması davası olarak nitelendirilip görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir. Başka bir karar da dava açma sıfatına (Aktif husumet ehliyeti) ilişkindir²⁶. Arazi kullanım bedeli dışında ağaçlandırma bedeli, teminat bedeli vb. sayılan bedeller konusunda orman idaresi dava açma sıfatına sahipken devlet hakkından (maden ruhsat payı) verilen izne esas olarak 6831 Sayılı Kanun'un 16 maddesinde söz edilmemektedir. Ancak 3213 Sayılı Maden Kanun'un 14 maddesine göre²⁷; devlet hakkının ruhsat sahibi tarafından hazineye ödenmesi gerektiğinden devlet hakkı talebinin ancak hazine tarafından yapılabileceği gerekçesiyle orman idaresinin bu hakla ilişkili olarak dava açma sıfatına sahip olmadığı sonucuna ulaşılmış ilgili hakkın orman mevzuatında değil maden mevzuatından kaynaklandığına işaret edilmiştir.

²³ Y. 13. HD E. 2018/6883k. 2019/1039 T. 31.1.2019.

²⁴ Y. 4. HD. E. 2018/3964k. 2018/6379 T. 22.10.2018.

²⁵ Y. 8. H.D. E. 2015/21654k. 2018/13600 T. 4.6.2018.

²⁶ Y.4. HD E. 2017/1750 K. 2019/5567 T. 26.11.2019.

²⁷ Bkz: 5177 Sayılı Kanun'la değişiklik öncesi durum.

Görüldüğü üzere devlet orman arazilerinde madencilik yapılabilmesi için OGM (Orman Genel Müdürlüğü) ile yatırımcı arasında bir dizi hukuki işlem gerçekleşmektedir. Diğer ifadeyle devlet orman arazilerinin madencilik faaliyeti için kullanılması amacıyla OGM'nin izin vermesi ile birlikte yatırımcıyla bir orman kullanım sözleşmesinin yapılması söz konusudur.

II. ORMAN KULLANIM SÖZLEŞMESİ

Orman kullanım sözleşmesinin, doğası gereği doğal kaynaklara özel koruyucu hükümleri içermesi, onu diğer sözleşmelerden ayırmaktadır. Bu tür sözleşmelerin doğal kaynak yönetimine yol gösterici olması özelliği sebebiyle önem arz ettiği açıktır. Bu nedenle orman kullanım sözleşmeleri, koruma-kullanma dengesi gözetilerek sürecin yürütülmesi için doğal kaynak yönetiminde anahtar rol oynamaktadır.

Konusu madencilik olan orman kullanım sözleşmesinin içeriğinde olması gereken unsurlar vardır. Bu bağlamda madencilik sözleşmesi akdetmek isteyen taraflar gereken bedellerin ödenmesi, çevreye etkilerin en aza indirilmesi, ekosistem tahribatın önlenmesi için tedbirlerin alınması vb. konularında mutlaka anlaşmalıdır. Bu konular konuşulmadan sözleşme akdedilemeyeceğinden, bu unsurlar madencilik sözleşmesi bakımından kurucu unsur niteliği taşırlar. Bu bağlamda bunlar sözleşmenin objektif esaslı unsurlarıdır. Ancak madencilik faaliyetinin içinde birçok unsur bulunduğu ve faaliyetin kapsamı geniş olduğundan, sözleşme taahhütnamesinde bu unsur dışı da birçok konu gündeme gelmektedir.

İzinli sahanın süreç sonunda eski haline getirilerek teslimi (rehabilitasyon), diğer kanunlar uyarınca orman idaresi dışında başka kurumlardan görüş alınması, ilgili kurum ve kuruluşların muvaffakiyeti, bedellerin yatırılması, ilgili tesis ve alt yapı tesislerin yapımı sürecinde ormana olacak olası zararın değerlendirilmesi ve gerekli tedbirlerin alınması, çed prosedürüne uyulması ve takibi, orman yollarına zarar verilememesi konusunda kullanılacak ekip ekipman ve araçlar konusunda özen yükümlülüğü, ruhsat devrinin söz konusu olduğu durumlarda devir sürecinde sorumlulukların dikkate alınması, pasa döküm alanı ve rehabilite işlemlerinin prosedüre uygun yürütülmesi gibi hususlarda ilgili mevzuatın yol gösterdiği şekilde iş ve işlemler yürütülmelidir. Uygulamada taahhütnamenin içerdiği bu konular dikkate alınmadığı takdirde kanuni yaptırımlara işaret edilmektedir (6831 Sayılı Orman Kanunu). Bunlar yatırımcı tarafından imza altına alındığı takdirde de artık sübjektif esaslı unsur haline geldiklerinden, bunlar üzerinde uyuşma olmaması halinde de sözleşme kurulmaz. Borçlar Kanunu'na göre; sözleşme iki taraflı hukuki işlem olarak düzenlenmekte, iki tarafın karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile birlikte bir tarafın teklifinin diğer tarafın kabul etmesiyle sözleşmenin kurulumu gerçekleşmektedir. Bununla birlikte öneri ve kabulün birleşmesi sözleşmenin kurulması için temel unsurdur. Bir irade beyanının öneri niteliğinde olabilmesi için, sözleşmenin kurucu unsurları ve

bağlanma iradesinin aranması gerekmektedir. Öneri; sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade beyanları arasında zaman bakımından önce yapılandır. Bununla birlikte kural olarak; önerinin tek bir şahsa yönelik olması gerekmemektedir. İrade beyanı yalnızca müzakereye girişmek amacını taşıyorsa bu beyan öneri değil, öneriye davettir. Kabul ise, önerinin yöneltildiği şahıs tarafından yapılan beyandır ve öneri yöneltmediği takdirde yapılan beyan kabul niteliği taşımamaktadır. Bağlanma iradesi ise; herhangi bir dış etkene (kanun hükmü vb.) bağlı olmadan özgür iradeyle önerinin gerçekleşmesidir. Bu durumda ormanlarda gerçekleşen madencilik faaliyetleri konusunda; orman idaresine, özel/tüzel hukuk kişinin kendi isteğiyle izin talebinde bulunmasıyla birlikte bağlanma iradesinin dış etkenlere maruz kalmadan gerçekleşmesi söz konusudur demek mümkündür. Sözleşme taraflarının ehliyetinin olması, kamu düzenine aykırılık içermemesi, hukuka aykırı olmaması gibi hususlar sözleşme kurulduğunda önem arz eder. Buradan hareketle orman kullanım sözleşmelerinin kurulmasının gerçekleşmesi için yatırımcının, orman idaresinden bir talep dilekçesi ile orman alanını kullanmak istediğine dair önerisini sunması, orman idaresinin ise bu öneriye izin oluru vererek ilgili işleme kabul niteliğini kazandırması gündeme gelmektedir. Böylelikle yatırımcı taahhütnameyi imzalayarak, sözleşmenin içeriğinde olması gereken unsurları kabul etmiş olacak ve çevre, ormana yönelik olası olumsuz etkiler konusunda alması gereken tedbirler hakkında bilgi sahibi olacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Konusu madencilik faaliyeti olan orman kullanım sözleşmesinin madencilik faaliyetinin özelliklerine ve bulunduğu orman arazisinin durumuna özel nitelendirilmesi söz konusu olmalıdır. Dolayısıyla nitelendirmenin doğal kaynak yönetimini içermesinden dolayı burada tek tip sözleşmeden söz etmek mümkün değildir. Ayrıca bu sözleşmelerin çevre ile doğrudan bağlantısı olduğu açıktır. Kamu yararını da içermesi sebebiyle koruma-kullanma dengesi, özenle gözetilmesi gereken bir husustur.

Madencilik faaliyetinin orman arazisi üzerinde gerçekleştirilmesi söz konusu olduğundan orman kullanım sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim söz konusu faaliyetin kamu yararı ve çevre ile ilişkisi olması ve emredici hükümlere tabi olmasıyla bu sözleşmelerin doğrudan çevreyi ve ormanı koruyucu nitelik taşıdığını göstermektedir. Aksi takdirde orman arazisi kullanım sözleşmeleri kesin hükümsüz sayılacaktır.

Ayrıca orman idaresi, kamu düzenine ve hukuka aykırı bir idari işlemi geri alabilir veya bu işlemin mahkemece iptali söz konusudur. Bu olası sonuç ise orman idaresinin yetkisinin kamu düzeni ile ilişkili olduğunu ve yetki sınırlarının olduğunu gösterir niteliktedir.

Diğer taraftan idarenin üstün kamu gücünü kullanımı gerek orman kullanım sözleşmesine gerekse kanundan doğan yetkilere dayanmaktadır. Bu durumda orman idaresi ilgili madencilik faaliyetini izleme, denetleme ve el atma yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki taahhünameye aykırı durumlarda ve gerekçelendirilerek kullanılmalıdır. Burada yatırımcı olan tarafın, asli edimlerinin (bedeller) dışında çevre ve ormanı koruyucu tedbirleri alma yükümlülüğünü de en başta gözetmesi gerekir.

Sonuç olarak sorumlulukların yerine getirilmediği durumlarda taahhünameye/sözleşmeye aykırılıklar söz konusu olacak ve idarenin tanıdığı süre içerisinde aykırılıkların giderilmemesi halinde orman idaresi orman kullanım sözleşmesini fesh etme hakkına sahip olabilecektir. Her durumda orman idaresi çevrenin korunması kapsamında üstün kamu yararını gözeterek ve yapacağı işlemi gerekçelendirerek kamu gücü üstünlüğünü kullanma yetkisine sahiptir.

Orman arazisi kullanım sözleşmesinde her iki sektörün de çıkarlarının gözetilerek katılımcılık anlayışıyla bazı temel kriterlere yer verilmesi sürdürülebilir sözleşme bakımından gerekliliktir. Bunun için sürdürülebilirlik kriterleri gözetilerek aşağıdaki konularda mevzuatta değişikliğe gidilmesi önem arz etmektedir. Dolayısıyla tüm tarafların çıkarları doğrultusunda, madencilik faaliyeti konulu orman arazisi kullanım sözleşmelerinde;

- Arazi seçimi konusunda hassas davranılmalı,
- Yöre halkının zorunlu göçünün söz konusu olduğu durumlarda onların çıkarlarını gözetecek biçimde mevzuat düzenlemesine gidilmeli,
- Yaban hayatı yaşam ortamlarına ilişkin olası olumsuz etkilerin değerlendirilmesi konusunda bilimsel rapor ve ölçümlerle yapılabileceği konusunda düzenleme getirilmeli,
- Göç etmeyen yöre halkının ekonomik imkânlarına yönelik çalışmalar dikkate alınmalı,
- Çevresel bilgi ve sosyal bilgiye erişime imkân veren düzenlemeler getirilmeli,
- Faaliyet planlanması sürecinde faaliyete başlama kararında paydaş katılımının destekleyici düzenlemelere yer verilmelidir.
- Vergilendirme ve izin bedellerine ilişkin kurumlar arası eşgüdümün sağlanması ve gelir paylaşımlarının denetimine ilişkin yenilikçi bir yaklaşım getirilmelidir. Ayrıca bu konuda yatırımcı açısından da kolaylık sağlayıcı düzenlemeler yapılmalıdır.
- Korunan alanlarla ilişkili olumsuz etkileri dikkate alan hüküm bulunmalı (Bu konuda, katılımcıların çoğunluğu mevzuatın yeterli ve etkin olduğu konusunda kararsız olmakla birlikte kalan çoğunluğun, mevzuat hükümlerinin yürütülmesi konusunda yetersizliklerin bu-

lunduğu düşüncesinde olmasından dolayı konuya yenilikçi yaklaşım getirilmelidir.

- Hava kirliliğinin önlenmesi için, yasalarda belirlenmiş standartlar çerçevesinde, toz ve kirletici madde sınırlamasını içeren bir hüküm bulunmalıdır. Aynı şekilde toprak kirliliğinin önlenmesi için, yasalarda belirlenmiş standartlar çerçevesinde, atık ve kirletici madde sınırlamasını içeren bir düzenleme getirilmelidir.
- Su kirliliğine ilişkin yasalarda belirlenmiş standartlar çerçevesinde, atık ve kirletici madde sınırlamasını içeren bir hüküm bulunmalı.
- Yaban hayatını etkileyen ve yaşam ortamlarını tehdit edecek faaliyetlere ilişkin kısıtlamalar getiren hüküm bulunmalı,
- Hassas bölge ve endemik türlerin bulunduğu sahalara yakınlık durumunda kısıtlayıcı ve bu konuda gerekli uyarıları içeren hüküm bulunmalıdır.

Yapılacak olan sözleşmelerde maden hukuku sisteminde belirlenmiş olan kriterler dâhilinde maden türüne göre yaptırım uygulaması getirilmelidir. Bu kriterler dikkate alınırken ülke ekonomisine katkısı ve sürdürülebilir kalkınma prensipleri birlikte gözetilmelidir. Ayrıca Çevre Kanunu 28. Madde uyarınca kirleten sorumluluğu kapsamında, zararın tazmini konusunda madencilik faaliyeti sebebiyle çevreyi kirletene verilecek olan cezalar artırılmalı ve bu konudaki hüküm, yapılacak olan sözleşmelerde açıkça yer almalıdır. Diğer taraftan, ÇED raporlarının belirli sürelerde yenilenmesi ve bu sürecin kurumlar arası eşgüdümün sağlanarak mevzuatta belirlenen sürelerde tamamlanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca bu konuda mevzuata, temdit sürecine girecek faaliyetler için “yeniden ÇED” raporu sunulması gibi özel bir düzenleme getirilmelidir. Bunun için yatırımcıdan yılda bir (1) kez revizyona uğrayacak şekilde ekonomik, çevresel ve sosyal performansını gösteren “kurumsal sürdürülebilirlik raporlaması” talep edilmesi konusu da dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Ayanoğlu, Sedat. "Ormanların Kamu Malları Arasındaki Yeri, Orman Tanımı ve Kapsamı, Journal of the Faculty of Forestry Istanbul University, 42, 1-2, (1992): 73-94.
- Ayaz Hüseyin ve Gümüş, Cantürk. "Türkiye'de Orman Mülkiyeti, Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Karadeniz Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, 2, 2 (2016) 212-236.
- "BBC 8 Soruda Cerattepe Davası," www.bbc.com, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-37407143>.
- Fidan, Ahmet. "Dünyada ve Türkiye'de Madencilik Faaliyetleri, Altın Madenciliğinin Çevresel Açından Değerlendirilmesi," Kent Akademisi, 9.26, (2016): 26-39.
- Güneş, Yusuf. *Orman ve Arazi Mülkiyeti Uyuşmazlıkları*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018.
- Güneş, Yusuf. *Orman Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.
- Karapınar, Nuray. "Avrupa Birliği'nde Madencilik Politikalarının Gelişimi ve Madencilik Faaliyetlerini Çevreleyen Çevre Mevzuatı", Madencilik ve Çevre Sempozyumu, (Ankara: 2005), 23-29.
- Özbey, Deniz. "Açık ocak madenciliği sonrası onarım çalışmalarında peyzaj mimarlarının rolü", Madencilik ve Çevre Sempozyumu, 5.6, (2005): 69-72.
- Sayıştay Düzenlilik Denetim Raporu 2020, Orman Genel Müdürlüğü (OGM), Erişim Tarihi: Nisan 25, 2022, <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/3706-orman-genel-mudurlugu>.
- Sezer, Ali Osman ve Gencay Gökçe. "Devlet Ormanlarında Verilen Maden İzin Sürecinin İncelenmesi (Eskişehir Orman Bölge Müdürlüğü Örneği).", *Bartın Orman Fakültesi Dergisi*, 19,1, (2017).
- Sivil Sayfalar Dergisi, "Mahkeme Maden Projesi İçin "ÇED Gerekli Değildir Kararını İptal Etti," sivilsayfalar.org, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2022, <https://www.sivilsayfalar.org/2019/03/11/mahkeme-bingoldeki-maden-projesi-icin-ced-gerekli-degildir-kararini-iptal-etti/>.
- Yaylacı Evren Deniz ve Düzgün Şebnem. "Madencilik Sektörü için Sürdürülebilirlik Kriterleri", Sustainability Criteria for the Mining Sector, (2015).
- Yıldız, Taşkın Deniz. Maden İşletme Ömrü Boyunca Ödenen Tüm Orman Bedellerinin Yatırım Tutarına İndirgenmesi, *Madencilik Türkiye Dergisi*, (2021): 96-111.

TÜRK İŞ HUKUKUNDA İKAME İŞÇİNİN SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

*Gökhan TÜRE**

GİRİŞ

İş hayatı ile aile hayatı arasında dengenin kurulması, istihdamda fırsat eşitliğinin sağlanması ve benzeri amaçlarla¹ 4857 sayılı İş Kanununun 13. maddesine 6663 sayılı Kanunun 21. maddesiyle eklenen beşinci fıkra hükmünde, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere, doğum veya evlat edinme hallerinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışma hakkı tanınmaktadır. Ebeveyn izni olarak da anılan bu hak kapsamında mevzuatta aranan şartların bulunması ve işçinin de kısmi süreli çalışmaya geçmeye yönelik yazılı talepte bulunması halinde işveren açısından bu talebi kabul etme zorunluluğu doğmaktadır.

Tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ebeveyn iznini kullanmaya başlamasıyla beraber, işyerinde işgücü ihtiyacının ortaya çıkması hayli olasıdır. İşyerinde ortaya çıkan işgücü ihtiyacını gidermek üzere işverene, tipik istihdam biçimleri haricinde çeşitli olanaklar tanınmaktadır. Bu anlamda işveren, İş Kanunu m. 7 uyarınca özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurabileceği gibi ikame işçi olarak da adlandırılan ve çalışma koşulları İş Kanunu m. 13/5 ve Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik (KSÇHY) hükümleri çerçevesinde belirlenen işçiyi de istihdam edebilir².

İkame işçi ile kastedilen, ebeveyn iznini kullanmaya başlayan işçinin işyerinde çalışmadığı süreler için ve yalnızca bu işçinin işyerinde gördüğü işleri görmek üzere işe alınan işçidir. Dolayısıyla ikame işçiden söz edilebilmesi için işe yeni alınan işçinin, yalnızca ebeveyn iznini kullanan işçinin işyerinde

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, gokhan.ture@hbv.edu.tr.

¹ Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku, 7. Baskı, (Ankara: LYKEION, 2022), 444; Sarper Süzek, İş Hukuku, 21. Baskı, (İstanbul: Beta, 2021), 891; K. Ahmet Sevimli, 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, (İstanbul: Beta, 2019), 91; Münir Ekonomi, “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, Legal İHSGHD, S. 53 (2017): 23; Esra Baskan, “4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ile Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2 (2016): 90; Hakan Balkan, Bireysel İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, (İstanbul: Beta, 2021), 217.

² Ali Cengiz Köseoğlu, “Türk İş Hukukunda Analık”, İş ve Hayat Dergisi, 2, S. 4 (2016): 120; Baskan, 124.

gördüğü işi görmesi; ayrıca ikame işçinin çalışma süresinin, ebeveyn iznini kullanan işçinin haftalık çalışma süresini, işyerinde uygulanan kanuni ya da akdi çalışma süresine tamamlayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir³. Bu şartların bulunmaması halinde işe yeni alınan işçinin, ikame işçi olarak kabul edilmesi mümkün olmayacağından, sözleşmesinin türü ve çalışma koşulları İş Kanununun genel düzenlemeleri esas alınarak belirlenecektir. Buna karşın işe yeni alınan işçinin, ikame işçi niteliği taşıdığı durumlarda, sözleşmesinin türü ve çalışma koşullarının tespitinin İş Kanununun genel düzenlemelerinden önce İş Kanunu m. 13/5 ve yukarıda zikredilen Yönetmelik hükümleri çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

Anılan hükümlerde ikame işçinin sözleşmesinin türüne ilişkin çeşitli düzenlemeler sevk edilmiştir. Ancak gerek bu düzenlemelerde bazı hususların hiç ele alınmamış olması gerekse muğlak ifadelerin kullanılmış olması, ikame işçinin sözleşmesinin nitelendirilmesi noktasında güçlük yaratmaktadır⁴. Özellikle belirli süreli iş sözleşmesi-belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımı açısından ikame işçinin sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde önemli bir görüş ayrılığı bulunmaktadır. İkame işçinin sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitini amaçlayan bu çalışmayla, doktrindeki bu tartışmalara katkı sunulması amaçlanmıştır.

I. TAM SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ - KISMI SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ AYRIMI AÇISINDAN İKAME İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tam süreli iş sözleşmesi-kısmi süreli iş sözleşmesi ayrımı, işçinin işyerindeki çalışma biçimine dayanan bir ayrımdır⁵. İş Kanunu m. 13 ve İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m. 6 hükmünden hareketle bu ayrımın esası şu şekilde belirtilebilir: işyerinde uygulanan kanuni ya da akdi çalışma süresine göre çalışmayı konu edinen iş sözleşmesi, tam süreli iş sözleşmesiyken; işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmayı konu edinen iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesidir.

Tam süreli iş sözleşmesi-kısmi süreli iş sözleşmesi ayrımı bakımından ikame işçinin sözleşmesinin türünün belirlenmesi, ebeveyn iznini kullanmak isteyen işçinin, haftalık en az kaç saat esasında kısmi çalışmaya geçebileceğinin tespitine bağlıdır. Zira ebeveyn iznini kullanmak isteyen işçinin haftada bir ya da birkaç saat çalışma esasında kısmi çalışmaya geçebileceğinin kabul edilmesi halinde, ikame işçinin iş sözleşmesinin türünün bu ayrım doğrultusunda genel mahiyette belirlenmesi mümkün olmayacak, ayrıca somut olayın koşullarının değerlendirilmesi gerekecektir. Mevzuatta bu hususa ilişkin açık bir düzenleme bulunmaktaysa da, doktrinde farklı görüşler öne sürülmek-

³ Sevimli, 138.

⁴ Nuri Çelik, Nurşen Canıkloğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 34. Baskı, (İstanbul: Beta, 2022), 225; Ekonomi, 50; Balkan, 245-246.

⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 427.

tedir. Dürüstlük kuralından hareketle bir görüş, işçinin, işverenin ifa menfaatinin kalmayacağı kadar kısa bir süre için kısmi süreli çalışmaya geçmeyi talep edemeyeceğini belirtmektedir⁶. Bir diğer görüş, çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkının (yarım çalışma izninin) düzenlendiği KSÇHY m. 6'dan hareketle, ebeveyn iznini kullanmak isteyen işçinin haftalık çalışma süresinin en fazla yarısı oranında kısmi çalışmaya geçebileceğini ifade etmektedir⁷. Son bir görüş ise KSÇHY m. 14/4'te yer alan "*Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde, yerine alınan işçinin iş sözleşmesi yazılı onayı olması koşuluyla fesih tarihinden itibaren belirsiz ve tam süreli sözleşmeye dönüşür.*" hükmünden hareketle, ebeveyn iznini kullanmak isteyen işçinin çalışma süresinin, ikame işçinin sözleşmesinin kısmi süreli iş sözleşmesi sayılmasını engelleyecek ölçüde kısa bir çalışma süresi olamayacağını öne sürmektedir⁸. Bizim de katıldığımız son görüş uyarınca, ikame işçinin sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesi niteliği taşımaktadır.

II. BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ - BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ AYRIMI AÇISINDAN İKAME İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İş sözleşmesinin süresinin esas alındığı belirsiz süreli iş sözleşmesi-belirli süreli iş sözleşmesi ayrımı, iş hukukundaki en temel ayırım olup, bu ayırım iş sözleşmesine uygulanacak kuralların da önemli ölçüde farklılaşmasına neden olmaktadır⁹. İş Kanunu m. 11 uyarınca bir süreye bağlı olarak yapılmayan iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesi; Kanunda belirtilen objektif koşulların ortaya çıkması halinde bir süreye bağlı olarak yapılan iş sözleşmesi ise belirli süreli iş sözleşmesi niteliği taşımaktadır.

İkame işçinin iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi-belirli iş sözleşmesi ayrımı bakımından niteliğine ilişkin olarak doktrinde derin bir görüş ayrılığı mevcuttur. Ancak görüşlerin değerlendirilmesinden önce ikame işçinin iş sözleşmesinin niteliğine ilişkin yasal çerçevenin incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

A. YASAL ÇERÇEVE

Ebeveyn iznine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde ikame işçinin iş sözleşmesinin niteliğine ilişkin çıkarım yapmaya elverişli bazı hükümlerin bulunduğu görülmektedir. Bu hükümler kapsamında öncelikle ebeveyn iznini kullanmaya başlayan işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda ikame işçinin iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini düzenleyen İş Kanunu m. 13/5'e değinilebilir¹⁰. İlgili hükme göre, "*Kısmi süreli çalışmaya*

⁶ Nurşen Caniklioğlu, "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği", *Emeğin Hukuku Kurultayı -2*, (Ankara: TBB, 2017): 115- 151, 131.

⁷ Sevimli, 113.

⁸ Balkan, 227-228; Sevimli, 112.

⁹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 400.

¹⁰ Bu hüküm, KSÇHY m. 14/3'te tekrar edilmektedir.

geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer." Belirsiz süreli iş sözleşmesinin, işçinin ve istisnai durumlarda işverenin ölümü dışında kendiliğinden sona ermesinin mümkün olmadığı, tarafların ya anlaşma (ikale sözleşmesi) ya da fesih bildiriminde bir hukuki işlem yoluyla bu sözleşmeyi sona erdirmesinin gerektiği¹¹ göz önüne alınırsa, ilgili kanun hükmünden, bu sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak düzenlendiği yönünde çıkarım yapılabilir. Yine KSÇHY m. 14/4'te, ebeveyn iznini kullanmakta olan işçinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde¹², yazılı onay vermesi kaydıyla ikame işçinin iş sözleşmesinin fesih tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği düzenlenmektedir ki, bu düzenleme ikame işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi niteliği taşıdığına yönelik yapılan çıkarımı güçlendirmektedir.

İkame işçinin iş sözleşmesinin nitelendirilmesi bakımından, ebeveyn iznine özgü bu düzenlemelerin haricinde, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin İş Kanunu m. 7 hükmü de dikkate alınmalıdır. Zira geçici iş ilişkisi vesilesiyle, geçici işçi çalıştıran işveren, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin işçiyi koruyucu hükümler ile bağlı olmaksızın kanunun izin verdiği süreler ve işçi sayısı ölçüsünde işyerinde ortaya çıkan geçici iş gücü ihtiyacını giderebilmektedir. Dolayısıyla işçilerin istismarını önlemek amacıyla oldukça katı şartlara bağlanmış olan meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulabileceğinin kabul edildiği durumlarda, artık işverenin işyerinde ortaya çıkan geçici iş gücü ihtiyacının giderilmesine ilişkin menfaatinin, işçinin sözleşmenin sona ermesine karşı korunmasına yönelik menfaatinden daha üstün tutulduğu söylenebilir.

İşverene meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurma serbestisinin tanındığı durumlardan birisi de, işyerinde tam süreli çalışan işçinin ebeveyn iznini kullanmak suretiyle kısmi süreli çalışmaya geçmesidir. Nitekim İş Kanunu m. 7/2(a) uyarınca; *"özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, İş Kanunu m. 13/5'te belirtilen hallerde Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devri ile kurulabilir."* İlgili bentte, herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiş olduğundan, tam süreli çalışan işçinin ebeveyn iznini kullandığı sürenin tamamı için meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurulmasında herhangi bir kanuni engel yoktur¹³. Bu bakımdan ikame işçinin sözleşmesi

¹¹ Gülsevil Alpagut, "Hizmet Sözleşmesinin Bozucu Şarta Bağlanması", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, (Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2000): 415.

¹² Söz konusu Yönetmelik hükmünde yalnızca ebeveyn iznini kullanan işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hali düzenlenmiş olsa da, kıyasen bu işçinin ölümü ya da sözleşmeyi feshetmesi hallerinde de, ikame işçinin yazılı onayının da bulunması koşuluyla sözleşmesinin belirsiz ve tam süreli sözleşmeye dönüşeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir (Saim Ocak, "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 37 (2017): 83).

¹³ Süzek, 297; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, 256.

nitelendirilirken, işverenin geçici işçi sağlama sözleşmesi kapsamında meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurabileceği gerçeğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

B. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Yasal çerçeve ortaya konulduktan sonra doktrindeki görüşlerin incelenmesine geçilebilir. Doktrinde ikame işçinin sözleşmesinin niteliğinin belirli süreli iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesi, azami süreli iş sözleşmesi ve bozucu şartla bağlı belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu yönünde farklı görüşler öne sürülmektedir.

İkame işçinin sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi niteliği taşıdığını savunan yazarlar, tarafların gerçekleşmesi kesin olmakla birlikte gerçekleşme tarihi önceden bilinmeyen bir olayı da belirli süreli iş sözleşmesi bakımından vade olarak belirleyebilmesinden hareket etmektedirler. Bu görüşe göre, ikame işçi ile yapılan iş sözleşmesi İş Kanunu m. 11’de düzenlenen “belirli bir olgunun ortaya çıkması” objektif koşuluna bağlı olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmesi niteliğindedir¹⁴.

Doktrinde son dönemde ağırlık kazanan görüş ise, mevzuatta yer alan hükümlerin, ikame işçinin sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu yönünde çıkarım yapılmasına elverişli olmasına rağmen, sözleşmenin ne zaman sona ereceğinin önceden bilinmesi yahut öngörülmesi mümkün olmadığından, taraflar arasında açıkça belirli süreli iş sözleşmesi yapılmadığı sürece sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁵. Benzer yönde bir görüş de, mevzuatın çağırıştırdığının aksine, sözleşmenin ne zaman sona ereceğinin başlangıçta kesin olarak öngörülememesi ve ikame işçinin sözleşmesinin oldukça uzun sürecek olmasından ötürü, sözleşmenin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁶.

İkame işçinin sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunu savunan yazarların dayanak noktasını, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin, çocuğunun mecburi ilköğretim çağının başlamasından önceki herhangi bir tarihte işverene bir ay önceden bildirmesi kaydıyla tam süreli çalışmaya dönmesi halinde de, ikame işçinin sözleşmesinin kendiliğinden sona erecek olması oluşturmaktadır. Ancak bazı görüşler bu olgudan hareketle, ikame işçinin sözleşmesinin niteliğini, azami süreli iş sözleşmesi üzerinden açıklamaktadır. Bu yöndeki bir görüşe göre, ikame işçinin, ebeveyn izninin kullanılacağı süre boyunca istihdam edilecek olması, ancak ebeveyn iznini kullanan işçinin çocuğunun mecburi ilköğretim çağının başlamasından önce tam süreli çalışmaya dönmesi halinde ikame işçinin sözleşmesinin sona erecek olması, taraf-

¹⁴ Köseoğlu, 120; Ekonomi, 55.

¹⁵ Caniklioğlu, 136-137; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, 231; Süzek, 898; Baskan, 125-126.

¹⁶ Ocak, 80-81.

ların azami bir süre içerisinde her zaman sözleşmeyi süreli fesih yoluyla sona erdirmeye yetkisini saklı tutmaları anlamına gelir ki, bu durumda sözleşmenin azami süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir¹⁷. Benzer yönde bir görüş de en uygun ve en adil çözümün, ikame işçinin sözleşmesinin, çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başının azami süre olarak belirlendiği bir azami süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi olduğunu, böylece sözleşmenin kurulması ile azami sürenin dolmasıyla sona ermesine ilişkin sonuçların belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümlere, sözleşmenin azami süre içerisinde sona ermesine ilişkin sonuçların ise belirsiz süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi olacağını savunmaktadır¹⁸. Azami süreli iş sözleşmesinden hareket eden son bir görüş ise, oldukça uzun sayılabilecek bir süre içerisinde ebeveyn iznini kullanan işçinin herhangi bir zamanda işe dönmesinin mümkün olması karşısında, ikame işçinin, sözleşmesinin sona erme tarihini bildiğinin veya öngörebildiğinin söylenemeyeceğini, bu bakımdan belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecek bu sözleşme bakımından azami süreli iş sözleşmesi ihtimalinin düşünülebileceğini, ancak Türk hukukunda azami süreli iş sözleşmesi belirsiz süreli iş sözleşmesi hükümlerine tabi olduğundan, ikame işçinin sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁹.

Ayrıca doktrinde, ikame işçinin sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açan olgu olarak ebeveyn iznini kullanan işçinin herhangi bir zamanda işe dönmesinin mümkün olmasını, bozucu şart olarak değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır. Ancak bu görüşe göre, ebeveyn iznini kullanan işçinin tam süreli çalışmaya dönmesinin bozucu şart niteliği taşıması, ikame işçinin sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir²⁰.

C. DEĞERLENDİRME

Doktrinde görüş birliği bulunduğu üzere, ikame işçinin sözleşmenin niteliğine ilişkin mevzuatta yer alan hükümler incelendiğinde muğlak ifadeler kullanılmış olmasına rağmen kanun koyucunun bu sözleşmeyi belirli süreli iş sözleşmesi olarak düzenlemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen kanun koyucunun muradından farklı olarak, doktrindeki görüşlerin önemli bir kısmını, ikame işçinin sözleşmesini belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirmeye iten sebep, ebeveyn iznini kullanan işçinin herhangi bir zamanda tam süreli çalışmaya dönmesi ihtimalinin bulunması karşısında, ikame işçinin sözleşmesinin sona ereceği tarihin önceden bilindiğinin ya da öngörebildiğinin söylenememesidir.

¹⁷ Sedef Koç, "İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, (İstanbul: Onikilevha, 2016): 206-207.

¹⁸ Balkan, 246-247.

¹⁹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 450-451.

²⁰ Süzek, 898; Sevimli, 142.

Önemle ifade etmek gerekir ki ikame işçinin sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açan olgu olarak ebeveyn iznini kullanan işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması, iki ihtimalde gerçekleşebilmektedir. Bunlardan ilki, ebeveyn izninin kullanılmasının sebebi olan çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başının gelmesidir. Bu takdirde ebeveyn iznini kullanan işçinin tam süreli çalışmaya dönmesi kanun gereği zorunludur, zira sözleşme kanun gereği kendiliğinden tam süreli iş sözleşmesine dönüşmektedir. İkinci ihtimal ise ebeveyn iznini kullanmakta olan işçinin, çocuğunun mecburi ilköğretim çağının başlamasından önceki herhangi bir tarihte, işverene bir ay önceden bildirmek kaydıyla tam süreli çalışmaya dönmesidir. Her iki ihtimal de aynı vakiadan kaynaklanmasına rağmen, ikinci ihtimalin gerçekleşmesi zorunlu olmayıp, tamamen ebeveyn iznini kullanan işçinin iradesine bağlıdır. Dolayısıyla bu iki ihtimalin birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi ve ikame işçinin sözleşmesinin niteliğine etkisinin tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak bunun öncesinde sözleşmenin nitelendirilebilmesi için önemli olan iki kavramın incelenmesinde fayda bulunmaktadır: vade ve şart. Diğer yandan bu iki kavramdan hareketle bir çözüme ulaşılamaması halinde hüküm ve sonuçları bakımından ebeveyn iznini kullanan işçinin sözleşmesi ile ikame işçinin sözleşmesi arasında bağlantı kurulmuş olmasından ötürü bileşik sözleşme kurumu çerçevesinde bir tartışmanın da yapılması gerekmektedir.

1. Vade ve Şart Kavramları

Bir kavram olarak vade ile kastedilen, tarafların bir sözleşmenin sonuçlarını doğurmasını ya da ortadan kalkmasını belirli bir süreye ya da ileride gerçekleşmesi kesin ve belirli bir olaya bağlamasıdır²¹. Tanımından da anlaşılacağı üzere vadeden söz edilebilmesi için sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının muhakkak takvim birimi esas alınarak belirlenmiş bir süreye bağlanması zorunlu değildir; tarafların ileride gerçekleşmesi kesin ve belirli bir olayı esas almaları halinde de vadeden söz edilebilir²². Öte yandan ileride gerçekleşmesi kesin ve belirli olan olayın vade olarak kabul edilebilmesi için, tam olarak hangi tarihte gerçekleşeceğinin bilinmesi de gerekmemektedir; olayın gerçekleşeceği anın öngörülebilir olması yeterlidir²³.

Vade kavramı ile şart kavramı, bilhassa bozucu şart yönünden benzerlikler taşımalarına rağmen²⁴, vadenin taşıdığı kesinliğe karşılık, şart kavramı, içerisinde bir belirsizlik barındırır²⁵. Nitekim tarafların bir sözleşmenin so-

²¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, (Ankara: Yetkin, 2017), 1189; Matt Isabel, Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht, (Zürich: Schultess, 2014), 28.

²² Eren, s. 1189; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, 402.

²³ Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, 402; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, (İstanbul: Vedat, 2012), 119-120.

²⁴ Alpagut, 413.

²⁵ Eugen Bucher, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, (Zürich: Schultess, 1988), 508-509; Isabel, 29; Eren, 1189; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, (Ankara: Turhan 2018), 963.

nuçlarını doğurmasını ya da ortadan kalkmasını gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olaya bağlamaları halinde, bir şart mevcuttur²⁶. Kararlaştırılan şartın, sözleşmenin sonuçlarını doğurmasını geciktirici bir etki gösterdiği durumlarda geciktirici şarttan; sonuçlarını doğuran bir sözleşmenin ortadan kalkması yönünde etki gösterdiği durumlarda ise bozucu şarttan söz edilmektedir²⁷.

İş sözleşmesi özelinde vade ve şart kavramı ağırlıklı olarak sözleşmenin sona ermesi açısından tartışma konusu olmaktadır. Vade bakımından tartışmalı olan husus, tarafların iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından bir vade öngörmek suretiyle belirli süreli iş sözleşmesi ya da azami süreli iş sözleşmesi kurmalarının mümkün olup olmadığını noktasında toplanmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki doktrinde bizim de katıldığımız görüş uyarınca²⁸, işçiyi belirsiz süreli iş sözleşmesiyle belirli süreli iş sözleşmesinin yalnızca dezavantajlı hükümlerine tabi kılan azami süreli süreli iş sözleşmesinin, kanunda açıkça kurulmasına imkân veren bir düzenleme bulunmadığı müddetçe Türk hukukunda kurulması mümkün değildir. Gerçekten de azami süreli iş sözleşmesi, işçiyi bir yandan sözleşmenin her an feshedilebilmesi riski ile karşı karşıya bırakmakta, diğer yandan azami sürenin gelmesiyle sözleşmenin kendiliğinden sona ermesinden ötürü işçinin feshe bağlı hak ve alacaklardan mahrum kalmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça azami süreli iş sözleşmeleri, belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğindedir.

Azami süreli iş sözleşmesine karşılık İş Kanunu m. 11’de aranan objektif nedenlerin bulunduğu bir durumda, işveren ile işçi, iş sözleşmesinin sona ereceği bir vade öngörerek, belirli süreli iş sözleşmesi kurabilirler. Vadenin tanımı doğrultusunda, tarafların belirli süreli iş sözleşmesinde vade kararlaştırırken; gün, hafta, ay veya yıl gibi bir takvim birimini esas almaları kadar gerçekleşmesi kesin ve belirli bir olayı da esas almaları mümkündür²⁹. Zira mevzuatta belirli süreli iş sözleşmesinin kurulabilmesi için mutlaka bir tarih veya sürenin belirlenmiş olması aranmamaktadır. Hatta İş Kanunu m. 11/1’de sayılan “belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması” halleri, bir tarih veya süreye değil, gerçekleşmesi kesin ve belirli bir olaya işaret etmektedir ki bu olay, işçinin işyerinde göreceği işin amacını teşkil etmektedir³⁰. Dolayısıyla objektif nedenlerin varlığında ister bir süre isterse işin amacı vade olarak belirlensin, sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu noktasında bir tereddüt oluşmaktadır. Ancak elbette işin amacının esas alındığı sözleşmelerde, bir vadenin

²⁶ Eren, s. 1185; Isabel, s. 28; Roth Pellanda Katja, “Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183”, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht, 3. Auflage, (Zürich: Schultess, 2016), Art. 151, N. 1; Wuffli Daniel, “OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht”, OFK – Orell Füssli Kommentar, 3. Auflage, (Zürich: Orell Füssli, 2016), Art. 151, N. 1.

²⁷ Katja, Art. 151, N. 15; Eren, 1195-1196; Kılıçoğlu, 967-968.

²⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 455.

²⁹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, 112.

³⁰ Alpagut, 414; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 403; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, 198; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 117.

kararlaştırıldığından söz edilebilmesi için sözleşmenin sona ereceği anın objektif olarak öngörülebilir olmasının gerektiği unutulmamalıdır³¹. Bir kere sözleşmenin sona ereceği anın objektif olarak öngörülebilir olduğu tespit edildiğinde, artık işin uzun sürecek olması, sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesini engellemektedir.

Şarta ilişkin olarak belirtilmesi gerekir ki işçiye tanınan feshe bağlı hak ve alacaklardan ötürü iş sözleşmesinin bozucu şarta bağlanması kural olarak mümkün değildir. Bu bakımdan iş sözleşmesinde bozucu şart kararlaştırılmış olsa dahi sözleşme, belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğini korur. Ancak istisnai olarak bozucu şartın işçinin menfaatlerine hizmet ettiği ve feshe karşı koruyucu hükümlerin dolandırılması amacı taşımadığı durumlarda iş sözleşmesinde bozucu şart kararlaştırılabilir³².

2. Vade ve Şart Kavramlarının İkame İşçinin Sözleşmesi Özelinde Değerlendirilmesi

İkame işçinin iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açan olgu olarak, ebeveyn iznini kullanan işçinin tam süreli çalışmaya geçmesinin iki ihtimalde gerçekleşeceğine yukarıda değinilmiştir.

İlk ihtimal olarak, ebeveyn iznini kullanan işçinin çocuğunun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başının gelmesi, kendi içerisinde objektif olarak öngörülebilir ve bilinebilir belirli bir tarihi içermektedir. Zira mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihe ilişkin hükümler içeren 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliğinden hareketle ebeveyn izninin sebebi olan çocuğun hangi tarihte okula başlayacağı ve böylece ikame işçinin iş sözleşmesinin ne zaman kendiliğinden sona ereceği bilinebilmektedir. Gerçekten de ilgili mevzuat çerçevesinde kural olarak eylül ayı sonu itibarıyla 69 ayını dolduran çocukların okul kayıtları yapılmaktadır. Ancak istisnai olarak 66, 67 ve 68 ayını dolduran çocukların kaydı velisinin talebiyle yapılırken; 69, 70 ve 71 ayı dolduran çocukların kaydı, velisinin talebiyle bir yıl ertelenebilmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki 66 ila 71 ayını dolduran çocuklar açısından mecburi ilköğretim çağının tam olarak hangi tarihte başlayacağını kesin olarak söylenmesi mümkün olmasa da, bu durum belirli süreli iş sözleşmesi kurulması açısından bir problem yaratmamaktadır. Nitekim daimi işçinin hastalanması, hamileliği gibi belli bir olgunun ortaya çıkması kapsamında değerlendirilebilen durumlarda da daimi işçinin ne zaman işe döneceği kesin olarak söylenemese de, belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması bakımından bu işçilerin işe dönüşlerinin vade olarak belirlenebileceği kabul edilmektedir³³.

İkinci ihtimal olan ebeveyn iznini kullanan işçinin, çocuğunun mecburi ilköğretim çağının başlamasından önceki herhangi bir tarihte, işverene bir ay

³¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 403; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 119.

³² Detaylı bilgi için bkz. Alpagut, 419 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 402-403.

³³ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 404.

önceden bildirmek kaydıyla tam süreli çalışmaya dönmesi olgusunun gerçekleşmesi ilk ihtimalden farklı olarak objektif açıdan kesin olmayıp, ikame işçinin iş sözleşmesi bakımından üçüncü kişi konumundaki ebeveyn iznini kullanan işçinin inisiyatifine bırakılmış durumdadır. Bu nedenle ikinci ihtimalin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin, gerçekleşecekse de bunun ne zaman olacağını söylemesi mümkün değildir. Bu bakımdan bunun bir vade olarak değerlendirilmesi söz konusu olmayıp, doktrinde bazı yazarlarca dikkat çekildiği üzere bu ihtimal, bozucu şartı andırmaktadır. Ancak önemle belirtilmelidir ki, bir şarttan söz edilebilmesi için bunun mutlaka taraf iradelerinin ürünü olması, başka bir deyişle ilgili şart hususunda tarafların anlaşması gerekmektedir³⁴. Oysa burada şart olarak değerlendirilen olgu doğrudan doğruya kanun koyucunun iradesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle burada gerçek anlamda şart kavramı değil, hukuki şart (Rechtsbedingung/condicio juris) kavramı değerlendirilmelidir. Zira iradi şartın tarafların iradelerinden kaynaklanmasına karşılık hukuki şart, her zaman, bir kanun hükmünden kaynaklanır³⁵.

Hukuki şarta ilişkin olarak Türk-İsviçre hukukunda kanuni bir tanım bulunmamasına ve mahkemeler bu kavramı tanımlama konusunda çekimser davranmasına rağmen³⁶, doktrinde farklı tanımların yapıldığı görülmektedir³⁷. Detaylı olan bir tanıma göre hukuki şart ile kastedilen; kanuni düzenlemeler gereği bir sözleşmenin veya diğer bir hukuki işlemin meydana gelmesi, hukuki sonuçlarını doğurması veya geçerli olması için tarafların irade beyanlarına eklenmesi gereken olgulardır³⁸. Hukuki şartlar da aynen gerçek anlamda şartlar gibi geciktirici ya da bozucu şart niteliği taşıyabilir³⁹. Sözgelimi yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu sözleşme bakımından temsil olunanın onamı, geciktirici şart niteliği taşımakta ve temsil olunan bu sözleşmeyi onaylayana kadar sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır. Buna karşılık irade sakatlıkları neticesinde kurulan bir sözleşmede, iradesi sakatlanan tarafın iptal hakkını kullanması bozucu şart niteliği taşımakta ve iradesi sakatlanan taraf iptal hakkını kullanana kadar sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır.

Hukuki şarta ilişkin bu açıklamalar ışığında, ebeveyn iznini kullanan işçinin, mecburi ilköğretim çağının başlamasından önceki bir tarihte tam süreli çalışmaya dönmesi, bozucu hukuki şarta oldukça benzemektedir. Bununla beraber hukuki şartın yalnızca sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut olduğu kabul edilen bir hukuki kurum olmasından⁴⁰ ötürü geçerli bir sözleşmenin sona ermesine yol açan bu olgunun bir hukuki şart olarak da kabul edilmesi mümkün değildir.

³⁴ Bucher, 505; Katja, Art. 151, N. 5.

³⁵ Bucher, 508; Katja, Art. 151, N. 8; Daniel, Art. 151, N. 1; Eren, 1187.

³⁶ Isabel, 34.

³⁷ Hukuki şarta ilişkin İsviçre hukukunda yapılan tanımlar için bkz. Isabel, 34-36.

³⁸ Bucher, 508; Eren, 1187.

³⁹ Eren, 1187.

⁴⁰ Katja, Art. 151, N. 8; Isabel, 36; Kılıçoğlu, 966.

3. Bileşik Sözleşme Vasıtasıyla İkame İşçinin Sözleşmesinin Nitelendirilmesi

İkame işçinin sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açan olgu olarak, ebeveyn iznini kullanan işçinin çocuğunun mecburi ilköğretim çağına başlamasından önceki bir tarihte tam süreli çalışmaya dönmesinin ne vade ne de şart niteliği taşıdığı tespit edildiğinden, ikame işçinin sözleşmesinin nitelendirilmesi bakımından bileşik sözleşme kurumunun incelenmesi gerekmektedir.

İsimsiz sözleşme kategorilerinden birisi olan bileşik sözleşme ile kastedilen, iki veya daha fazla bağımsız sözleşmenin; belli bir hukuki sonuca ilişkin olarak birbirlerine varlıkları bakımından (genetik) veya fonksiyonel anlamda bağlanmasıdır⁴¹. Sözleşmeler arasındaki bağlantının sebebi olan hukuki sonuç, sözleşmelerin varlığı, geçerliliği ve hükümlerini doğurmasına ilişkin olabilir. Bir sözleşmenin geçerliliğinin veya hükümlerini doğurmaya başlamasının, diğer sözleşmenin varlığına bağlandığı ya da en azından bir sözleşmenin, diğer sözleşmenin kurulması için belirleyici bir sebep (sözleşmesel temel) teşkil ettiği durumlarda bileşik sözleşmeden bahsedilebilmektedir⁴². Bir diğer ifadeyle bir sözleşmenin, diğer sözleşmenin hazırlanması, ifa edilmesi veya değiştirilmesi için kararlaştırıldığı durumlarda bileşik sözleşme bulunmaktadır⁴³.

Bileşik sözleşmeyi oluşturan bağımsız sözleşmeler arasındaki bağlantı açıkça kararlaştırılabileceği gibi (örn. bir sözleşmede diğer sözleşmeye atıfta bulunulması), sözleşmelerin varlık sebebi ve amacından hareketle de sözleşmeler arasında bağlantı bulunduğu sonucuna ulaşılabilir⁴⁴. Bileşik sözleşmelerde birden fazla sözleşme bağımsız kimliğini korumaktaysa da, aralarında içsel bir bağlantı bulunmaktadır⁴⁵. Bir diğer ifadeyle bileşik sözleşmeyi oluşturan her bir bağımsız sözleşmenin kendi niteliğine uygun düşen hükümlere tâbi olması, bu sözleşmelerin birbirlerine bağlı olduğu sonucunu

⁴¹ Claire Huguenin ve Tina Huber-Purtschert, "Innominatkontrakte", OFK Orell Füssli Kommentar OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, (Zürich: Orell Füssli, 2016), N. 8; Claire Huguenin ve Tina Huber-Purtschert, "Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR", CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, (Zürich: Schultess, 2016), Vorb 184 ff / Innominatkontrakte AT, N. 12; Ernst A. Kramer, "Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR", BK – Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, (Bern: Staempfli, 1991), Art. 19-20, N. 64; Herbert Schönle, "Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR", ZK – Zürcher Kommentar V/2a Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1- 529 OR), 3. Auflage, (Zürich: Schultess, 1993), Vorbemerkungen zur Zweiten Abteilung (Art. 184-551), N. 44; Hâluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/1, 6. Basım, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 75-76; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, (Ankara: Yetkin, 2017), 883; Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Baskı, (İstanbul: Beta, 2013), 11; Aydın Zevkiler ve K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, (Ankara: Turhan, 2016), 22.

⁴² Kramer, Art. 19-20, N. 64; Tandoğan, 76.

⁴³ Schönle, Vorbemerkungen zur Zweiten Abteilung (Art. 184-551), N. 44.

⁴⁴ OFK/Huguenin ve Huber-Purtschert, N. 9; Eren, Özel Hükümler, 885.

⁴⁵ Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Huku Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, (İstanbul: Vedat, 2013), 5.

değiştirmemektedir⁴⁶. Bu bağlantı, bağımsız sözleşmelerin tüm hükümlerine sirayet edecek nitelikte olabileceği gibi yalnızca bazı hükümlerine yönelik de oluşturulabilir⁴⁷. Örneğin, bir sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başlamasının, diğer sözleşmenin varlığına bağlanması kadar bir sözleşmede ifa engelinin ortaya çıkmasının diğer sözleşme açısından belli sonuçları olacağına kararlaştırılması da bileşik sözleşmeye vücut verir⁴⁸. Ayrıca bileşik sözleşmeyi oluşturan bağımsız sözleşmelerin taraflarının mutlaka özdeş olması gerekmez; ikili ve çok taraflı bileşik sözleşmelerin kurulması mümkündür⁴⁹.

Diğer yandan bağımsız sözleşmeler arasındaki bağlantının muhakkak iki taraflı olması gerekmez; bağımsız sözleşmelerin tek yanlı olarak bağlanması da mümkündür⁵⁰. Sözleşmelerin tek yanlı olarak bağlanması halinde, sözleşmelerden birisi, hiçbir durumda diğer sözleşme özelinde ortaya çıkan sonuçlardan etkilenmez; ancak diğer sözleşmenin hüküm ve sonuçları, tek yanlı olarak bağlandığı sözleşmenin hüküm ve sonuçlarına tabidir⁵¹.

Bileşik sözleşmeye ilişkin bu açıklamalar doğrultusunda ikame işçinin sözleşmesinin niteliği tespit edilmeye çalışırsa, ikame işçinin sözleşmesi ile ebeveyn iznini kullanan işçinin sözleşmesi arasında amaç yönünden bir fonksiyonel bağlantı bulunmaktadır. Bileşik sözleşmeye ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere, bileşik sözleşmeyi oluşturan bağımsız sözleşmelerin taraflarının özdeş olması veya sözleşmelerde mutlaka açıkça bir bağlantının kararlaştırılması zorunlu değildir. Nitekim çok taraflı birden fazla sözleşme bakımından da, bağımsız sözleşmelerin amaç ve varlık sebeplerinden yorum yoluyla sözleşmelerin bağlantı içerdiği ve bileşik sözleşme niteliği taşıdığı tespit edilebilir. Bu minvalde ikame işçinin sözleşmesinin varlık sebebi, tam süreli çalışan işçinin ebeveyn iznini kullanmaya başladığı dönemde ortaya çıkan geçici iş gücü ihtiyacını gidermektir. Bu sözleşmeler arasındaki bağlantı tek yanlıdır; zira ebeveyn iznini kullanan işçinin iş sözleşmesi, hiçbir durumda ikame işçinin sözleşmesinin varlığı ve geçerliliğine ilişkin hususlardan etkilenmemekte; ikame işçinin iş sözleşmesi sona erse dahi ebeveyn iznini kullanan işçinin sözleşmesinin sona ermesi, sözleşmenin sona ermesine ilişkin kanuni düzenlemeler tabi olmaya devam etmektedir. Buna karşılık ikame işçinin iş sözleşmesinin akıbeti, arasında bağlantı kurulan sözleşmenin tarafı olan ebeveyn iznini kullanan işçinin iradesine bağlanmış durumdadır. Bu bakımdan ebeveyn iznini kullanan işçi ile ikame işçinin sözleşmeleri arasındaki fonksiyonel bağlantının bir benzeri, İş Kanunu m. 11 anlamında belli bir olgunun ortaya çıkması kapsamında değerlendirilen daimi işçinin hastalan-

⁴⁶ Eren, Özel Hükümler, 883-884.

⁴⁷ CHK/Huguenin ve Huber-Purtschert, Vorb 184 ff / Innominatkontrakte AT, N. 13.

⁴⁸ CHK/Huguenin ve Huber-Purtschert, Vorb 184 ff / Innominatkontrakte AT, N. 12.

⁴⁹ Schönle, Vorbemerkungen zur Zweiten Abteilung (Art. 184-551), N. 46; OFK/Huguenin ve Huber-Purtschert, N. 8; CHK/Huguenin ve Huber-Purtschert, Vorb 184 ff / Innominatkontrakte AT, N. 12; Gümüş, 6.

⁵⁰ CHK/Huguenin ve Huber-Purtschert, Vorb 184 ff / Innominatkontrakte AT, N. 13; Gümüş, 5. Aksi yönde Yavuz, 11.

⁵¹ Eren, Özel Hükümler, 886; Tandoğan, 76; Gümüş, 6; Zevkliler ve Gökyayla, 22.

ması, hamileliği gibi durumlarda başka bir işçiyle kurulan (geçici işçi) sözleşme ile daimi işçinin sözleşmesi arasında da bulunmaktadır.

Bağımsız sözleşmelerin bileşik sözleşme teşkil etmesinin bir sonucu, bağlantı kurulan sözleşmelerden birinde, diğerinin varlık sebebinin ortadan kaldıracak bir değişiklik meydana gelmesi halinde, diğer sözleşmenin herhangi bir fesih beyanında bulunulmasına gerek olmaksızın sona ermesidir. Dolayısıyla ikame işçinin sözleşmesinin varlık sebebi olan, işyerindeki geçici iş gücü ihtiyacı, ebeveyn iznini kullanan işçinin tam süreli çalışmaya dönmesiyle birlikte ortadan kalktığından, bileşik sözleşme olmalarından ötürü, ikame işçinin sözleşmesi bir fesih beyanına gerek olmaksızın kendiliğinden sona erecektir. Bu bakımdan kanunda ebeveyn iznini kullanan işçinin, mecburi ilköğretim çağından önceki bir tarihte tam süreli çalışmaya dönmesi halinde ikame işçinin iş sözleşmesinin sona ereceğinin öngörülmesi, kanun koyucu tarafından bu sözleşmelerin arasında bir bağlantı bulunduğunu ve bu iki sözleşmenin bileşik sözleşme olarak tasavvur edildiğini ortaya koymaktadır.

SONUÇ

İşyerinde tam süreli çalışmakta olan işçinin ebeveyn iznini kullanarak kısmi süreli çalışmaya geçmesiyle işyerinde ortaya çıkan geçici iş gücü ihtiyacını gidermek üzere işverene tanınan hukuki imkanlardan birisi de, ikame işçi istihdam etmektedir. İkame işçi, ebeveyn iznini kullanmaya başlayan işçinin işyerinde çalışmadığı sürelerde çalışmakta ve yalnızca bu işçinin işyerinde gördüğü işleri görmektedir.

İkame işçinin sözleşmesinin hukuki niteliğine yönelik kanuni düzenlemelerin açık olmaması, doktrinde özellikle belirsiz süreli iş sözleşmesi-belirli süreli iş sözleşmesi ayrımı bakımından önemli tartışmalara yol açmaktadır. Nitekim doktrinde, ikame işçinin sözleşmesini; belirli süreli iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesi, azami süreli iş sözleşmesi ve bozucu şarta bağlı belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak nitelendiren görüşler bulunmaktadır.

İkame işçinin sözleşmesinin nitelendirilmesinde problem yaratan husus, ebeveyn iznini kullanan işçiye, çocuğunun mecburi ilköğretim çağının başlamasından önceki bir tarihte de tam süreli çalışmaya geçme hakkının tanınması ve işçinin bu hakkını kullanması halinde de ikame işçinin sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğinin öngörülmesidir. Kanaatimizce kanundaki bu düzenleme, ebeveyn iznini kullanan işçinin sözleşmesi ile ikame işçinin sözleşmesi arasında varlık sebebi bakımından tek yanlı bir bağlantı bulunduğunu göstermektedir. Gerçekten de ikame işçinin sözleşmesinin varlık sebebi, tam süreli çalışmakta olan işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesinin işyerinde yarattığı geçici iş gücü ihtiyacının giderilmesidir. Bu anlamda bir sözleşmenin, diğer sözleşmenin kurulması için belirleyici bir sebep teşkil ettiği durumlarda bileşik sözleşmeden bahsedilmektedir.

İki bağımsız iş sözleşmesinin bileşik sözleşme teşkil etmesinin bir sonucu olarak, bağlantı kurulan sözleşmelerden birinde, diğerinin varlık sebebinin

ortadan kaldıracak bir değişiklik meydana gelmesi halinde, diğer sözleşme herhangi bir fesih beyanında bulunulmasına gerek olmaksızın kendiliğinden sona erecektir. Dolayısıyla ikame işçinin sözleşmesinin varlık sebebi olan, işyerindeki geçici iş gücü ihtiyacı, ebeveyn iznini kullanan işçinin tam süreli dönmesiyle ortadan kalktığından, ikame işçinin sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi gerekmektedir. Bu bakımdan kanunda ikame işçinin sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğinin öngörülmesi, taraflara ikame işçinin sözleşmesini, ebeveyn iznini kullanan işçinin sözleşmesiyle bileşik sözleşme oluşturacak şekilde kurma imkanı verildiği anlamını taşımaktadır.

Sözleşme özgürlüğünün görünüm biçimlerinden birisi olan içerik özgürlüğünün düzenlendiği İş Kanunu m. 9/1'de yer alan; *"Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler."* hükmü dolayısıyla iş sözleşmesi taraflarının, kanuni sınırlamalara uygun davranmak kaydıyla, isimsiz iş sözleşmesi kurmaları da mümkündür. Yukarıda değinildiği üzere kanunda ikame işçinin iş sözleşmesinin bileşik sözleşme oluşturacak şekilde kurulması imkanı verilmiş olmasından ötürü, bu nitelikte bir sözleşmenin kurulması kanuna aykırılık oluşturmamaktadır.

Yine de bağımsız iki iş sözleşmesinin bileşik sözleşmesi oluşturması, tek başına, ikame işçinin sözleşmesinin nitelendirilmesi noktasında yetersiz kalmaktadır. Çünkü bu sözleşmelerin bileşik sözleşme niteliği taşıması yalnızca tek yanlı bağlanan ikame işçinin sözleşmesinin sona erme rejimi bakımından bir anlam ifade etmektedir. Türk hukukunda bileşik sözleşmelere uygulanacak kurallara yönelik bir düzenleme mevcut olmadığından, her bir bağımsız sözleşmeye, kanunda kendisi için öngörülmüş olan kurallar uygulanmaktadır⁵². Bu bakımdan ikame işçinin sözleşmesinin, belirsiz süreli iş sözleşmesi-belirli süreli iş sözleşmesi ayrımı çerçevesinde hukuki niteliği tespit edilirken, bu sözleşmenin sona ermesine yol açan esas ihtimal olarak, ebeveyn izninin kullanılmasının sebebi olan çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihin esas alınması gerekmektedir. Daha önce de değinildiği üzere ebeveyn iznini kullanan işçinin çocuğunun mecburi ilköğretim çağına başladığı ayı takip eden ay başının gelmesi, uzun bir süre olmakla beraber kendi içerisinde objektif olarak öngörülebilir ve bilinebilir belirli bir tarihi içerdiğinden, ikame işçinin sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kurulması mümkündür. Bu noktada ikame işçinin sözleşmesini belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak nitelendiren görüşün, aksi bir durumda işçinin iş hukukunun koruyucu normlarından mahrum kalacağına ilişkin iddiası bakımındansa, ebeveyn izni ile meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi arasında kurulan kanuni bağlantıya dikkat çekilmelidir. Nitekim işverene, ebeveyn izninin kullanılmasından ötürü işyerinde ortaya çıkan geçici iş gücü ihtiyacını meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında giderme imkânının tanınmış olması karşısında, işverenin işyerinde ortaya çıkan geçici iş gücü ihtiyacını gidermeye ilişkin menfaatinin, geçici yahut ikame olarak işe alınan işçinin sözleşmenin sona ermesine ilişkin koruyucu hükümlerden yararlanmaya ilişkin menfaatinden daha üstün tutulduğu söylenmelidir.

⁵² Eren, Özel Hükümler, 886-887.

KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil. "Hizmet Sözleşmesinin Bozucu Şarta Bağlanması.", *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan*, Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2000: 413-426.
- Balkan, Hakan. *Bireysel İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri*. İstanbul: Beta, 2021.
- Baskan, Esra. "4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ile Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı.", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2016): 89-131.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. *Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat, 2012.
- Bucher, Eugen. *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage. Zürich: Schultess, 1988.
- Caniklioğlu, Nurşen. "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği", *Emeğin Hukuku Kurultayı -2*, Ankara: TBB, 2017: 115- 151.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen; Canbolat, Talat ve Özkaraca,ERCÜMENT. *İş Hukuku Dersleri*. 34. Baskı, İstanbul: Beta, 2022.
- Daniel, Wuffli. "OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht.", *OFK – Orell Füssli Kommentar* 3. Auflage, Zürich: Orell Füssli, 2016.
- Ekonomi, Münir. "Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları.", *Legal İHSGHD*, S. 53 (2017): 21-57.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 21. Baskı, Ankara: Yetkin, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 4. Baskı, Ankara: Yetkin, 2017.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Huku Özel Hükümler*. C. I, 3. Bası, İstanbul: Vedat, 2013.
- Huguenin, Claire ve Huber-Purtschert, Tina. "Innominatkontrakte." *OFK – Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Auflage, Zürich: Orell Füssli, 2016.
- Huguenin, Claire ve Huber-Purtschert, Tina. "Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 - 318 OR." *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* 3. Auflage, Zürich: Schultess, 2016.
- Isabel, Matt. *Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht*. Zürich: Schultess, 2014.
- Katja, Roth Pellanda. "Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR." *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* 3. Auflage, Zürich: Schultess, 2016.

- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 22. Baskı, Ankara: Turhan, 2018.
- Koç, Sedef. "İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri.", *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* İstanbul: Onikilevha, 2016: 195-210.
- Köseoğlu, Ali Cengiz. "Türk İş Hukukunda Analık.", *İş ve Hayat Dergisi* 2, S. 4(2016): 97-124.
- Kramer, Ernst A. "Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR.", *BK – Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen* Bern: Staempfli, 1991.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş. *İş Hukuku*. 7. Baskı, Ankara: LYKEION, 2022.
- Ocak, Saim. "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması", *Sicil İş Hukuku Dergisi* S. 37 (2017): 52-101.
- Schönle, Herbert. "Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Ar. 184-191 OR.", *ZK – Zürcher Kommentar V/2a, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)* 3. Auflage, Zürich: Schulthess, 1993.
- Sevimli, K. Ahmet. *4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri*. İstanbul: Beta, 2019.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. 21. Baskı, İstanbul: Beta, 2021.
- Tandoğan, Hâluk. *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*. Cilt 1/1, 6. Basım, İstanbul: Vedat, 2008.
- Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. 12. Baskı, İstanbul: Beta, 2013.
- Zevkliler, Aydın ve Gökyayla, K. Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 16. Bası, Ankara: Turhan, 2016.

LİMİTED ŞİRKETLERDE ÖZEL MENFAATLER

*Muharrem TÛTÛNCÛ**

GİRİŞ

Asgari sermaye gereksiniminin daha düşük olması, formalitelerin daha sınırlı ve daha az masraflı olması gibi sebeplerle, limited şirketler ülkemizde en çok tercih edilen şirket tipidir. Az sayıda ortağın bir araya gelebildiği limited şirketler, aile işletmeleri başta olmak üzere kapalı oluşumlara elverişli bir yapıya sahiptir. Ortaklar arasındaki yakınlık, akrabalık yahut başkaca motivasyonlarla¹, zaman zaman kuruluş sürecinde bazı kimselere çeşitli menfaatler sağlanması yoluna gidildiği tespit edilebilmektedir.

Sermaye şirketlerinde alacaklıların güvencesini oluşturan şirket sermayesinin korunması ilkesi ve özellikle de sermayenin iadesi yasağının bir uzantısı olarak, şirket sermayesinin azaltılması sonucunu doğurabilecek bu tür işlemlerin, belirli kurallara bağlı olarak yapılması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar. Bu düşüncelerle kuruluşta emeği geçen kişiler lehine özel menfaatler tanınmasına cevaz verilmiş, ancak bu tür menfaatlerin şirket tüzel kişiliği ve şirket alacaklıları yönünden olumsuz sonuçlar doğurmasını engellemek amacıyla bazı güvencelere tabi kılınmıştır.

Özel menfaatler hakkında anonim şirketlere yönelik olarak kanunda öngörülen güvenceler, 6102 sayılı TTK ile limited şirketlere de teşmil edilmiştir. Çalışmanın amacı, genellikle anonim şirketler perspektifinden ve çoğunlukla da kurucu menfaatleri bağlamında incelenen özel menfaatler konusunun, limited şirketlere ilişkin düzenlemeler yönünden tartışılmasıdır. Bu çerçevede, TTK'nın limited şirketlere ilişkin hükümlerinde özel menfaatlere dair düzenlemelerin karmaşıklığı ve uyumsuzluğu ile terminolojik sorunlar tespit edilecek ve anonim şirketlere ilişkin düzenlemelere yapılan yollamaların nasıl yorumlanması gerektiği konusunda bir bakış açısı geliştirilmeye çalışılacaktır.

I. KAVRAM

Limited şirketin kuruluş sürecinde kurucular başta olmak üzere, bazı kişilerin büyük emek ve zaman harcamak suretiyle, kurulmakta olan şirkette istisnai nitelikte katkılar sağladığı gözlemlenmektedir. Bu kişilerin aynı

* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-mail: m.tutuncu@iku.edu.tr.

¹ MüKoAktG/Andreas Pentz, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1 (§§ 1-75), (München: C.H. Beck/Vahlen, 2019), § 26 Rn. 2.

zamanda ortak sıfatını haiz olmaları durumunda, söz konusu girişimci ortakların yatırımlarının yanı sıra emekleri de boşa gidecek ve diğer -yatırımcı²- ortaklara kıyasla ikinci defa zarara uğramaları söz konusu olacaktır. Benzer biçimde şirkete ortak olmadığı halde, şirketin kurumsal yapısı ile iş planının oluşturulmasına önemli katkılar sağlayan kişilerin, sağladıkları bu katkıların karşılığını şirketin başarıya ulaşması olasılığında dahi elde etmeleri mümkün olamayabilecektir.

Bu düşüncelerle, uygulamada şirket kuruluşunun teşvik edilmesi, üstlendikleri riskin ödüllendirilmesi ve genel olarak girişimciliğin özendirilmesi gibi düşüncelerle, kuruluştaki emeği geçen kimselere bir takım özel menfaatler sağlanması yoluna gidildiği görülmektedir³.

Özel menfaatlerin kapsamına, şirket tüzel kişiliği tarafından sağlanacak menfaatler dahil olup, pay sahiplerinin birbirlerine sağlayacağı her türlü menfaat bu kapsamda mütalaa edilmeyecektir⁴.

İmtiyazların paya bağlı niteliğine karşılık, bireysel emek ve çabanın ödüllendirilmesini hedefleyen özel menfaatler kişiye bağlı bir karakter göstermekte ve bu yönüyle imtiyazlardan ayrılmaktadır. Kurucular lehine tanındığı durumlarda esas sermaye payının devri, kendiliğinden özel menfaatlerin devredilmesi sonucunu doğurmaz⁵. Öte yandan devredilebilir niteliği haiz olan özel menfaatlerin⁶ paydan bağımsız olarak devredilmeleri mümkün olabilir⁷.

Özel menfaatlerin yasal bir düzenlemeye kavuşturulmasının temelinde, şirket sermayesinin oluşturulması ilkesi⁸ ve bu çerçevede sermayenin iadesinin önlenmesi düşüncesi yatmaktadır⁹. Şirket faaliyetlerinin yürütülmesi için gereksinim duyulan finansmanın sağlanmasının yanı sıra sınırlı sorumlu-

² “Girişimci/işletmeci ortak” ve “yatırımcı ortak” ayrımı için bkz.: Feyzan Hayal Şehirli Çelik; (İsmail Kirca ve Çağlar Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu (Ankara: BTHAE, 2013), 256.

³ Hayri Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, C. II, (İstanbul, Temel, 1988) 1069; Abuzer Kendigelen, “Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu”, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl – Makalelerim (İstanbul: Beta, 2001), 318; Elif Cemre Hazıroğlu, Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Ortaklıklarda Kurucu Menfaatleri, (Ankara: BTHAE, 2018), 44-45.

⁴ 1937 tarihli Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu (APSOK/AktG) döneminde, özel menfaatler müessesesi Alman hukukunda kimi müelliflerce bu şekilde yorumlanmıştır. Ancak müessesenin himaye amacına uygun olarak, bu görüşün terk edildiği ifade edilebilecektir (MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 9).

⁵ MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 8.

⁶ Kimi özel menfaatlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelik taşıdığını ve bu nedenle doğası gereği devredilebilir niteliği haiz olmadığını vurgulamak gerekir. Ayrıca esas sözleşme ile kişi özel menfaatlerin devredilemeyeceği de düzenlenebilir.

⁷ Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 76 vd.

⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: MüKoAktG/Pentz, § 27 Rn. 5; Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, (Ankara: Seçkin, 2013), 107 vd.

⁹ ZK-Conradin Cramer, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b (Zürcher Kommentar), (Zürich: Schulthess, 2016), OR 628, N 52.

luk prensibi sebebiyle alacaklıların en temel güvencesini oluşturan sermayenin fiilen ve eksiksiz biçimde temini büyük önem taşımaktadır. Bu anlayışın bir uzantısı olarak, aynı sermaye taahhüdü ve aynı devralmaların yanı sıra sermayenin azalması sonucuna yol açabilecek özel menfaatler de kuruluşu nitelikli hale getiren durumlar arasında mütalaa edilmekte¹⁰ ve belirli güvencelelere tabi tutulmaktadır¹¹.

II. ÖZEL MENFAATLERİN KANUNDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Özel menfaatler konusunda TTK'da dağınık bir düzenleme tarzının mevcut olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Gerçekten de limited şirketin "Tanım ve Kuruluş" başlıklı Birinci Bölüm hükümleri arasında TTK m.578'de özel menfaatler hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir.

Esasen bu yaklaşımın, 6102 sayılı TTK'nın limited şirketlere ilişkin düzenlemelerine hâkim bir düzenleme tarzı olduğu söylenebilir. Limited şirketin sermaye şirketi yönünün güçlendirilmesi ve bu sayede anonim şirkete önemli ölçüde yaklaştırılması neticesinde, aynı gereksinimlere yönelik çözümler getiren müesseselerin, her iki şirket türü bakımından da uygulanması anlayışı benimsenerek farklı hukuki rejimlerin ortaya çıkması önlenmeye çalışılmıştır. Bu yaklaşım literatürde anonim ve limited şirketler arasındaki "doku aynıyetinin" bir tezahürü olarak değerlendirilmektedir¹². Gerçekten de sınırlı sorumluluk anlayışının bir sonucu, alacaklılar yönünden temel bir güvence oluşturan sermayenin korunması prensibi, anonim şirketlerin yanı sıra limited şirketler bakımından da geçerlidir¹³.

Bu çerçevede, TTK'nın şirketler hukuku kitabının sonunda, TTK m.644'de limited şirketler hakkında uygulanacak anonim şirket hükümlerine genel bir yollama yapılmıştır. Bununla da yetinmeyen yasa koyucu, limited şirketlere ilişkin birçok düzenlemede, benzerlik tespit ettiği yönlerden anonim şirketin ilgili hükümlerine atıfta bulunma yoluna gitmiştir. Söz konusu düzenlemelerden biri de özel menfaatlere ilişkin TTK m.578 olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla birlikte anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, "özel menfaatler" şeklinde nitelendirilen herhangi bir düzenleme tespit edilememektedir. Bu karışıklığın, 6102 sayılı TTK'da limited şirkete ilişkin düzenlemelerin mehzasını İsviçre Borçlar Kanunu (İBK)'nin, buna karşılık anonim şirkete ilişkin düzenlemelerin mehzasını ise APSOK'nun oluşturması se-

¹⁰ Bu çerçevede kuruluş sürecinde belirli kimseler lehine özel menfaatler tanınmasına "şüphe uyandırıcı" olarak yaklaşılmaktadır [Jean Nicolas Druey; Eva Druey Just ve Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, (Zürich: Schulthess, 2015), § 9 N 39].

¹¹ TTK m.578'de özel menfaatlerin aynı sermaye ve aynı devralmalarla birlikte düzenlenmesi ve anonim şirketlere ilişkin hükümlere tabi kılınması, bu anlayışın bir sonucudur.

¹² Ersin Çamoğlu, Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri, (İstanbul: Vedat, 2021), N. 5.

¹³ Arthur Meier-Hayoz ve Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, (Bern: Stämpfli, 2007) § 18 N 131; Oruç Hami Şener, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, (Ankara: Seçkin, 2017) 137-138.

bebiyle meydana geldiği düşünülmektedir¹⁴. Esasen şirket sözleşmesinin içeriğine ilişkin sistematüğün limited şirketler yönünden farklılaşması, başka bir ifade ile TTK m.576 (şirket sözleşmesinin mutlak zorunlu içeriği) ve TTK m.577 (şirket sözleşmesinin ihtiyari zorunlu içeriği) ayrımının anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerde net bir biçimde ortaya konulmamış olması, önemli bir farklılık olarak karşımıza çıkar¹⁵. Çalışmanın konusunu oluşturan TTK m.578 düzenlemesinin de şirket sözleşmesinin içeriğine ilişkin aynı sistematüğün uzantısını oluşturduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Gerçekten de TTK m.578, İBK m.777c, f.2'den aktarılmış olup, gönderme yaptığı düzenleme İBK m.628'dir¹⁶. Buna karşılık APSOK'nda bu tür bir düzenleme mevcut olmayıp, söz konusu düzenlemeler arasında da gerekli uyum sağlanmamıştır. Düzenlemelerin farklı kaynaklardan esinlenerek kaleme alınması, sistematik bütünlüğün ve terminolojik birliğin gözetilmemesinin, önemli sorunlara yol açtığı mütalaa edilmektedir.

TTK m.578'den hemen sonra TTK m.582'de, şirketin kurulmasında hizmeti geçenlere tanınan menfaatlerin şirket sözleşmesine yazılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş olması, meseleyi daha da karmaşık bir hale getirmiştir¹⁷.

Özel menfaatlerin adeta tanımına yer vererek bunların şirket sözleşmesinde öngörülmesi gerektiğini düzenleyen, ancak -kenar başlıkta- "özel menfaatler" kavramı yerine "kurucu menfaatleri" kavramı kullanılan TTK m.582 karşısında, özel menfaatler konusunda anonim şirketlere gönderme yapan TTK m.578 ile hangi düzenlemelerin kastedildiğinin tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır.

Kavramlar arasındaki karışıklığı bir nebze olsun giderebilmek adına, öncelikle terminolojik bir değerlendirme yapılmasında fayda görülmektedir.

¹⁴ Aynı yönde bkz.: Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 55-56.

¹⁵ Yeri gelmişken, İsviçre hukukunda emredici hükümler ilkesinin benimsenmediğini, söz konusu ilkenin Alman hukukuna özgü olduğunu; ancak TTK'da emredici hükümler ilkesinin Alman hukukunda yalnızca anonim şirketler bakımından benimsendiği halde limited şirketlere de teşmil edildiğini belirtmekte fayda vardır.

¹⁶ İsviçre Borçlar Kanunu'nun Anonim Şirketler Hukuku hükümlerine ilişkin 19.06.2020 tarihli değişiklik (AS 2020 4005) ile İBK m.628 ilga edilmiştir. Bununla birlikte bahse konu düzenlemenin özel menfaatlere ilişkin 3'üncü fıkrası, İBK m. 636'ya taşınmış olup, özel menfaatler konusunda gerek terminolojik açıdan gerekse esasa ilişkin olarak önceki düzenlemenin tekrarı görünümündedir. Bkz.: BBl 2017 399, Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, s.494. <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/112/de>>]. Bahse konu düzenlemenin yürürlük tarihi 1.1.2023 olarak belirlenmiştir.

¹⁷ TTK m.578'deki genel yollama görmezden gelinerek, aynı konunun tekrar tekrar düzenlenmesinin gereksiz olduğu yönünde bkz.: Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu - Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, (İstanbul: Oniki Levha, 2011), 425-426. Genel olarak TTK m.578 ilâ TTK m.582 hükümlerinin "sistematüğünün bozuk olduğu" yönünde bkz.: Erdoğan Moroğlu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler, (İstanbul: Oniki Levha, 2016) 361 vd.

III. TERMİNOLOJİ SORUNU

Özel menfaatler hakkında, limited şirketin “Tanım ve Kuruluş” başlıklı Birinci Bölümünde yer alan kimi düzenlemeler, terminolojik açıdan önemli belirsizlikler içermektedir. Öncelikle TTK m.578’in hem kenar başlığında hem de madde metninde “*özel menfaatler*” terimi kullanılmış ve bu konuda anonim şirketlere ilişkin düzenlemelere gönderme yapılmıştır. TTK m.582’de ise kenar başlıkta “*kurucu menfaatleri*” kavramı kullanıldıktan sonra, madde metninde “*şirketin kuruluşunda emeği geçen kimseler lehine tanınacak menfaatlerin şirket sözleşmesinde yazılması gerektiği belirtilmiştir. Dikkat edilirse kenar başlıktan farklı olarak madde metninde “kurucu menfaati” terimi zikredilmediği gibi, menfaatlerin tanınabileceği kişiler çevresi de kurucularla sınırlandırılmamış ve “kuruluştaki emeği geçenler lehine” menfaat tanınabileceği ifade edilmiştir. İlk bakışta, TTK m.578’in özel menfaatlere ilişkin genel bir düzenleme, buna karşılık TTK m.582’nin kurucu menfaatlerine, daha doğrusu kurucu intifa senetlerine ilişkin özel bir düzenleme olduğu akla gelse bile, TTK m.584’te intifa senetleri konusunda da anonim şirketlere ilişkin düzenlemelere gönderme yapılması karşısında, bu üç düzenlemenin birlikte yorumlanması iyice güç hale gelmektedir¹⁸.*

Anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerde ise konuyla ilgili temel düzenleme, “*kurucu menfaatleri*” kenar başlıklı TTK m.348 olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan düzenlemede şirketin kuruluşunda harcadıkları emeğin karşılığında “*kuruculara*” tanınacak menfaatlere yönelik önemli sınırlamalara yer verilmiştir. Bu yönüyle düzenlemenin, TTK m.582’den ayrıldığı vurgulanmalıdır.

Terminolojik açıdan ortaya çıkan temel mesele, “*kurucu menfaati*” terimi ile “*özel menfaat*” terimi arasındaki ilişkidir. TTK m.348’in kuruculara intifa senedi karşılığında ödenecek kâr payını, başka bir ifadeyle “*kurucu intifa senetlerini*” düzenlemesi¹⁹ ve kuruluşta emeği geçen kimseler lehine başkaca menfaatler tanınabilmesi karşısında, özel menfaatler kavramının kurucu menfaatlerini de kapsadığı mütalaa edilmektedir²⁰.

Kurucu intifa senetlerinin, kurucular haricindeki üçüncü kişiler lehine çıkarılamaması sebebiyle, özel menfaatleri kurucu menfaatleri bağlamında ele alan yazarlarca kurucular dışındaki kimseler lehine özel menfaat tanınmayacağı sonucuna varılmaktadır²¹.

¹⁸ Kendigelen, İlk Tespitler, 427-428.

¹⁹ Söz konusu düzenlemenin münhasıran kurucu intifa senetlerini düzenlediği, kuruluşta tanınabilecek menfaatlerin yalnızca kurucular lehine tanınabileceği yönünde hatalı bir algı oluşturduğu ve bu nedenle kenar başlığının “*kurucu intifa senetleri*” olarak düzeltilmesi gerektiği yönünde bkz.: Necla Akdağ Güney, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Kuruluş, (İstanbul: Vedat, 2014), 162.

²⁰ Bahse konu karışıklığı gidermek üzere Akdağ Güney, “Özel (kurucu) menfaatleri” kavramı ile “*kurucu intifa senetlerini*” birbirinden ayırarak ele almaktadır (Akdağ Güney, Kuruluş, 161 vd.).

²¹ Haziroğlu, Kurucu Menfaatleri, 47 vd.

Görüldüğü üzere sorun, esasen terminolojik bir meseleden ibaret olmayıp, menfaat tanınabilecek kişiler çevresinin tespit edilmesiyle doğrudan bağlantılı görünmektedir. Anonim şirketlere ilişkin düzenlemeye paralel biçimde müessesenin “kurucu menfaatleri” olarak nitelendirilmesi durumunda, katı bir yorumla kurucu sıfatını haiz olmayan kimseler lehine menfaat tanınmasının mümkün olup olmadığı sorusu ön plana çıkmaktadır.

IV. ÖZEL MENFAAT TANINABİLECEK KİŞİLER ÇEVRESİ

Konuya ışık tutmak üzere mehz hukuk sistemlerindeki düzenlemeleri ve öğretideki görüşleri incelemeye geçmeden evvel, limited şirketlerde özel menfaatlere ilişkin temel düzenleme niteliğindeki TTK m.582'nin kenar başlığında “kurucu menfaatleri” terimi kullanılmakla birlikte, madde metninde bu tür bir sınırlamaya yer verilmemesi ve “kuruluştaki emeği geçen kimseler” lehine menfaatler tanınabileceğinin ifade edilmesi dikkat çekicidir.

Bilindiği üzere Anayasa m.176 uyarınca madde kenar başlıklarının Anayasa metninden sayılmayacağı düzenlenmiş ise de madde metinlerinin yorumlanmasında sistematik açıdan madde numaraları ve kenar başlıklarından faydalanılabileceği kabul edilmektedir²². Buna karşılık TTK'da konuya ilişkin özel bir düzenleme mevcut olup, kenar başlıkların metni dahil olduğu açıkça ifade edilmiştir (TTK m.1534).

Öte yandan limited şirketlere ilişkin düzenlemelerin İBK'dan esinlenerek kaleme alındığını ve yasal düzenlemeler arasında sistematik ve terminolojik açıdan uyum sağlanması için gerekli çabanın gösterilmediğini ifade etmiş idik. “Doku ayniyetinin” sonucu olarak, anonim ve limited şirketlere ilişkin düzenlemeler arasında paralellik kurmaya çalışan yasa koyucunun, bahse konu madde özelinde -kenar başlıkta- TTK m.348 ile yeknesak terminoloji benimsemeye çalıştığı mütalaa edilmektedir.

Buna karşılık TTK m.582'nin madde metni incelendiğinde esas sözleşme içeriğine ilişkin TTK m.339/2-(e) bendi ile büyük paralellik taşıdığı tespit edilmektedir. Her iki düzenlemede de kuruculara ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır.

Maddenin yorumlanmasında kenar başlığa üstünlük tanınarak, TTK m.582'nin -TTK m.348'e paralel biçimde- münhasıran kurucu intifa senetlerine ilişkin olduğunu söylemek de kanaatimizce mümkün değildir zira bu durumda TTK m.584'e bir anlam yüklemek iyice güçleşmektedir²³.

Bu düşüncelerle TTK m.578'in anonim şirketlere ilişkin düzenlemelere ve bu arada TTK m.339/2-(e) bendine yaptığı yollama göz önünde bulundularak, tek başına TTK m.582'nin kenar başlığında “kurucu menfaatleri” kavramına yer verilmiş olması neticesinde, özel menfaatler kavramı “kurucu

²² Ferit Hakkı Saymen, “Matlablar Kanunudur?”, İHFM 10, S.3-4, (1945): 565-578; Turhan Esener ve Ender Demir, Hukuka Giriş, (İstanbul: Vedat, 2019), 124.

²³ Kendigelen, İlk Tespitler, 427-428.

menfaatleri” ile eş anlamlı olarak değerlendirilerek, özel menfaatlerin tanımlanabileceği kişiler çevresinin yalnızca kuruculardan oluştuğu şeklinde daraltıcı bir yorum yapılamayacağı kanaatindeyim.

A. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DURUM

1. İsviçre Hukuku

TTK m.578’in mehzazının İBK m.777c olduğunu belirtmiş idik. Söz konusu düzenleme ile gönderme yapılan İBK m.628²⁴ uyarınca, kuruluş esnasında “kurucular veya üçüncü kişiler lehine özel bir menfaat (besondere Vorteile)” tanınıyorsa, menfaatin kimin lehine tanındığı, içeriği ve değerinin net bir biçimde esas sözleşmede belirtilmesi gerektiği öngörülmüştür.

Düzenlemenin eski halinde, “kurucu menfaatleri (Gründervorteile)” terimi kullanılmasına rağmen, menfaatlerin tanımlanabileceği kişiler çevresi konusunda ortaya çıkan tereddütler karşısında, 1991 Revizyonu²⁵ ile “özel menfaat” terimi benimsenmiş ve bu sayede kurucular dışındaki üçüncü kişiler lehine de menfaat tanımlanabileceği net bir biçimde ortaya konulmuştur²⁶.

2. Alman Hukuku

Alman hukukunda özel menfaatlere ilişkin temel düzenleme 1965 tarihli APSOK § 26 olarak karşımıza çıkmaktadır. “Özel menfaatler (Sondervorteile)” kenar başlığını taşıyan söz konusu düzenleme uyarınca, “tek bir pay sahibi²⁷ veya üçüncü kişiler lehine tanınacak her türlü özel menfaatin”, hak sahibiyle birlikte esas sözleşmede öngörülmesi zorunluluğu getirilmiştir.

İsviçre hukukuna paralel biçimde, Alman hukukunda da mevzuatın AT müktesebatına uyumlu hale getirilmesi çalışmaları doğrultusunda 1978 revizyonu²⁸ ile pay sahiplerinin yanı sıra üçüncü kişiler lehine de menfaatlerin tanımlanabileceği madde metnine eklenmiş ve düzenleme mevcut haline kavuşmuştur.

²⁴ İsviçre Borçlar Kanunu’nun Anonim Şirketler Hukuku hükümlerine ilişkin 19.06.2020 tarihli değişiklik (AS 2020 4005) ile 1.1.2023 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, bahse konu düzenlemenin özel menfaatlere ilişkin 3’üncü fıkrası İBK m.636’ya taşınmış olup, düzenlemede esasa etkili herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bkz.: BBl 2017 399, 494.

²⁵ AS 1992 733. Değişikliğin gerekçesi için bkz.: BBl 1983 II 745, Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, 854.

²⁶ Druey, Druey Just ve Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 9 N 39; ZK- Cramer, OR 628, N 51. İBK m.636’da da aynı terminolojinin benimsendiğine işaret edilmelidir.

²⁷ Düzenlemenin lafzında “tek bir pay sahibi” ibaresine yer verilmiş olmakla birlikte, tüm pay sahipleri lehine özel menfaat tanımlanabileceği, ancak bunun zorunlu olmadığı; tek bir pay sahibi lehine dahi özel menfaat tanınmasının mümkün olduğu hususunun açıkça ortaya konulması amacıyla düzenlemenin bu şekilde kaleme alındığı yönünde bkz.: [Bruno Kropff, Aktiengesetz – Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags Verweisungen und Sachverzeichnis, (Wirtschaftsprüfer: Düsseldorf, 1965), 46].

²⁸ BGBl. 1978 I 1959. Gesetz zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts, vom 13 Dez. 1978, 1959.

B. TÜRK HUKUKUNDAKİ GELİŞİM

6762 sayılı TTK döneminde, konu “Sağlanabilecek hususi menfaatler” kenar başlıklı m.298’de düzenlenmişti. Madde metninde ise menfaatlerin tanınabileceği kişiler çevresine ilişkin olarak yalnızca “kurucular”dan söz edilmiştir. 6102 sayılı TTK m.348’de ise madde kenar başlığında -Alman ve İsviçre hukuklarındaki gelişmelerin tam aksi yönünde²⁹- “kurucu menfaatleri” terimine yer verilmesi dikkat çekicidir. Bu çerçevede, Alman ve İsviçre hukukunda sırasıyla 1978 ve 1991 Revizyonları öncesinde öğretide yapılan tartışmalar, Türk hukuku bakımından da değer taşımaktadır³⁰.

C. ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

Özel menfaatlerin tanınabileceği kişiler çevresine ilişkin olarak literatürde ileri sürülen görüşlere yer vermeden evvel, müessesesinin çoğunlukla anonim şirketler perspektifinden incelendiğini vurgulamakta fayda vardır.

Bu çerçevede öğretide bir görüş, TTK m.348’in lafzından hareketle, kurucu sıfatını haiz olmayan kimseler lehine menfaat sağlanamayacağını ileri sürmektedir³¹. Kurucu menfaatlerini düzenleyen TTK m.348’de, şirketi kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek menfaatler tanınamayacağı düzenlendikten sonra, şirket kârından sağlanabilecek menfaatlerin kapsamına yönelik oransal bir takım sınırlamalar getirilmiştir.

Diğer görüş ise, TTK m.348 düzenlemesinin yalnızca kurucu intifa senetleri³²ne ilişkin olduğunu³³, kurucu intifa senetlerinin yalnızca kurucular lehi-

²⁹ Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 49-50.

³⁰ Öte yandan 6762 sayılı TTK m.298 ve 6102 sayılı TTK m.348’in daha dar bir alanı düzenlediğine, Türk hukukunda İBK m.628 ve APSOK § 26 benzeri özel menfaatlere ilişkin genel bir düzenlemenin mevcut olmadığına işaret edilmelidir.

³¹ Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 47 vd. Yazarın, özel menfaatler müessesesini TTK m.348 çerçevesinde “kurucu intifa senetleri” bağlamında değerlendirdiği mütalaa edilmektedir. TTK m.348 anlamında kurucu menfaatlerinin, başka bir ifadeyle kurucu intifa senetlerinin üçüncü kişiler lehine çıkarılamayacağı görüşüne biz de iştirak ediyoruz (Aynı yönde bkz.: Ömer Teoman, “Kurucu İntifa Senedi Sahiplerinin Kârdan Pay Alma Haklarının İlk Esas Sermaye Tutarı ile Sınırlı Olup Olmadığı Sorunu”, Tüm Makalelerim, C. I-II, (1971-2001), (İstanbul: Oniki Levha, 2012), 733-758. Öte yandan konuyla ilgili en kapsamlı monografik eserlerden birini kaleme alan Hazıroğlu, TTK m.339/2-(e) bendinde şirketin kurulmasında “hizmetleri görülenlere” sağlanacak menfaatleri, “İBK kapsamında üçüncü kişiler lehine sağlanacak özel menfaatler” çerçevesinde değerlendirmektedir (Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 50 vd.).

³² Öte yandan kurucu haklarının kıymetli evrak niteliğinde senetlere bağlanmasının zorunlu olmadığına işaret edilmelidir [Domaniç, Şerh, C. II, 1070; Oğuz İmregün, “Anonim Ortaklıklarda Kurucu Senetleri”, İHFM 45, S.1-4, (1981): 477-491, 480 vd., Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 75-76].

³³ Düzenlemenin kenar başlığının “kurucu intifa senetleri” olması gerektiği yönünde bkz.: Akdağ Güney, Kuruluş, 162.

ne çıkarılabileceğini, ancak bunlar haricinde de kuruluştta emeği geçenler lehine başkaca menfaatler tanınabileceği yönündedir³⁴.

Kanaatimizce de TTK m.348'de kendisine yer bulan kurucu menfaatleri özel menfaatlerin yalnızca bir türünü oluşturmaktadır. Bahse konu kurucu intifa senetleri dışında da şirketin kuruluşunda emeği geçen kişiler -ve bu çerçevede üçüncü kişiler- lehine sağlanacak menfaatler de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Önemle belirtmek gerekir ki, esasen kuruluş sürecinde kurucular tarafından hiçbir karşılık beklemeksizin üçüncü kişilere kimi menfaatler tanınması, hayatın olağan akışına uygun görünmemektedir³⁵. Genellikle kurucuların kanunu dolanmak amacıyla bu tür "hileli" davranışlara başvurmalarını engellemek adına³⁶, üçüncü kişiler lehine tanınacak menfaatlerin de "özel menfaatler" müessesesi kapsamında mütalaa edilmesi ve bu sayede kanuni güvencelere tabi kılınmasında fayda görülmektedir³⁷. Aksi takdirde bu tür davranışlar, şirket ile üçüncü kişiler arasındaki sözleşmesel ilişkiden doğan yükümlülükler olarak mütalaa edilerek, şirketin ve alacaklıların zarar görmelerine yol açabilecektir.

V. ÖZEL MENFAATLERİN KAPSAMI

A. GENEL OLARAK

Özen menfaatler ile kurucu menfaatleri kavramlarını birbirinden ayırt ettikten sonra, TTK m.348'de kendisine yer bulan kurucu intifa senetleri haricinde, kurucular ve üçüncü kişiler lehine tanınabilecek özel menfaatlerin kapsamının tespit edilmesinde fayda görülmektedir.

Literatürde TTK m.503'ün intifa senedi sahiplerine tanınabilecek haklara ilişkin sınırlayıcı lafzı karşısında, kurucu menfaatlerinin yalnızca malvarlıksal haklar³⁸ ve hatta bahse konu düzenlemede zikredilen mali nitelikteki pay sahipliği hakları ile sınırlı olduğuna ilişkin bir görüş ileri sürülmektedir³⁹. Gerçekten

³⁴ Domaniç, Şerh, C. II, 1070; Ömer Teoman, Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, (İstanbul: İÜK, 1978), 121 vd.; Ünal Tekinalp; (Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, (İstanbul: Vedat, 2021), N. 483f; Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, (İstanbul: Beta, 2001), 171; Akdağ Güney, Kuruluş, 162.

³⁵ MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 2.

³⁶ Kuruluş sürecine herhangi bir katkıda bulunmayan kimselere özel menfaatler tanınmasına ilişkin esas sözleşme hükmünün TBK m.26/27'ye aykırılık teşkil edeceği yönünde bkz.: Domaniç, Şerh, C. II, 208; Bahtiyar, Anasözleşme, 170.

³⁷ MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 14. Üçüncü kişiler lehine sağlanacak menfaatler bakımından TTK m.348'e paralel olarak oransal bir sınırlamaya yer verilmemesinin öğretide haklı olarak eleştirildiğine işaret edilmelidir. [Domaniç, Şerh, C. II, 210; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, (İstanbul: Yasa, 1989), 50; Bahtiyar, Anasözleşme, 171].

³⁸ Meier-Hayoz ve Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 16 N 99; ZK- Cramer, OR Art. 628 N 56.

³⁹ Bahtiyar, Anasözleşme, 164; Akdağ Güney, Kuruluş, 164. Yargıtay içtihadı da kurucu intifa senedi sahiplerine malvarlıksal haklar dışında herhangi bir tanınamayacağına yönündedir. "... Kurucu intifa senetleri 6102 Sayılı TTK'nın 502-503 (6762 Sayılı TTK'nın 402- 403) maddelerinde düzenlenmiş olan intifa senetlerinin özel bir türünü oluşturur. İntifa senetleri

de kurucu intifa senetleri, intifa senetlerinin özel bir türü olarak kabul edilmektedir. Özel menfaatlerin düzenlenmesine yönelik gereksinim, şirket sermayesini korumak olup, malvarlıksal nitelik taşımayan menfaatlerin müessesenin himaye amacı⁴⁰ kapsamına dahil olduğu söylenemeyecektir⁴¹. Öte yandan Kanunda sair menfaatlerin tanınmasının yasaklandığına ilişkin bir düzenleme yer almadığı gibi, TTK.m.339/2-(e) bendi bu konuda oldukça geniş bir ifadeye sahiptir. Anılan gerekçelerle söz konusu görüşe katılmıyoruz⁴².

Anonim şirketler hukukunun temel prensiplerini zedelememek koşuluyla⁴³, pek çok menfaatin özel menfaat kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün kabul edilmektedir⁴⁴. Bu çerçevede özel menfaatleri maddi ve gayrimaddi nitelik taşıyanlar üzere ikiye ayırmak mümkündür.

Maddi değer taşıyan özel menfaatler tek seferlik ödemeler şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, süreklilik taşıyan edimler şeklinde de tezahür edebilir⁴⁵. Bu çerçevede pay sahiplerinin mali haklarının yanı sıra, alım opsiyonları, komisyon bedelleri (simsariye), şirkete getirilen malvarlığı değerlerine ilişkin geri alım hakları, kâr payı veya tasfiye bakiyesinde imtiyaz gibi sözleşmesel temele dayalı menfaatler, malvarlıksal menfaatlere örnek gösterilebilir⁴⁶. Bu noktada sermayenin iadesi yasağına işaret edilmeli ve pay sahiplerine bu kapsamda mütalaa edilebilecek menfaatler tanınamayacağı vurgulanmalıdır⁴⁷. Literatürde şirketin tesislerine yahut etkinliklerine ücretsiz giriş ve bunlardan yararlanma gibi haklarının da maddi nitelikli haklar başlığı altında değerlendirildiğine işaret edilmelidir⁴⁸.

sahibine sadece malvarlıksal haklar sağlayan, pay senetlerinin aksine şirkette herhangi bir payı temsil etmeyen, pay sahipliği hakkı sağlamayan senetlerdir. Bu bakımdan senet sahibine malvarlığı, yönetim, denetleme ve bilgi hakları vermez. Fakat, kara veya tasfiye bakiyesine katılma hakkı sağlar. ..." Yargıtay 11. HD., E. 2015/14641, K. 2016/6636, T. 15.6.2016. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Erişim Tarihi: Ağustos 24, 2022, <http://www.kazanci.com.tr>.

⁴⁰ Esasen İsviçre öğretisinde ileri sürülen, özel menfaatlerin malvarlıksal nitelik taşıması gerektiğine yönelik sınırlandırmanın, "özel menfaatler" müessesesinin himaye amacı kapsamında değerlendirilememesine dayandığına işaret edilmelidir. Başka bir ifadeyle kurucular veya üçüncü kişiler lehine malvarlıksal nitelik taşımayan menfaatler tanınabilir; ancak bunların şirketin sözleşmesel bir yükümlülüğü bağlamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu nedenle menfaatin malvarlıksal niteliği haiz olup olmadığının değerlendirilmesinde, lehine menfaat tanınan kimse nezdinde oluşturduğu "avantaj" değil, şirket sermayesi üzerinde yarattığı yük dikkate alınmaktadır (ZK-Cramer, OR Art. 628 N 56).

⁴¹ Yine de "kamunun aydınlatılması" amacı doğrultusunda, şirket sermayesinin azalmasına yol açmayacak menfaatlerin de özel menfaatler müessesesi kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁴² Aynı yönde bkz.: Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 122 vd.

⁴³ Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, C. I, Umumi Hükümler, (İstanbul: Fakülteler, 1960), 40; Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 97 vd.

⁴⁴ MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 11; Ayrıca bkz.: İmregün, Kurucu Senetleri, 481.

⁴⁵ Akdağ Güney, Kuruluş, 164.

⁴⁶ MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 11; ZK-Cramer, OR Art. 628 N 57; Druey, Druey Just ve Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 9 N 39. Şirketten mal alma ve şirkete ürün sağlanmasına yönelik menfaatlerin mali yönü olmasına rağmen malvarlığına ilişkin menfaatler kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. ve karşı: Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 122.

⁴⁷ MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 13; Akdağ Güney, Kuruluş, 165.

⁴⁸ MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 11; Akdağ Güney, Kuruluş, 164.

Gayrimaddi nitelik taşıyan özel menfaatlere ise şirketin faaliyetleriyle ilgili bilgi alma ve inceleme hakları tanınması⁴⁹, şirkette belirli bir göreve atanma⁵⁰ yahut kurul üyeliklerine ömür boyu görev alma⁵¹ gibi haklar örnek gösterilebilir.

B. ŞİRKET SÖZLEŞMESİNDE YER VERİLMESİ GEREKEN ÖZEL MENFAATLERİN KAPSAMININ BELİRLENMESİ

Farklı statü ve motivasyonlarla pek çok kişi, şirketi kuruluş sürecine -az veya çok- katkıda bulunabilmektedir. Bu çerçevede "kuruluştaki emeği geçenlere" sağlanan hangi menfaatlerin "özel menfaat" kapsamında değerlendirileceği ve buna ilişkin güvencelere tabi kılınacağına tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır.

Bu noktada, TTK m.578 atfıyla uygulama alanı bulacak anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerden faydalanılabilir. Ancak anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler arasında İBK m.628 benzeri bir düzenlemenin mevcut olmaması karşısında, özel menfaatler konusundaki düzenlemelerin tek tek belirlenmesi gerekmektedir.

Bunların başında şüphesiz kurucu menfaatlerine ilişkin TTK m.348 düzenlemesi gelmektedir. Anılan düzenleme uyarınca, kuruluşta harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara para veya bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek menfaatler tanınmayacağı düzenlendikten sonra, şirket kârından sağlanabilecek menfaatlerin kapsamına yönelik oransal bir takım sınırlamalara yer verildiğini belirtmiş idik. Bu çerçevede limited şirketin kurucuları lehine çıkarılacak kurucu intifa senetleri bakımından, TTK m.348'deki sınırlamalar aynen uygulama alanı bulacaktır.

TTK m.348'in yanı sıra, limited şirketlerde özel menfaatler hakkında uygulanacak düzenlemelerin belirlenmesinde, TTK m.578'in kanun sistematigindeki yeri dikkate alınarak, anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğine ilişkin TTK m.339'un incelenmesi gerekir⁵².

⁴⁹ MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 12.

⁵⁰ Teoman, İntifa Senetleri, 19.

⁵¹ Druey, Druey Just ve Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 9 N 39; Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 122. Aksi yönde bkz. ve karşı: Arslanlı, C. I, 40; Akdağ Güney, Kuruluş, 164-165. Alman öğretisinde de şirket yönetiminde kontrol tesis edilmesine yönelik hakların, özellikle üçüncü kişilere tanınmasına tereddütle yaklaşılmaktadır (MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 12). Yönetim kurulu üyelerinin seçiminin genel kurulun vazgeçilmez ve devredilmez yetkileri arasında olduğu göz önünde bulundurulduğunda (TTK m.408) yönetim kurulu üye seçimine yönelik bir özel menfaatin, pay sahiplerinden birine, özellikle de bir üçüncü kişiye tanınmasının organsal düzen yönünden ayrıca değerlendirilmesinde fayda görülmektedir (MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 16).

⁵² Aynı yönde bkz.: Ali Paşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 'Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri'", BATİDER 28, S. 2, (2012) 141-199. Aksi yönde bkz. ve karşı: Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, (İstanbul: Vedat, 2015), N. 19-21. Öte yandan, limited şirketler bakımından kuruluşta emeği geçenlere yapılan ödemeleri "kuruluş gideri" olarak değerlendiren yazarın (Tekinalp, Yeni Hukuk, N. 10-71), limited şirketler ba-

TTK m.339/2-(e) bendinde, “*şirketin kurulmasında hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödülün tutarı*”nın; (f) bendinde ise “*kurucular ve yönetim kurulu üyeleri ile bunlar dışında kalan kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler*”in esas sözleşmeye yazılması gerektiği öngörülmüştür.

İki düzenleme arasındaki temel fark, TTK m.339/2-(e) bendinde kuruluşta emeği geçen kimseler lehine yapılacak tek seferlik ödemelerin; TTK m.339/2-(f) bendinde ise süreklilik arz eden menfaatlerin kastedilmesidir⁵³.

Öğretide bir görüş uyarınca, kuruluşta emeği geçenlere yapılacak tek seferlik ödemelerin “özel menfaat” sayılamayacağı, bunların “*kuruluş gideri*” bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁴. Bilindiği üzere TTK m.355/3’te⁵⁵, kuruluş giderlerinin şirket tarafından kabul edilmemeleri durumunda kurucular tarafından karşılanacağı düzenlenmiş⁵⁶, kurucuların bu giderler için ortaklara başvurma olanaklarının bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu sayede kuruluş aşamasında yapılan harcamalar, tüzel kişilik iktisap edildikten sonra şirket onayına tabi tutularak bir himaye sağlanmıştı⁵⁷. Yukarıda ifade edilen görüş taraftarlarınca kuruluşta emeği geçenlere yapılacak tek seferlik ödemelerin, TTK m.339/2-(e)’nin⁵⁸ açık lafzı gereğince kuruluş giderleri içerisinde bir istisna teşkil edeceği, bunların şirket sözleşmelerinde öngörülmeleri yeterli himaye sağladığından ayrıca şirketin kabülüne gerek bulunmadığı ifade edilmektedir⁵⁹.

Şirketin kuruluş sürecine pek çok kimse tarafından çeşitli kapsam ve mahiyette katkı sağlamak ve bu kimselere çeşitli isimler altında ödemeler yapılmaktadır. Kanaatimizce bu tür ödemelerin tamamının tek bir hukuki rejime tabi kılınması doğru olmayacaktır. Örneğin şirket sözleşmesinin hazırlanması, beyannamelerin düzenlenmesi gibi hususlarda avukatın ve/veya

kımından kuruluş sürecinde yapılan bu tür ödemelerin kuruluşu nitelikli hale getireceğine ilişkin görüşüne iştirak ediyoruz.

⁵³ Söz konusu ayırım, özel menfaatler kavramını, şirket karından sağlanan “kurucu menfaatleri” kavramı ile eşdeğer olarak yorumlayan yazarlarca büyük önem taşımaktadır. Bu yaklaşım uyarınca periyodik nitelik taşımayan tek seferlik ödemeler TTK m.348 kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, “kurucu menfaati” olarak da nitelendirilemeyecektir (Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 50 vd.).

⁵⁴ Tekinalp (Poroy ve Çamoğlu), Ortaklıklar I, N. 492; Arslanlı, C. I, 40-41; Akdağ Güney, Kuruluş, 174-175; Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 22 vd.

⁵⁵ Limited şirketler yönünden bkz.: TTK m.588/2.

⁵⁶ Yasal bir tanımı bulunmamakla birlikte kuruluş giderleri kavramı öğretide, “şirketin kuruluşu için gerekli harçlar, tescil masrafları, noter masrafları, avukatlık ve diğer danışmanlık ücretleri, aynı sermayeye değer biçilmesine ilişkin giderler ile kuruluşta hizmeti geçenlere ödenecek ödül, ücret ve ödenekler” olarak ifade edilmektedir [Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, (Ankara: Adalet, 2011), § 27, N. 121; Şener, Limited Ortaklıklar, 81; Akdağ Güney, Kuruluş, 311; Paşlı, Kuruluş İşlemleri, 185, dn.114.; Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 22].

⁵⁷ Akdağ Güney, Kuruluş, 310 vd.

⁵⁸ Limited şirketler yönünden bkz.: TTK m.582.

⁵⁹ Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 26-27. Ayrıca bkz.: Akdağ Güney, Kuruluş, 311-312; Tekinalp, Yeni Hukuk, N. 10-71.

muhasebecinin faaliyetleri karşılığında belirli bir ödeme yapılması gerekecektir⁶⁰. Bu tür “mutad” sayılabilecek masrafların, güncel gelişmeler doğrultusunda bir “sözleşmeden” ziyade “objektif bir norm” niteliği ön plana çıkan şirket sözleşmesine⁶¹ yazılmasına kanaatimizce gerek bulunmamaktadır⁶². Her şirket kuruluşunda aşağı yukarı benzer meblağlara tekabül eden bu tür ödemeler “kuruluş gideri” kapsamında mütalaa edilmeli ve TTK m.588/2 uyarınca şirketin kabulüne sunulmalıdır. Bu yaklaşım, şirket sözleşmesinde daha ziyade şirketin korporatif yapısı ile ilgili hükümlere yer verilmesi, gereksiz yere sözleşmenin “şişirilmemesi” bakımından da isabetlidir⁶³.

Buna karşılık TTK m.582’de kastedilen, “özel menfaat” kapsamında mütalaa edilerek şirket sözleşmesinde yer verilmesi zorunlu olanlar, mutad nitelik taşımayan, daha ziyade şirkete işletmesel anlamda sunulan katkılar karşılığında sağlanan -her nam ve ad altında olursa olsun- menfaatlerdir⁶⁴. İstisnai mahiyetteki bu tür “çabalar” karşılığında sağlanacak menfaatlerin takdirinde yaşanabilecek belirsizliklerin yaratabileceği olası mağduriyetlerin önlenmesi açısından, şirket ortaklarının bilgilendirilmesi ve üçüncü kişiler nezdinde aleniyet sağlanması önem taşımaktadır.

VI. ÖZEL MENFAATLERE YÖNELİK ÖNGÖRÜLEN HUKUKİ HİMAYELER

Özel menfaatlere ilişkin düzenlemelerin himaye amacının, şirket sermayesinin (malvarlığının⁶⁵) korunması, şirket tüzel kişiliğinin, ortakların ve alacaklıların zarar görmelerinin önlenmesi şeklinde özetlenmesi mümkündür⁶⁶.

Bu amaçla kanunda öngörülen koruyucu düzenlemelerin başında, kurucu intifa senetlerine ilişkin TTK m.348 gelmekte olup, anılan düzenlemede öncelikle kuruluş sürecinde harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tanınamayacağı açıkça ifade edilerek, sermayenin eksiksiz biçimde oluşturulması güvence altına alınmıştır.

Bununla da yetinmeyen yasa koyucu, şirket kârından sağlanacak menfaatlere yönelik olarak da oransal sınırlamalara yer vermiştir. Bu çerçevede kuruculara şirket kârından⁶⁷ pay ödenebilmesi için birinci kanuni yedek akçenin ve

⁶⁰ Tespiti kolayca mümkün olan gider kalemlerinin şirket yönünden esaslı bir tehlike teşkil etmeyeceği ve esas sözleşmeye konulmasının şart olmadığı yönünde bkz.: Domaniç, Şerh, C. II, 207.

⁶¹ Mehmet Bahtiyar, “6102 Sayılı TTK’da Anonim Şirketin Kuruluşu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, S. 117-118, (2014), 9-28. Esas sözleşmenin hukuki niteliği konusunda ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca bkz.: Bahtiyar, Anasözleşme, 15 vd.

⁶² Karş.: İmregün, Anonim Ortaklıklar, 48; Bahtiyar, Anasözleşme, 165.

⁶³ Aynı yönde bkz.: Paslı, Kuruluş İşlemleri, 185, dn.114.

⁶⁴ Paslı, Kuruluş İşlemleri, 185, dn.114.

⁶⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 99 vd.

⁶⁶ MüKoAktG/Pentz, § 26 Rn. 3; ZK-Cramer, OR Art. 628 N 52.

⁶⁷ Kanunda “dağıtılabılır kâr” kavramına yer verilmiş olup, bunun “net dönem kârı” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz.: Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 133 vd.

akabinde pay sahipleri için yüzde beşlik kâr payının ayrılması gerektiği öngörülmüş, ardından kalan bakiyenin en çok onda birlik kısmının kurucu menfaatleri çerçevesinde ödenebilmesine cevaz verilmiştir. Buna ilişkin oranın esas sözleşmede öngörülmesi asıl olup, belirtilmemesi durumunda kanunda öngörülen “onda bir”lik üst sınırın esas alınabileceği mümkün görülmektedir⁶⁸.

Keza TTK m.339/2-(e) ve (f) bentleri ile⁶⁹ özel menfaatlerin esas sözleşmede öngörülme zorunluluğu getirilerek, bunlara aleniyet kazandırılması hedeflenmiş⁷⁰, böylece şirket alacaklılarının ve genel olarak kamunun korunması sağlanmıştır.

Özel menfaatler ile ilgili olarak zikredilmesi gereken iki müessese daha mevcuttur. Bunlar TTK m.349’da kendisine yer bulan “kurucular beyanı” ve TTK m.351’de düzenlenen “işlem denetçisi”dir⁷¹. Kurucular beyanında, kuruculara tanınan menfaatlerin gerekçeleriyle birlikte detaylı olarak açıklanması ve kuruluşta emeği geçenlere ödenen ücretlerin emsalleriyle karşılaştırılarak açıklanması gerektiği düzenlenmiş idi⁷². İşlem denetçisi tarafından da kurucu menfaatlerinin kanunu uygun olduğu ve kurucular beyanı ile ilgili açık bir ölçüsüzlük bulunmadığı yeniden denetlenmiş oluyordu⁷³. İşlem denetçisine ilişkin TTK m.351, Kanun yürürlüğe girmeden birkaç gün önce 6335 sayılı Kanun⁷⁴ ile kurucular beyanına ilişkin TTK m.349 düzenlemesi de 2016 yılında 6728 sayılı Kanun⁷⁵ ile ilga edilmiştir.

6102 sayılı TTK sistematğinde özel menfaatlerin denetimini sağlayan iki müessesenin, yeri doldurulmak üzere başkaca hiçbir düzenleme yapılmaksızın ilga edilmesi sonucunda dengenin bozulduğunu ve bu konuda bir zafiyet ortaya çıktığını vurgulamak gerekir⁷⁶. Öğretide kimi yazarlarca bilirkişi marifetiyle yapılacak değerlendirme usulü gibi kuruluşu nitelikli hale getirilen diğer müesseselere ilişkin koruyucu hükümlerin özel menfaatler bakımından da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁷. Kanaatimizce TTK m.343’ün açık lafzı uyarınca, değerlendirme usulünün özel menfaatler bakımından uygulama alanı bulması mümkün olmasa da kurucular beyanı ve işlem denetçisi ile sağlanan himayeye benzer bir hukuki düzenleme yapılmasına yönelik bir ihtiyacın varlığını vurgulamak gerekir⁷⁸.

⁶⁸ Hazıroğlu, Kurucu Menfaatleri, 147-148.

⁶⁹ Limited şirketler bakımından bu husus ayrıca TTK m.582’de tekrarlanmıştır.

⁷⁰ Tekinalp, Yeni Hukuk, N. 10-71.

⁷¹ Tekinalp (Poroy ve Çamoğlu), Ortaklıklar I, N. 490.

⁷² Pulaşlı, Şerh, C. I, § 27 N. 52 vd.

⁷³ Tekinalp, Yeni Hukuk, N. 10-33; Pulaşlı, Şerh, C. I, § 27 N. 59 vd.

⁷⁴ R.G.: 30.06.2012, 28339.

⁷⁵ R.G.: 09.08.2016, 29796.

⁷⁶ Aynı yönde bkz.: Tekinalp (Poroy ve Çamoğlu), Ortaklıklar I, N. 490.

⁷⁷ Akdağ Güney, Kuruluş, 176-177.

⁷⁸ Benzer yönde Tekinalp de işlem denetçisi ve kurucular beyanı ile söz konusu denetimin sağlanması gerektiğini belirtmiş [Tekinalp (Poroy ve Çamoğlu), Ortaklıklar I, N. 492], önce işlem denetçisi müessesesinin ilga edilmesiyle meydana gelen boşluğun, kurucular beyanı-

SONUÇ

Kuruluş sürecinde harcanan hizmetlerin karşılığı olarak belirli kimseler lehine özel menfaatler sağlanması, şirket sermayesinin azalmasına yol açıp, ilk etapta şirket tüzel kişiliğinin, dolaylı olarak ortakların ve nihayet şirket alacaklılarının zarar görmesine yol açabilmektedir. Bu düşüncelerle anonim şirketler hukukunda uzun yıllardan beri özel menfaatlerin belirli güvencelere tabi kılınması düşüncesi ön plana çıkmış, söz konusu güvencelerin 6102 sayılı TTK ile anonim şirkete yaklaştırılan limited şirketler bakımından da uygulanması anlayışı benimsenmiştir. Ancak bu amaçla İBK'dan esinlenen limited şirket hükümleri ile APSOK'dan esinlenen anonim şirket hükümleri arasında gerekli uyum sağlanmadığından, limited şirketlerde özel menfaatler konusunda TTK sistematüğinde karmaşık bir düzenleme tarzı ortaya çıkmıştır. Söz konusu uyumsuzluk, terim birliğinin mevcut olmaması ve düzenlemeler arasında tekrarların mevcudiyeti sebebiyle, özel menfaatlerin kapsamının ve tanınabileceği kişiler çevresinin belirlenmesinde önemli güçlükler ortaya çıkmaktadır.

Türk öğretisinde anonim şirketler hukuku perspektifinden özel menfaatler müessesesinin adeta "kurucu menfaatleri" ile eşdeğer yorumlandığı görülmektedir. Zira özel menfaatler konusunda İBK m.628 ve APSOK § 26 benzeri genel bir düzenleme bulunmadığı gibi, TTK m.348'de düzenlenen kurucu intifa senetlerinin kurucular dışındaki kimseler lehine çıkarılması mümkün görünmemektedir. Öte yandan kurucular dışındaki kimseler lehine özel menfaat tanınamayacağına ilişkin yaklaşım, üçüncü kişilere sağlanan menfaatlerin, şirket ile üçüncü kişi arasında sözleşmesel ilişki temelinde değerlendirilmesine ve bu çerçevede güvencesiz kalmasına yol açabilmektedir. Bu nedenle kanaatimizce üçüncü kişilere sağlanacak menfaatler de özel menfaatler kapsamında değerlendirilmeli ve özellikle de alacaklıların korunması açısından yasal güvencelere tabi kılınmalıdır.

Anonim şirket hükümleri arasında özel menfaatlere ilişkin temel düzenleme TTK m.348'dir. Kuruculara kuruluş sürecinde sağladıkları emeğin karşılığında sermayenin iadesi sonucu doğuracak ödemeleri yasaklayan düzenleme, şirket kârından yapılacak ödemeleri de sermayenin korunması amacıyla belirli koşullara ve oransal sınırlamalara bağlamıştır. TTK m.348 anlamında kurucu menfaatleri yalnızca kurucular lehine tanınabilmekte ise de özel menfaatler konusunda uygulanacak tek düzenleme bu değildir.

Bu çerçevede esas sözleşmenin içeriğine ilişkin TTK m.339/2-(e) ve (f) bentleri önem taşır. Bahse konu düzenlemelerde "*şirketin kuruluşunda hizmetleri görülenlere*" verilecek ücret, ödenek veya ödülün tutarı ile kurucular ve yönetim kurulu üyeleri ile "*bunlar dışında kalan kimselere*" şirket kârından sağlanacak menfaatlerin esas sözleşmeye yazılması zorunluluğu getirilerek özel menfaatlere aleniyet kazandırılması, bu sayede özellikle şirket alacaklı-

nın da kaldırılması ile biraz daha derinleştiğini ifade etmektedir [Tekinalp (Poroy ve Çamoğlu), Ortaklıklar I, N. 490].

larının korunması sağlanmıştır. Mutad kuruluş işlemleri karşılığında ödenen bedeller kuruluş gideri kapsamında mütalaa edilmeli, şirketin kabulüne tabi tutulan söz konusu gider kalemleri ile esas sözleşme şişirilmemelidir. Öte yandan kuruluş sürecinde sunulan istisnai nitelikteki katkılar karşılığında sağlanan menfaatler ise “özel menfaatler” kapsamında değerlendirilerek esas sözleşmede mutlaka öngörülmesi ve aleniyete kavuşturulmalıdır.

Ayrıca -mülga- TTK m.349’da kendisine yer bulan kurucular beyanı ve yine -mülga- TTK m.351’de düzenlenen işlem denetçisi müesseseleri ile özel menfaatlerin denetlenmesi, bu sayede şirketin ve alacaklıların korunması yönünden ilave güvenceler getirilmiş ise de her iki müessesenin başkaca bir düzenleme ile ikame edilmeksizin ilga edilmesi sonucunda özel menfaatlere ilişkin TTK sistematığının bozulduğunu belirtmek gerekir.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Kuruluş*. İstanbul: Vedat, 2014.
- Arslanlı, Halil. *Anonim Şirketler, C. I, Umumi Hükümler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960.
- Bahtiyar, Mehmet. “6102 Sayılı TTK’da Anonim Şirketin Kuruluşu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 117-118, (2014), 9-28.
- Bahtiyar, Mehmet. *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*. İstanbul: Beta, 2001.
- Çamoğlu, Ersin. *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri*. İstanbul: Vedat, 2021.
- Domaniç, Hayri. *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, C. II*. İstanbul, Temel, 1988.
- Druey, Jean Nicolas; Druey Just, Eva ve Glanzmann, Lukas. *Gesellschafts- und Handelsrecht*. Zürich: Schulthess, 2015.
- Esener, Turhan ve Demir, Ender. *Hukuka Giriş*. İstanbul: Vedat, 2019.
- Goette, Wulf; Habersack, Mathias ve Kalss, Susanne, editörler. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 1 (§§ 1-75). München: Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2019.
- Handschin, Lukas, editör. *Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b (Zürcher Kommentar)*. Zürich: Schulthess, 2016.
- Hazıroğlu, Elif Cemre. *Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Ortaklıklarda Kurucu Menfaatleri*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018.
- İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*. İstanbul: Yasa, 1989.
- İmregün, Oğuz. “Anonim Ortaklıklarda Kurucu Senetleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 45, S.1-4, (1981): 477-491.

- Kendigelen, Abuzer. "Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu", Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl – Makalelerim. İstanbul: Beta, 2001.
- Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: Oniki Levha, 2011.
- Kırca, İsmail; Şehirali Çelik, Feyzan Hayal ve Manavgat, Çağlar. *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kropff, Bruno. *Aktiengesetz – Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags Verweisungen und Sachverzeichnis*. Düsseldorf: Wirtschaftsprüfer, 1965.
- Meier-Hayoz, Arthur ve Forstmoser, Peter. *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*. Bern: Stämpfli, 2007.
- Moroğlu, Erdoğan. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler*. İstanbul: Oniki Levha, 2016. Paslı, Ali. "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 'Kuruluşa İlişkin Sistemlere Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri'", *BATİDER* 28, S. 2, (2012) 141-199.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat, 2021.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi, C. I*. Ankara: Adalet, 2011.
- Saymen, Ferit Hakkı. "Matlablar Kanun mudur?", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 10, S. 3-4, (1945): 565-578
- Sevi, Ali Murat. *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*. Ankara: Seçkin, 2013.
- Şener, Oruç Hami. *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2017.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2015.
- Teoman, Ömer. "Kurucu İntifa Senedi Sahiplerinin Kârdan Pay Alma Haklarının İlk Esas Sermaye Tutarı ile Sınırlı Olup Olmadığı Sorunu", *Tüm Makalelerim, C. I-II, (1971-2001)*. İstanbul: Oniki Levha, 2012.
- Teoman, Ömer. *Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Kitabevi, 1978.

İNSANSIZ GEMİLERİN DENİZE ELVERİŞLİLİK VE SİBER RİSK GARANTİSİ

*Ayça UÇAR**

I. İNSANSIZ GEMİLER VE DENİZE ELVERİŞLİLİK

Uluslararası denizcilik organizasyonu tarafından (IMO) Maritime Autonomous Surface ship (MASS) adı altında dört dereceli sistem belirlenmiştir. Birinci ve ikinci kategoride gemi, güvertede mürettebat bulunduğu için, insansız gemi olarak değerlendirilemeyecek, üçüncü kategorideki gemi, karada bulunan bir kontrol merkezinden uzaktan kontrol edilecek ve gemide gemi adamı bulunmayacaktır¹. Dördüncü kategoride ise geminin işletim sistemi kendi kendine karar verebilir ve bu kararı uygulayabilir. Bu tebliğde özellikle, insansız/mürettebatsız başlığında belirtilen, tamamen yapay zekâ sistemlerince kontrol edilen otomatik gemilerin denize elverişlilik garantisinden ziyade daha çok bütün kategoriler açısından denize elverişlilik ve siber risk sorumluluğu ve sigorta açısından denize elverişlilik ve siber risk garantisi incelenecektir.

A. DENİZE ELVERİŞLİLİK

Denize, yola ve yüke elverişlilik kavramları Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 932'de tanımlanmış; taşıyanın yolculuk başlangıcında sefere elverişli bir gemi sağlama yükümlülüğü ile bu yükümlülüğün ihlalinden doğan sorumluluğu ise, TTK m 1141'de düzenlenmiştir². Geminin "başlangıçta" sefere elverişli olması esastır. Başlangıçtaki elverişlilikten yüklemenin başlangıcından yolculuğun başlangıcına kadar olan süreci anlamaktayız. Sefere çıktıktan sonraki elverişli olmama özen borcuna aykırılığı oluşturur³. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 932'nin 2. Fıkrasında yer aldığı üzere; "Denize elverişli olan gemi, teşkilatı, yükleme durumu, yakıtı, kumanyası, gemi adamlarının yeterliği ve sayısı bakımından, (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) yapacağı yolculuğun tehlikelerine karşı koyabilmek için gerekli niteliklere sa-

* Dr. Öğr. Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Anabilim Dalı, ayca.ucar@ozyegin.edu.tr.

¹ Hacı,Kara,"Gemilerde Yapay Zeka Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar", SDÜHFD 10, S.32(2020):17-52; Autonomous Shipping, Erişim Tarihi 02 Ağustos, 2022,https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx/.

² Bülent,Sözer,Deniz Ticaret Hukuku-I,(İstanbul:Vedat Yayıncılık,2022),473.

³ Sözer, Deniz Ticaret Hukuku-I,479.

hip bulunduğu takdirde “yola elverişli” sayılır.”⁴ *Manifest shipping co. ltd. v. uni-polaris insurance co. ltd. and la reunion européenne (the “star sea”)*⁵ davasında Kaptan ve mürettebat gemiye sefer öncesinde kurulan yangın söndürme sistemi konusunda seferden önce eğitilmedikleri için sefer sırasında çıkan yangını geç söndürebilmişlerdir. Dolayısı ile yangın gemi ve üzerinde taşınan yükün zarara uğramasına sebep olmuştur. Olayda hâkim geminin denize elverişsiz olduğuna ve dolayısı ile taşıyanın sorumluluğuna hükmetmiştir.

Zaten Türk ticaret Kanunu’nun 932. maddesinin 2. fıkrası ve deniz taşımacılığına hakim olan Lahey- Visby kuralları, Madde III, kural 1 (b)⁶ açıkça, mürettebatın gemideki görevleri yerine getirmek için vasıflı ve eğitilmiş olmasını gerekli kılar. Buna göre taşıyan gemide istihdam edilen mürettebatın aynı zamanda mesleki yeterliliğe sahip olduğunu ispat etmekle de yükümlüdür. Bu durumda öncelikle, gemi uygun bir navigasyon için yeterli sayıda gemi adamı ile donatılmalı, gemi adamları sayısal olarak yeterli olmalıdır. İkinci olarak, gemide istihdam edilen gemi adamlarının, mesleki yeterliliğe sahip olması, bir diğer deyişle deniz yolculuğu sırasında gemiyi yönetmek için yeterince eğitilmiş ve hazır olması gerekir. Başka bir deyişle, geminin güvenilirliğini belirleyen unsur, gemideki gemi adamı sayısından ziyade, bunların yetkinliğidir. Lahey-Visby⁷ kurallarına göre, gemi uygun şekilde yönetilmeli, donanımlı olmalıdır⁸. Taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke⁹ elverişli halde bulundurma yükümlülüğü tedbirli bir taşıyanın göstermekle yükümlü olduğu özen yükümlülüğüdür. Sorumluluktan kurtulmak için taşıyan seferin başlangıcında gemiyi sefere elverişli halde bulundurmamak için, tedbirli taşıyanın göstermekle yükümlü olduğu özeni gösterdiğini ve bu özeni göstermesine rağmen yolculuğun başlangıcında gemiyi denize elverişsiz hale getiren eksikliğin keşfedilemediğini ya da elverişsizliğin sefer başladıktan sonra ispat etmesi gerekir. Yine taşıyanın bu asli yükümlülüğü Lahey-Visby kurallarında seferin öncesinde ve başlangıcında tedbirli bir taşıyanın gerekli tedbirleri alma ve özen gösterme yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir.¹⁰

⁴ Sözer, Deniz Ticaret Hukuku-I,476.

⁵ *Manifest shipping co. ltd. v. uni-polaris insurance co. ltd. and la reunion européenne (the “star sea”)* [2001] UKHL/1[2001] 1 Lloyd’s Rep. 389

⁶ Jason, Chuah, *Law of International Trade*, (5th ed. Sweet & Maxwell Ltd), 360.

⁷ Yvonne, Baatz, *Maritime Law*, (5th ed. informa law 2015), 138.

⁸ Emine, Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi 2020), 388.

⁹ *E.G. The Maori King (Cargo owners) v Hughes* [1895] 2 QB 550, CA; gemide taşınan donmuş etler soğutma sisteminin bozuk olmasından dolayı bozuldu ve hakim davada geminin yüke elverişsiz olduğuna karar verdi

¹⁰ *Riverstone Meat Co Pty Ltd v Lancashire Shipping Co Ltd (The Muncaster Castle)* [1960] 1 QB 536, Girvin, Stephen, *The carrier’s fundamental duties to cargo under the Hague and Hague-Visby Rules* (2019) 25 JIML.

B. İNSANSIZ GEMİLERDE DENİZE ELVERİŞLİLİK

Denize elverişlilik standartları zaman ve teknoloji değiştikçe zamanla değişmiştir ve yeni teknolojiler ile değişmeye devam edeceği kuşkusuzdur. Bu nedenle, insansız/mürettebatsız gemilerin IMO'nun belirlediği MASS adı altında dört dereceli sistem içerisinde denize elverişlilik standartlarını belirlemesi gerekmektedir.

Otonom veya insansız gemilerde mürettebatın bulunmaması taşıyanın "gemiye denize elverişli halde bulundurmak ve donatmak" yükümlülüğü üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olacaktır¹¹. TTK m. 932'de ve Lahey-Visby Kuralları madde III fıkra 1 (b)'de belirtildiği üzere, taşıyan gemiyi yeterli sayıda gemi adamı ile donatmak yükümlülüğündedir.¹²

Özellikle Personelinin Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme mürettebatın kalifiye ve eğitilmiş olmasını gerektirir. Günümüzde yürürlüğe konulmuş olan uluslararası denizcilik sözleşmeleri (conventions) gemilerin, bir gereklilik olarak gemide bulunan mürettebatla, yani gemi adamları tarafından çalıştırıldığı varsaymaktadır. Örneğin; Denizcilik Çalışma Sözleşmesi (Maritime Labour Convention) veya Gemi adamları Ve Balıkçıların Eğitimi Hakkında Sözleşme (STCW) ve standart olarak hazırlanan çarter partiler (charterparties) tüm bu kapsamda hazırlanmıştır. Yukarıda bahsedilen konvansiyonların insansız/mürettebatsız gemilere uyarlanması gerekmektedir.

Yine genel olarak Personelinin Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme sadece açık Denizde gemide çalışan personel hakkında uygulanır. Hali hazırdaki uluslararası sözleşme kıyı operatörüne (shore-based personnel) uygulanmaz Her şeyden önce konu, Uluslararası Denizcilik organizasyonu (IMO), otonom su üstü gemilerinde (Maritime Autonomous Surface Ship, (MASS) belirlediği,4 dereceli sistemde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yine Lahey-Visby m. 4(2/a)'da geminin sevkinden ya da teknik yönetiminden kaynaklanan zararlarda taşıyanın ancak kusuru varsa sorumlu olacağı, aksi takdirde kaptan ve gemi adamlarının sefer sırasında navigasyon ve yönetim hatasından dolayı taşıyanın sorumluluğuna gidilemeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda insansız/mürettebatsız gemilerde kıyı personeli taşıyanın personeli ya da bağımsız personel olarak değerlendirilebilecek ve bu iki personelinde Lahey-Visby m. 4(2/a) kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği gündeme gelecektir. MASS açısından gemide çalışan personel kıyıda çalışan personele dönüşecek ve bu durumda kıyı personelinin

¹¹ Hacı,Kara,"Gemilerde Yapay Zeka Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar", SDÜHFD 10, S.43(2020):17-52;Bülent,Sözer,

¹² Bülent, Sözer, İstanbul Colloquium On Unmanned Ships, (İstanbul: Vedat Kitapçılık,2021),30.; Hacı, Kara,Deniz Hukuku,(İstanbul:Onikilevha,2020),127.

navigasyon ve teknik yönetimden kaynaklanan hatasından doğan zararlarda Lahey-Visby m. 4(2/a) kapsamında değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte taşıyana bağlı çalışan personel ile bağımsız taşıyanın acentesi olarak çalışan personel arasında sorumluluk maddesinin uygulanması bakımından farklılık olup olmayacağı tartışmalıdır.¹³

C. SİGORTA AÇISINDAN İNSANSIZ GEMİLERDE DENİZE ELVERİŞLİLİK GARANTİSİ

6102 sayılı Türk ticaret kanununda kara ve deniz sigortaları arasındaki ayırmadan vazgeçilmiştir.¹⁴ Türk sigortacılık uygulamasında tekne sigortası sözleşmeleri, TTK ve Tekne Poliçesi Genel Şartlarına tabi olarak akdedilmekte, İngiliz tekne kozları özel şart olarak eklenmektedir¹⁵. Bu itibarla denize elverişlilik garantisi bakımından 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigorta Kanununa (MIA 1906) bakarsak, MIA 1906 39. maddenin 5. fıkrasına göre, sigortacının denize elverişsiz gemiyi sefere kasten çıkarması haricinde, zaman poliçesi (Institute Time Clause) bakımından sigortalının, geminin seyrüsefere elverişsiz olduğunu bilmesi gerektiği şartı aranmaz. Başka bir deyişle, 1906 tarihli Deniz Sigorta Kanunu uyarınca sigorta ettiren geminin başlangıçtaki elverişsizliğinden sorumlu değildir. Meğerki seferin başlangıcında geminin sefere elverişsiz olduğunu bilebilecek durumda olsun¹⁶.

Buna rağmen yolculuk esaslı poliçede yolculuğun başlangıcında geminin Denizde elverişli olması garantisi sigortacılar açısından aranmaktadır. 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigorta kanununun 39. maddesine göre yolculuğun başlangıcında geminin denize elverişli olmadığından cihetle sigortacı tazmin sorumluluğundan kurtulur¹⁷. Ancak 2015 tarihli İngiliz sigorta kanununun 10. maddesi sigortalının, denize elverişlilik garantisine aykırılık durumunda zarar ile aykırılık arasında nedensellik bağı olmasa bile sigortacıların otomatik olarak sorumluluktan kurtulması durumuna esneklik getirmiştir¹⁸. Bu itibar ile 2015 tarihli İngiliz sigorta kanunu belirli koşullar altında meydana gelen zararlar için sorumluluğa daha esnek, elverişli ve adil bir yaklaşım sağlar. 1906 Yasası kapsamındaki zımni garantinin ihlaline ilişkin zımni denize elverişlilik garantisinin ihlali durumunda neden sonuç ilişkisine bakılmadan otomatik olarak sigortacılar sorumluluktan kurtuluyordu, garanti ihlalinin iddia edilen zararlar hiçbir ilgisi olmadığı durumlarda bile sigortacı-

¹³ Sözer, *Istanbul Colloquium On Unmanned Ships*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık,2021), 47.

¹⁴ Rayegan,Kender, *Türkiyede Hususi Sigorta Hukuku*,(İstanbul:Onikilevha,2017), 27.

¹⁵ Feng,Wang,"The Warranty of Seaworthiness and Cyber Risk of Unmanned Ship",*Journal of Business Law*, S4 (2020) : 311-325.

¹⁶ J. Gilman et al., *Arnould: Law of Marine Insurance and Average*, 19th edn (London: Sweet & Maxwell, 2019),2025.

¹⁷ *Arnould: Law of Marine Insurance and Average* (2019), para.20-25.

¹⁸ Merkin and Gürses, "Insurance Contracts after the Insurance Act 2015" (2016) 132 *Law Quarterly Review* 445.

lar sorumlu olmuyordu. Ancak 2015 tarihli sigorta kanunu, 1906 tarihli Deniz Sigorta kanunundan farklı olarak garanti ihlali ile zarar arasında nedensellik bağının olmasını şart koşuyor ve sigortacı direk olarak sorumluluğunu bertaraf edemiyor¹⁹.

Bu aşamada zaman esaslı poliçe ile yolculuk esaslı poliçedeki farklılığın otonom gemilerin sigortası açısından denize elverişlilik garantisi ayrımının kalkıp kalkmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Söz konusu konu tartışmalıdır. Makalenin ileriki bölümlerinde incelenecektir. Diğer önemli bir konu da sigorta açısından siber risk garantisinin denize elverişlilik garantisi içerisinde incelenmesidir. Bir geminin denize elverişliliği fiziksel olarak olağan deniz risklerine dayanabilecek uygunlukta olmasının ötesinde, geminin IT bilgisayar sistemlerinin de çalışır durumda sefere çıkarılması önemlidir. Siber saldırılar sonucunda, yolculuğun uzaması, yüklerin zarar görmesi, geminin deniz haydutları tarafından alı konulması gibi birçok zarar meydana geleceğinden, geminin TTK 1141'de ve Lahey-Visby m.3(1)'de belirtilen geminin sefer öncesi ve sefer başlangıcında denize elverişli olması gerektiği, siber riskler açısından da güvenli halde geminin sefere çıkarılmasını kapsamaktadır.

II. İNSANSIZ GEMİLER VE SİBER RİSK

Denizcilik sektöründe teknolojik gelişmelerin artması ile birlikte yeni teknolojinin getirdiği riskler de artmıştır. Bunların başında siber riskler gelmektedir. Siber risklerin gemiler üzerindeki etkilerini incelemeye önce siber kelimesinin genel anlamına bakmak gerekir. Siber (Cyber) kelimesi bilgisayara ve bilgisayar veya internet ağlarına ait olan varlıkları ifade etmek için kullanılan bir kavramdır²⁰. Siber güvenlik kavramı ise, siber çevreyi, organizasyonu ve kullanıcının varlıklarını korumak için kullanılacak araçlar, politikalar, güvenlik kavramları, güvenlik önlemleri, kılavuzlar, risk yönetimi yaklaşımları, eylemler, eğitim, en iyi uygulamalar, güvence ve teknolojilerin toplanması olarak tanımlanmaktadır.²¹

Denizcilik sektöründe limanlarda kullanılan bilgisayar sistemleri, gemilerin tüm operasyon ve yönetimi, konteyner takibi, yüklerin takibi, tersaneler, lojistik sisteminin takibi ve daha sayabileceğimiz birçok denizcilik sektöründeki bilgisayar sistemlerine bağlı olan faaliyet alanı siber saldırılara karşı savunmasız hale getirmektedir²². Örneğin, Siber korsanların gemilerin kont-

¹⁹ Merkin and Gürses, "Insurance Contracts after the Insurance Act 2015" (2016) 132 Law Quarterly Review 445.

²⁰ Hacı, Kara, "Gemilerde Yapay Zeka Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar", 27.

²¹ Hacı, Kara, "Gemilerde Yapay Zeka Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar", 27.

²² Didem, Alangantürk, Light, "Siber Risklerin Denizcilik Sektörüne Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Erişim Tarihi: 07.08.2022: <https://dergipark.org.tr/en/pub/maruhad/issue/51063/665513>

rolünü ele geçirmesi ve şirketlerden milyonlarca dolar fidye talep etmesi gibi, son yıllarda yapılan araştırmalar, konteyner gemilerinde yatlarda, yolcu gemilerinde bilgisayar sistemlerinin kolayca delinebilir olduğunu göstermiştir²³. Uluslararası Denizcilik organizasyonu (IMO) 2017 tarihinde, siber risk yönetiminde ortaya çıkabilecek ve deniz taşımacılığını olumsuz yönde etkileyecek tehditlerin belirlenmesi, deniz taşımacılığında güvenliğin en üst düzeye çıkarılması bakımından tavsiye niteliğinde kılavuz yayınlamıştır.²⁴ Ayrıca, Baltık ve Uluslararası Denizcilik Konseyi (BIMCO)'ne ait Gemilerde Siber Güvenlik Hakkında Kılavuz, IMO, gemi sahipleri ve sınıflandırma kuruluşları tarafından geniş çapta kabul görmüştür. İnsansız gemiler hâlihazırdaki gemilere nazaran yazılım ve bilgisayar teknolojisi ile yönetileceklerinden, siber saldırılara karşı mürettebatlı gemilere göre daha fazla savunmasız olacaklardır. Bu nedenle, siber güvenliğin en yüksek düzeye çıkarılması adına yeni sistemler geliştirilmesi ve kurallar belirlenmesi gerekmektedir. İnsansız gemilerin doğası gereği, internet üzerinden gelebilecek tüm saldırıların önlenmesi ve güvenli seferler için üst düzey siber güvenlik sistemleri elzemdir. İnsansız gemilerin siber sistemlerindeki güvenlik açıkları, gemilerin tasarımı, entegrasyonu veya bakımındaki yetersizliklerden kaynaklanabilir. Bu nedenle, insansız gemilerin siber sistemlerini denize elverişli durumda tutmak için donatanın yeterli düzeyde bir siber risk yönetim sistemine sahip olması gerekmektedir. Siber risk yönetiminin tanımı ve unsurları daha önce birçok kurum tarafından ortaya konmuştur.²⁵ Sefer rotalarının manipüle edilmesini önlemek ve kargo sistemlerindeki arızanın hasara neden olmasını önlemek için, insansız bir geminin donatanın, köprü gibi gemideki işletim sistemlerini güçlendirmek için makul adımlar atması gerekir. Bilindiği gibi uluslararası Güvenli Yönetim Kodu (International Safety Management -ISM Code) oluşturulmaması ve gerekli deniz haritalarının gemide bulunmaması geminin denize elverişsizliğine neden olabilir. Aynı şekilde, makul siber risk önlemlerinin alınmaması da denize elverişsizlik nedeni oluşturabilecektir. Özellikle insansız gemiler açısından da zorunlu siber risk yönetiminin uluslararası Güvenli Yönetim Koduna (International Safety Management -ISM Code) ve IMO kılavuzuna zorunlu olarak eklenmesi gerekir. Donatanların bu tür riskleri hesaba katmamaları ve zorunlu siber risk yönetiminin yerine getirilmemesi durumunda gemi sahibinin gemisinin alıkonulmasıyla sonuçlanması gibi yaptırımlar konulması gerekir. Hiç şüphesiz ki IMO kılavuzundaki siber yönetim sistemine ilişkin donatanların yerine getirmesi gereken şartların, detaylı bir şekilde her bayrak devletinin özelinde açıklanması gerekir.

²³ Rob,Merkin, Ayça, Uçar," Taking at Sea: Recent Insurance Developments in England",Exeter Law Review,(2020) s 66-67.

²⁴ IMO, Guidelines On Cyber Risk Management,Erişim Tarihi:08.08.2022. [https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/MSC-FAL.1-Circ.3%20-%20Guidelines%20on%20Maritime%20Cyber%20Risk%20Management%20\(Secretariat\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/MSC-FAL.1-Circ.3%20-%20Guidelines%20on%20Maritime%20Cyber%20Risk%20Management%20(Secretariat).pdf)

²⁵ Guidelines on Maritime Cyber Risk Management MSC-FAL.1/Circ.3, cl.3.1.

Özellikle yukarıda açıklandığı üzere yolculuk esaslı sigorta poliçesi bakımından Denize elverişlilik garantisini yerine getirmek ve sigorta teminatı içerisinde kalmak için yerine getirilmesi gereken temel unsurlardan biride siber güvenlik sistemlerinin minimum standartları sağlaması gerektiğidir. Bunun için de siber riskin net bir tanımının olması ve kategorize edilmesi gerekir. Aksi takdirde, sigortacılar her türlü siber risk saldırısından doğan zararı kendi çıkarlarına göre yorumlayabileceklerdir. Özellikle yolculuk esaslı sigorta poliçesi bakımından, sigorta ettirenin, 1906 tarihli İngiliz deniz sigorta kanununun 39. maddesine göre yolculuğun başlangıcında geminin denize elverişlilik garantisini ihlal etmesini gerekçe göstererek sigortacılar tazmin sorumluluğundan kurtulabileceklerdir. Yine, İngiliz sigorta kanunu 2015'te denize elverişlilik garantisinin ihlali ile zarar arasında neden sonuç ilişkisinin bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Sigorta ettirenin denize elverişlilik garantisini yerine getirmek adına minimum standartta siber risk güvenliğini sağlaması gerekir. Ancak siber risk güvenliği konusunda standartların ölçüsünün ne olduğu netlik kazanmadığı sürece garanti ihlalinin zararlar arasındaki bağlantı sebepleri sigortacı yararına genişletilebilir.

A. SİGORTA AÇISINDAN SİBER RİSK GARANTİSİ

Standart poliçelerde siber risk teminatı bulunmamaktadır. Denizcilikte siber risk yönetiminin bir parçası olarak siber risklerin sigorta teminatı kapsamına alınması önemlidir²⁶. Siber riskler, siber güvenlik poliçesi ile veya deniz sigorta poliçelerine ek olarak siber güvenlik teminatı almak suretiyle sigortalanabilir²⁷. Uygulamada standart tekne ve yük sigorta poliçelerinde siber saldırıların teminat kapsamında olmadığına ilişkin "Siber Saldırı Teminat Dışı Klozu" "Kloz CL380" bulunmaktadır²⁸.

En yaygın olarak Enstitü Siber risk muafiyet Klozu 380²⁹'e göre;

"Hiçbir durumda bu sigorta, doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir bilgisayara, bilgisayar sistemine, bilgisayar yazılım programına zarar verme aracı olarak kullanılması veya çalıştırılmasından kaynaklanan, kötü niyetli kod, bilgisayar virüsü veya işlemi veya diğer herhangi bir elektronik sistem". neden olunan zıya, hasar, sorumluluk veya masrafı kapsamaz."

²⁶ Jana, Rodica, •The Cyber future of Marine Risk and Insurance, Erişim Tarihi:08.08.2022 <http://intranslaw.hdtp.eu/the-cyber-future-of-marine-risk-and-insurance/he-Cyber-future-of-Marine-Risk-and-Insurance/>.

²⁷ Japan P & I Loss Prevention Bulletin, Vol.42 (May 2018).

²⁸ Chris, Chatfield,"Cyber Exclusion Clauses-Are They fit for purpose?"Erişim Tarihi:08.08.2022: <https://kennedyslaw.com/thought-leadership/article/cyber-exclusion-clauses-are-they-fit-for-purpose/>.

²⁹ Institute Cyber Attack Exclusion Clause (Cl.380) Erişim Tarihi: 05.8.2022,<https://www.allianz.com.tr/content/dam/onemarketing/aztr/allianz/pdf/diger/Tekne-Kloz-Metinleri-04022020.pdf>.

cl.380 tanımına göre, sigortacının yalnızca siber güvenlik açığından dolayı kötü amaçlı olarak yapılan siber saldırıları kanıtlaması teminat dışı klozundan yararlanması için yeterli olacaktır³⁰. Ancak kulüp sigorta (P&I) poliçelerinde ise siber risklerin teminat dışı bırakıldığına ilişkin bir kloz yer almamaktadır. Dolayısı ile sigortalı, kulüp sigortasından siber saldırı nedeni ile uğradığı zararını karşılayabilecektir. Ancak sigortalının siber saldırınının savaş ve terörizmden kaynaklanmadığını ispatlayarak kulüp sigortasından zararını karşılayabilir³¹.

Deniz sigorta poliçelerinde veya siber sigorta poliçelerinde teminat altına alınan siber risklerin ve siber risklerin gerçekleşmesi sonucu doğrudan ve dolaylı risklerin (örneğin batma, yanma, çatma gibi) poliçede hiçbir tereddütte yer vermeyecek şekilde tek tek tanımlanması sigortalı açısından önemlidir. Sigorta poliçesinde siber riskler teminat dışında bırakılmış ise, siber saldırı sonucu doğacak zıya ve hasarın tazmini cl 380 Siber Saldırı Teminat Dışı Klozu nedeniyle mümkün olmayacaktır.³²

B. SİGORTA AÇISINDAN SİBER RİSK GARANTİSİNİN DENİZE ELVERİŞLİLİK GARANTİSİ İÇERİSİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda da açıklandığı üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 932'nin 2. Bir geminin denize elverişli olarak nitelendirilebilmesi için, geminin, teşkilatının, IT sistemlerinin, yükleme durumunun, yakıtının, gemi adamlarının yeterliği ve sayısı bakımından, (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) yapacağı yolculuğun tehlikelerine karşı koyabilmek için gerekli niteliklere sahip olması gerekmektedir. Yine, gerek Lahey-Visby kuralı m. 3(1)'de³³ gerekse TTK m. 1141'de açıklandığı üzere, gemi, seferin öncesinde ve seferin başlangıcında olağan deniz risklerine karşı dayanabilecek şekilde donanımlı olmalıdır³⁴. Taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke elverişli halde bulundurma yükümlülüğü tedbirli bir taşıyanın göstermekle yükümlü olduğu özen yükümlülüğüdür.

Bu itibarla gemilerin işletilmesinde, iletişimde, animasyonunda, yüklenmesinde ve boşaltılmasında, konteynerlerin takibinde ve yük taşımacılığında, tersane stoklarının tutulmasında ve kontrolünde kıyı ve limanlarda kullanılan bilgisayar sistemleri, bu sektörü siber saldırılara karşı daha duyarlı hale getirmektedir. Bu sistemlerin düzgün çalışması geminin faaliyetlerini aksatmaksızın yerine getirmesi için de önemlidir.

³⁰ Feng, Wang, "The Warranty of Seaworthiness and Cyber Risk of Unmanned Ship", Journal of Business Law, S4 (2020) :311-325.

³¹ Wang, "The Warranty of Seaworthiness and Cyber Risk of Unmanned Ship", Journal of Business Law, S 8.

³² Didem, Alangantürk, Light, "Siber Risklerin Denizcilik Sektörüne Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Erişim Tarihi: 07.08.2022: <https://dergipark.org.tr/en/pub/maruhad/issue/51063/665513>.

³³ Yvonne, Baatz, Maritime Law, (5th ed. informa law 2015), 138.

³⁴ Emine, Yazıcıoğlu, (İstanbul: Filiz Kitabevi 2020), 388.

İnsansız gemiler hâlihazırdaki gemilere nazaran yazılım ve bilgisayar teknolojisi ile yönetileceklerinden, siber saldırılara karşı mürettebatlı gemilere göre daha fazla savunmasız olacaklardır. Bu nedenle, insansız gemilerin siber sistemlerini denize elverişli durumda tutmak için donatanın seferin öncesinde ve başlangıcında gerekli olan makul önlemleri alması gerekmektedir. Tabi hızla gelişen teknolojiyi takip etmek ve buna göre makul önlemleri almak her zaman mümkün olmaya bilir. Bu durum donatan aleyhine sonuçlar doğurabilir. Siber saldırıdan kaynaklanan bir zarar meydana geldiğinde hem sigortacı hem de zarara uğrayan taraf bu durumu donatan aleyhine kullanabilir. Başka bir deyişle yeni gelişen saldırı yöntemi karşısından bilmiyorum savunması mahkemede geçerli olmayabilir ve zarara donatanın kendisi katlanmak zorunda bırakılabilir.

Yine, 6102 sayılı Türk ticaret kanununda kara ve deniz sigortaları arasındaki farklılığa son verildiğinden Türk sigortacılık uygulamasında Tekne Sigortası sözleşmeleri, TTK ve Tekne Poliçesi Genel Şartlarına tabi olarak akdedilmekte, İngiliz Tekne klozları özel şart olarak kullanılmaktadır.

Bu nedenle denize elverişlilik garantisi bakımından 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigorta Kanununun 39. maddesinin 5. fıkrası zaman esaslı poliçeler bakımından sigorta ettirenin bilerek ve isteyerek gemisini denize elverişsiz bir şekilde sefere çıkarması haricinde sigorta teminatı bakımından geminin seferin başlangıcında denize elverişlilik garantisi aranmaz. Ancak, yolculuk esaslı poliçede yolculuğun başlangıcında geminin denizde elverişli olması garantisi sigortacılar açısından aranmaktadır. 1906 tarihli İngiliz deniz sigorta kanununun 39. maddesine göre yolculuğun başlangıcında geminin denize elverişli olmadığından cihetle sigortacı tazmin sorumluluğundan kurtulur³⁵.

Ancak 2015 tarihli İngiliz sigorta kanununun 10. maddesi, sigortacıların, sigorta ettirenin denize elverişlilik garantisine aykırı davranması durumunda, 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigorta Kanunu'nun aksine, aykırılık ile zarar arasında nedensellik bağı olmasını şart koşmaktadır.

Bunun yanında, özellikle yolculuk esaslı sigorta poliçesi bakımından Denize elverişlilik garantisini yerine getirmek ve sigorta teminatı içerisinde kalmak için yerine getirilmesi gereken temel unsurlardan biri de siber güvenlik sistemlerinin minimum standartları sağlaması gerektiğidir. 1906 tarihli sigorta kanununun 39/5 maddesi uyarında zaman esaslı poliçede sigorta ettiren gemi sahibinin gemideki bilgisayar sistemlerinin düzgün çalışmamasından haberi yoksa sigortacı bu durumda tazminat ödemekten imtina edemez.

Özellikle yolculuk esaslı sigorta poliçesi bakımından Denize elverişlilik garantisini yerine getirmek ve sigorta teminatı içerisinde kalmak için yerine getirilmesi gereken temel unsurlardan biride siber güvenlik sistemlerinin minimum standartları sağlaması gerektiğidir.

³⁵ Insurance Act 2015 s.11.

Ayrıca, siber güvenlik sistemleri geminin denize elverişliliğini sağlamak için tüm yolculuk boyunca minimum standartta tutulması gerekir. Siber riskin net bir tanımının olmaması ve kategorize edilmemesi, neden sonuç ilişkisi bakımından sigortalının çıkarına olacaktır. İnsansız gemilerdeki denize elverişlilik garantisi ve dolayısı ile siber risk teminatı bakımından zaman ve yolculuk esaslı poliçelerdeki ayırımın kalkması gerekir. Yine 2015 tarihli sigorta kanununda 1906 tarihli deniz sigorta kanunun aksine denize elverişsizlik garantisinin ihlalinde sigortacının direk olarak sorumluluktan kurtulabilmesi mümkün değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, 2015 tarihli sigorta kanunu m.10'da, sigortacının ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmesi için sigorta ettirenin denize elverişlilik garantisine aykırı davranması ile zarar arasında illiyet bağının sigortacı tarafından kanıtlanması gerektiğini düzenlemiştir. Yine İngiliz Sigorta Kanunu m. 11³⁶ sigortacının sorumluluktan kurtulabilmesi için aranan şartları daha karmaşık bir hale getirmiştir. Buna göre, sigorta ettirenin, denize elverişlilik garantisini ihlal etmesi belirli tür, konum ve zamandaki zarar riskini azaltıyorsa veya meydana gelen zararı arttıracak durumda değilse, sigortacı zararı ödemekten imtina edemez. Ancak sigorta poliçesinde garanti ihlalini oluşturabilecek riskin tanımı açık bir şekilde belirlenmiş ise, sigorta poliçesinde detaylı bir şekilde açıkça tanımlanan bir garanti ihlalden dolayı oluşan zarardan dolayı sigortacı söz konusu risk zararı arttırıcı şekilde olsa bile sorumluluktan kurtulur³⁷. Açıklandığı üzere, 2015 tarihli Sigorta Kanunu'nun 11. maddesi karmaşıktır ve pratikte bu maddenin nasıl yorumlanacağını görmek açısından bu konuda davalarda verilecek kararlara ihtiyaç vardır. Yine de sigorta ettirenlerin sigorta teminatı kapsamı dışı kalmaması açısından, siber saldırılara karşı seferin başlangıcında denize elverişlilik garantisini ihlal etmemek adına gerekli tüm önlemleri almaları gerekmektedir. Ancak hızla değişen teknoloji nedeniyle en güncel yazılımı benimsemek mümkün olmayabilir. Bununla birlikte, gemi sahibi bilmeme savunmasını yapamaz Bu nedenle gemi sahibinin denize elverişlilik konusunda herhangi bir şüphesi varsa ve bunu kontrol etmezse, yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz.

İnsansız gemilerde siber risklerin denize elverişlilik garantisi içerisinde değerlendirilebilmesi bakımından iki senaryo üzerinde durulması gerekir. İlk senaryoda, sigorta ettirenin siber güvenliğin sağlanması bakımından iç hukuka veya uluslararası sözleşmelere uyumamış olması ve siber güvenliğe aykırılık risklerini tanımlayan poliçede herhangi açık bir terimin yokluğunda, sigortacı bunu denize elverişlilik garantisinin ihlali olarak kabul edip, sorumluluktan kurtulabilir.

³⁶ Insurance Act 2015 s.11.

³⁷ Wang,"The Warranty of Seaworthiness and Cyber Risk of Unmanned Ship",Journal of Business Law, S7.

İkinci senaryo bakımından, Eğer sigorta poliçesinde siber güvenlik riskinin azaltılması için açıkça sigorta ettirenin belirli düzenlemelere uyması gerektiği şart koşulmuşsa ve sigortalının bunlara uymadığı sigortacı tarafından kanıtlanırsa, sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü sona erebilir. İngiliz sigorta kanunu 2015 ışığında, sigortalının poliçede belirtilen koşulları takip etmemesi siber riski arttırmayacağını kanıtladığı ölçüde sigortacı sorumluluktan kurtulamaz, mesela zarar geminin kırılmasından meydana gelmiş siber risk terimine uyulmaması zarara hiçbir katkı sağlamamışsa sigortacı ödemek zorunda olur. Ancak sigorta poliçesinde açıkça sigorta ettirenin gemiyi siber saldırılara karşı güvenli bir şekilde tutması şartı varsa o zaman sigorta ettirenin denize elverişlilik garantisine aykırılığının belli türdeki riskleri azaltıp arttırması ihtimallerine bakılmaksızın sigortacı sorumluluktan kurtulabilir.

Bu nedenle, insansız gemilerin denize elverişliliği konusundaki tartışmaların siber güvenliğe odaklanması ve hem deniz yoluyla eşya taşımacılığı hem de sigorta hukuku için düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Başarısız siber risk yönetimi sonucunda gemi denize elverişsiz olacağı için sigortacı zararı ödemekle yükümlü olmayacak ve taşıyıcı yük sahibine karşı sorumlu olacaktır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İnsansız gemiler denizlerde ve okyanuslarda serbestçe dolaşmaya başlamadan önce denizcilik endüstrisi özellikle siber sorumluluk ve denize elverişlilik düzenlemeleri konusunda yasal düzenleme yapmak ve mevcut hükümlere açıklık getirmek zorundadır. Hali hazırdaki düzenlemeler yeterli değildir. Siber riske karşı koruma hala büyük ölçüde güvenlik yazılımının kullanımına, ekip tarafından izlenmesine ve siber güvenlik ve emniyetin yönetimine bağlıdır. Şu anda, bu tür konuları özellikle denizcilik bağlamında ele alan bir içtihat bulunmamaktadır.

Ayrıca, ticari sözleşmelerdeki ve sigorta poliçelerindeki mevcut maddeler, bu endişeleri değişen derecelerde ele almaktadır ve bu durum, siber suçların gerçekleştirilme şeklini değiştiren teknolojiadaki her gün yeni gelişmelerin ortaya çıkması gerçeğiyle birleşmektedir. Daha önce, denize elverişlilik garantisinin konusu genellikle, geleneksel terimlere yöneliktir. İnsansız gemilerin siber güvenliği bağlamında denize elverişliliğin tanımına odaklanılmamıştır. İnsansız gemiler senaryosunda siber risk, piyasanın ve çeşitli kurumların dikkatini çekmiş olsa da, hukuki düzenlemeleri uyarlamak hiç şüphesiz zaman alacaktır.

KAYNAKÇA**KİTAPLAR**

- Arnould: *Law of Marine Insurance and Average*, London:Sweet&Maxwell 2019.
- Baatz, Yvonne,, *Maritime Law*, London:.Informa law 2015.
- Chuah,Jason, *Law of International Trade*,London: Sweet & Maxwell Ltd 2020.
- Kara, Hacı *Deniz Hukuku*, İstanbul:Onikilevha,2020.
- Kender, Rayegan, *Türkiyede Hususi Sigorta Hukuku*,İstanbul:Onikilevha,2017.
- Sözer, Bülent, *Deniz Ticaret Hukuku-I*, İstanbul:Vedat Yayıncılık 2022.
- Sözer,Bülent, *Istanbul Colloquium On Unmanned Ships*, İstanbul: Vedat Kitapçılık,2021.
- Yazıcıoğlu, Emine, *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi 2020.

MAKALELER

- ,Alangantürk,Light, Didem”Siber Risklerin Denizcilik Sektörüne Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Erişim Tarihi: 07.08.2022:<https://dergipark.org.tr/en/pub/maruhad/issue/51063/665513>
- Chris, Chatfield,”Cyber Exclusion Clauses-Are They fit for purpose?”Erişim Tarihi:08.08.2022: <https://kennedyslaw.com/thought-leadership/article/cyber-exclusion-clauses-are-they-fit-for-purpose/>.
- Guidelines on Maritime Cyber Risk Management MSC-FAL.1/Circ.3, cl.3.1.
- IMO, Guidelines On Cyber Risk Management,Erişim Tarihi:08.08.2022 [https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/MSC-FAL.1-Circ.3%20-%20Guidelines%20On%20Maritime%20Cyber%20Risk%20Management%20\(Secretariat\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/MSC-FAL.1-Circ.3%20-%20Guidelines%20On%20Maritime%20Cyber%20Risk%20Management%20(Secretariat).pdf)
- Institute Cyber Attack Exclusion Clause (Cl.380) Erişim Tarihi: 05.8.2022,<https://www.allianz.com.tr/content/dam/onemarketing/aztr/allianz/pdf/diger/Tekne-Kloz-Metinleri-04022020.pdf>.
- Jana,Rodica, • The Cyber future of Marine Risk and Insurance,Erişim Tarihi:08.08.2022 <http://intranslaw.hdtpeu/the-cyber-future-of-marine-risk-and-insurance/he-Cyber-future-of-Marine-Risk-and-Insurance/>.
- Japan P & I Loss Prevention Bulletin, Vol.42 (May 2018).
- Kara,Hacı,”Gemilerde Yapay Zeka Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar”, SDÜHFD 10, S.32(2020):17-52; Autonomous Shipping, Erişim Tarihi 02 Ağustos, 2022,<https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx/>.
- Merkin and Gürses, "Insurance Contracts after the Insurance Act 2015" (2016) 132 Law Quarterly Review 445.
- Merkin, Rob, Uçar, Ayça,” Taking at Sea: Recent Insurance Developments in England”,Exeter Law Review,(2020) s 66-67.
- Wang,Feng,,”The Warranty of Seaworthiness and Cyber Risk of Unmanned Ship”,Journal of Business Law, S4 (2020) :311-325.

SİBER RİSK SİGORTASI: UYGULAMALAR VE SON GELİŞMELER

*İlknur ULUĞ CİCİM**

GİRİŞ

Bilgi işlem teknolojilerinin yaygın bir şekilde kullanımı, insanların yaşam kalitesi ve ekonomik refahını arttırırken, aynı zamanda yeni tip tehditleri yaratmıştır. Gerçekte modern toplumların, teknolojik risklere karşı savunmasızlığı ve kırılganlığını arttırmıştır.¹ Teknolojinin önemi sadece insanlar için değil kurum ve kuruluşların tüm faaliyetlerinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir. Fayda sağlayan birçok durumun olumlu yanlarının olabileceği gibi kötüye kullanım sonucu birçok zararı da beraberinde getireceği bilinmektedir. Bilgi ve teknoloji hayatımızın en büyük kurtarıcısı gibi görünse de kötü niyetli kişi ve kuruluşların kendi menfaatleri uğruna yaptıkları birçok işin sonucu beklenmeyen zararlar oluşabilir. Dolayısıyla teknolojik sistemlerin kullanımı, gerek kamu kurumları ve işletmeleri gerekse de bireyleri siber risklerle karşı karşıya bırakmaktadır.² Teknolojik alanda bu hızlı ve köklü değişimden etkilenen alanlardan biriside sigortacılık hizmetleridir. Gelişen teknoloji ve yeniliklerin etkisiyle toplumlar bu değişimlere uyum göstermek adına çeşitli olaylarla karşılaşır ve karşılaşılan bu yeni olaylardaki rizikoları minimum seviyeye indirebilmek için sigortacılık faaliyetlerinden yararlanılmaktadır. Her geçen gün daha fazla şirket, verilerini ve markalarını tehdit eden riskleri minimuma indirmek için sigorta güvencesi arama yoluna gitmektedirler³. Sigorta, bir şirketin siber riski azaltma çabalarında, kurumsal siber güvenlik kontrollerinin yanında yer alan ve bunları tamamlayıcı bir unsurdur. Diğer yandan siber sigorta ile sadece riskler güvence altına alınmamakta, aynı zamanda sigortalılarına riskin gerçekleşmesi öncesi koruyucu nitelikte, hasar öncesi siber güvenliğinin geliştirilmesine yönelik destek hizmetler, alınacak önlemler hakkında riziko teftişi, koruyucu tedbirlerin öngörülerek, bunların yerine getirilmesinin ve poliçe süresince de

* Dr. Öğretim Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Email.ilknurlug@akdeniz.edu.tr, ORCID-ID:0000-0002-5419-8302

¹ Karayazgan Ahmet, "Hukuki Yönüyle Siber Riskin Sigorta ve Reasüransı", İstanbul 2020, s.3, Karayazgan Ahmet, " Sigorta Sektöründe Siber Risk- Siber Sigorta" Legal Hukuk Dergisi, C:18, S. 205, 2020, s.135.

² Altuntaş/Kara/Soylu/Kırkbeşoğlu, "Siber Sigortalar: Son Gelişmeler, Uygulamalar ve Sorunlar", Bankacılık ve Sigortacılık Araştırmaları Dergisi Sayı 12,2018,s.9.

³ Uluğ İlknur, Sanal Sigortacılık, İnternet ve Toplum, Ankara 2005, s.161-163.

muhafaza edilmesinin tavsiye ve talep edilmesi gibi bir kısım ilave faydaları da olacaktır.

Günümüzün global dünyasında hızla değişen ve belirsiz bir risk coğrafyası üzerinde faaliyet gösteren sigortacıların yükselen riskleri tespit etmesi ve anlaması hem uzun vadeli yükümlülüklerini yönetmek açısından, hem de hizmet sundukları topluma ve iş dünyasına zamanında ve etkili çözümler sunabilmeleri açısından hayati öneme sahip olduğu belirtilmiştir. Yükselen riskler, teknoloji, bilim veya hukuk teorilerindeki değişiklikler nedeni ile ortaya çıkan ve gelecekte gerçek hasar taleplerine dönüşmesi muhtemel olan görünür olgulardır. Bunlar yeni ve öngörülemeyen durumlar olabileceği gibi daha önceden bilinen risklerin çeşitli nedenlerle evrim geçirmesi veya hasar talebine neden olması beklenmeyen olguların yeni hukuk yorumları, yargı içtihatları veya mevzuatın ortaya çıkması nedeni ile hasar talepleri doğurur hale gelmeleri şeklinde de ortaya çıkabileceği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda dünyada son dönemde ortaya çıkan ve yükselen riskler olarak adlandırabileceğimiz başlıca riskler arasında siber riskler, nanoteknoloji, genetiği değiştirilmiş ürünler, iklim değişikliği, küresel ısınma ve güneş fırtınaları sayılabilir denmiştir.⁴

I. SİBER RİSK KAVRAMI

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bilgi teknolojilerinin toplumsal altyapı içindeki öneminin giderek arttığı ve yaşadığımız son yirmi yıl içinde de toplumlar altyapısal anlamda bilgi teknolojilerine iyice bağımlı hale geldiği görülmektedir. Bunun yanında ulaşım ve iletişim sistemlerinden bankacılığa kadar ülkelerin bütün altyapılarını artık bilişim sistemleri ile entegre etmeye çalışmışlardır. Bu sistemlerdeki hata ve kesintilerin kamu hizmetlerinin ve toplumsal hayatın durması gibi çok ciddi sonuçları olabileceği ileri sürülmüştür⁵.

Siber riskin tanımının yapılması, teknolojinin sürekli gelişmesine bağlı olarak güçleştiği görülmektedir. Siber risk kavramı, kurumların bilgi ve teknoloji varlıklarına etki eden birçok farklı kaynaktan oluşan risklerden meydana gelmektedir. Siber risk kavramı ile tam olarak neyin ifade edildiği yeterince açık değildir. Siber risk kavramının standart hale gelmiş bir tanımı da yoktur. Söz konusu kavramı dar yorumlayan bir tanıma göre ise siber risk, işin bozulmasına ve mali zarara yol açan kötü niyetli elektronik bir işleme karışan risklerdir. Siber risk kavramını daha geniş perspektiften bakarak bilgi güvenliği riski veya bilgi sistemlerinin çökmesine neden olan risk şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre siber risk, bilgi teknolojilerine bilgisayar sistemleri üzerinden gelebilecek çok sayıda riski kapsadığı ileri sürülmektedir⁶.

⁴ Naklen, bkz. Ünal Selçuk, "Siber Riskler", REASÜRÖR, S.9, İstanbul 2014, s.4,

⁵ Ünal, s.5.

⁶ Avcı Zehra, Siber Risk Sigortasının TTK Bağlamında Değerlendirilmesi, Ticaret Hukuku Sempozyumu- Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2021, Bildiri Kitabı, s.190-191

Sigortacılık alanında yeni bir risk ortaya çıktığında sigorta şirketleri, karşılaşacakları riskleri önceden tespit edip üzerinde çalışma yaptıktan sonra bunların olası etkilerini bertaraf edebilmeyi amaçlamaktadırlar. Bunu yaparken de risklerin doğru bir şekilde ölçülmesi ve bu riskin topluluğa dağıtılması gerekmektedir. Sigortacılığın temel çalışma esası da budur. Diğer sigortalar gibi siber sigortalar açısından da bu durum geçerliliğini korumaktadır. Bu sebepten dolayı, siber tehditlerin ne olduğunun ve yaratacağı risklerin çok iyi bilinmesi gerekmektedir. Bu noktada, öncelikle siber sigortanın temelini oluşturan siber riskin açıklanması gerekmektedir⁷.

İngilizcedeki «cyber» sözcüğünden dilimize geçmiş olan “siber” deyimini bilgisayar ağlarına, internete ait olan, dünyadaki tüm bilişim sistemleri ve bunları birbirine bağlayan ağlardan oluşan ortam, sanal gerçeklik anlamına gelmektedir⁸. Siber risk terimi ile tam olarak neyin ifade edildiği yeterince açık değildir. Bir taraftan siber risk, bilişim teknolojileri vasıtası ile herhangi bir sistem, hizmet veya veri tabanı üzerindeki mahremiyet, bütünlük veya mevcudiyete yönelik risklerdir diye tanımlanırken diğer taraftan siber risk, elektronik ekipman, bilgisayar, bilgi teknolojisi ve sanal gerçeklik kullanımı ile bağlantılı bir kayıp riskini ifade etmektedir⁹.

Ülkemizde bir mevzuatla tanımlanmış bir siber risk tanımı mevcut değildir. 5237 sayılı TCK ile siber suç tanımı yapılmıştır. TCK siber suçları “Bilişim Alanında Suçlar” başlığı altında 243,244 ve 245’de bilişim sistemlerinin vasıta olarak kullanıldığı mevcut suçların nitelikli hali olarak düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK’nın düzenlemelerinde bazı noktalar tartışmalı ise de, esas itibarı ile 23.11.2001 tarihli Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin ülkemiz tarafından imzalanmış olması ve bu sözleşmenin hükümleri ile uyumluluk sağlanmaya çalışılmasının etkisi büyük olmuştur. Bu konu daha sonra 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanunu 2016 yılında yürürlüğe girmesi ile siber riskler konusunda farkındalığı daha çok artırmıştır.

II. SİBER TEHDİTLER VE SİBER SALDIRILAR

Siber riskin kaynağını oluşturacak siber tehditler ve siber saldırılar çeşitlilik arz etmektedir. Siber saldırı, kötü amaçlı yazılım veya bilişim sistemlerini devre dışı bırakmak veya bilişim sistemlerinde mevcut fikri mülkiyet ve sır niteliğinde olanlar ve kişisel veriler dahil her cins verileri çalmak amacıyla yapılan saldırılardır. Siber tehdit ise, siber saldırıların başarılı olarak gerçekleşme olasılığı olduğu belirtilmiştir¹⁰. Siber saldırı bir veya birden fazla

⁷ Şağban Eyüp Ensar, “NFT’ler Özeline Siber Sigortaya Bir Bakış”, Bilişim Hukuk Dergisi, C:3, S:2, 2021, s.432, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/bilismhukukudergisi/issue/67790>, E.T: 29.08.2022.

⁸ Bkz. Konfidan Melisa, Denizcilik Faaliyetleri Sırasında Gerçekleşebilecek Siber Rizikolara İlişkin Sigorta Teminatları Üzerine Düşünceler, 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku : Olası Sorunlar, İstanbul 2021, s.696

⁹ Karayazgan, Siber Sigorta, s.5.

¹⁰ Siber sigortaların kapsamı konusunda poliçelerde teminat altına alınan siber tehditler ise başlıklar itibarıyla şu şekilde sayılabilir: fidyecilik (ransomware), phishing (oltalama), kırma (cracking),

bilgisayardan karşıdaki bilgisayarlara veya ağlara yapılan saldırı eylemleridir. Amaç verileri çalmak, değiştirmek veya yok etmektir. Günümüzdeki en yaygın siber saldırı türlerine şu örnekleri verebilir: Kötü Niyetli Yazılım (Malware), Kimlik avı saldırıları (Phishing), DoS ve DDoS Saldırısı, Aradaki adam saldırısı veya ortadaki adam saldırısı (Man in the Middle), Yapılandırılmış Sorgu Dili (Structured Query Language), Zero Day Exploit (Sıfır gün saldırısı), Şifreleme (Parola) saldırıları (Password Attack), Telekulak saldırısı (Eavesdropping Attack), Doğum günü saldırısı (Birthday Attack) ¹¹

ortadaki adam (man in the middle), sosyal mühendislik (social engineering) ve nesnelerin interneti (internet of things – IoT), Bkz. Şağban, s. 433, Karayazgan, Siber Sigorta, s.6

¹¹ Samim Ünán ve Altınbaş/ Kara/Soylu/ Kırkbeşoğlu makalelerinde siber saldırı türlerini şu şekilde açıklamıştış:

Kötü Niyetli Yazılım (Malware): Bunlar, virüsler gibi izinsiz şekilde bilgisayarlara sızdırılan kötü amaçlı yazılımlardır. Bilgisayarları veya bunların oluşturdukları ağları kullanılamaz duruma getirebilir veya saldışana erişim izni sağlayarak sistemi uzaktan denetleme olanağını verebilirler, Kimlik avı saldırıları (Phishing): Güvenilir kaynaklardan gelmiş gibi gösterilen e-postalar aracılığıyla kişilerin site bilgilerini, kredi kartı bilgilerini elde etmeye yönelik saldırılardır, DoS ve DDoS Saldırısı ('Denial of Services' ve 'Distributed Denial of Services'): DoS saldırısı "on-line" hizmetlerin düzgün çalışmasını engellemek amacıyla bir web sitesine veya bir veri tabanına çok fazla sayıda istek yollayıp sistemin kilitletmesini sağlamaya yönelik saldırı türüdür. Bu saldırıların birden fazla bilgisayardan yapılması hali DDos saldırısı olarak isimlendirilmektedir, Aradaki adam saldırısı veya ortadaki adam saldırısı (Man in the Middle): Bu çeşit saldırıda saldışan birbiri ile doğrudan iletişim kuran iki taraf arasındaki iletişimi gizlice iletmekte veya değiştirmektedir. Mesela bir Wi-Fi ağının taklit edilmesi sayesinde saldırıya uğrayanlar erişmeyi arzuladıkları Wi-Fi ağı yerine saldışanların Wi-Fi ağına dahil olmakta ve işlemleri saldışanlar tarafından izlenebilir hale gelmekte ve verileri ele geçirilebilmektedir,Yapılandırılmış Sorgu Dili (Structured Query Language) :Yapılandırılmış Sorgu Dili herhangi bir veri tabanı ortamında kullanılan bir alt dildir. Kullanıcılardan bilgi alan birçok web sitesi bu verileri SQL veri tabanlarına göndermektedir. Saldırırganlar da SQL güvenlik açıklarından faydalanarak kullanıcıların veri tabanlarının denetimini ele geçirebilmektedirler, Zero Day Exploit (Sıfır gün saldırısı): Bir yazılımda mevcut olan güvenlik açığının o zayıflık düzeltilinceye kadar siber haydut tarafından saptanması ve kullanılmasıdır, Şifreleme (Parola) saldırıları (Password Attack):Parola çoğu zaman bir sisteme giriş yapmak isteyen kullanıcının gerçek hak sahibi olup olmadığını saptamak için zorunlu olarak kullanılan bir araçtır. Parola saldırıları en yaygın saldırılar arasındadır, Telekulak saldırısı (Eavesdropping Attack):Kullanıcının özel alan niteliğindeki cihazlara yüklenen yazılımlar aracılığıyla izinsiz dinleme yapmak için uzaktan erişim sağlanmasıdır. Saldırırgan sızdığı ađda dinleme yaparak kullanıcının o ağ üzerinden göndereceği kişisel verileri edinir. Aktif ve pasif olmak üzere iki türü vardır. Pasif türünde yalnızca dinleme yapılarak bilgi toplanmakta; aktif türünde ise saldışan kullanıcıda kendisinin "dost" bir yapı olduğu izlenimini uyandırmakta ve ona sorduğu sorular aracılığıyla peşinde olduğu bilgilere ulaşmaktadır, Doğum günü saldırısı (Birthday Attack): Doğum günü saldırıları, bir mesajın, yazılımın veya dijital imzanın bütünlüğünü doğrulamak için kullanılan karma algoritmalara karşı yapılan saldırılardır. Bir karma algoritma tarafından işlenen bir mesaj, MD olarak betimlenen sabit uzunlukta bir mesaj özeti üretmektedir. Doğum günü saldırısı, bir karma algoritma tarafından işlendiğinde aynı MD'yi üreten ikinci bir mesaj oluşturma yoluyla gerçekleştirilmektedir. Siber haydut, kullanıcının mutabık olduğu asıl mesajı, kendi oluşturduğu üzerinde uyuşma olmayan mesajla değiştirmekte ve böylece (mesela) kullanıcıyı aslında kabul etmediği bir sözleşmeyi yapmış duruma getirmektedir; Bkz. Aynen atuf, Ünán Samim, "Siber Saldırırlarda Sigortacılar Yükümlülüklerine Nasıl Dikkat Etmeli", <https://sigortacigazetesi.com.tr/siber-saldirirlarda-sigortacilar-yukumluluklerine-dikkat-etmeli/E.T>, 08.08. 2022, Altıntaş/Kara/Soylu/Kırkbeşoğlu, "Siber Sigortalar: Son Gelişmeler, Uygulamalar ve Sorunlar", Bankacılık ve Sigortacılık Araştırmaları Dergisi Sayı 12,2018, s.10-11.

III. SİBER RİSK SİGORTASI VE SİBER RİZİKOLAR

A. GENEL OLARAK SİBER RİSK SİGORTASI

Siber risk sigortası, bilişim sistemlerinde ortaya çıkan siber riske bağlı olarak sigorta lehtarının kayıplarını konu alan sigorta çeşidi olarak tanımlanmıştır. Bir başka tanımda, siber sigorta, gizliliği haiz ve korunma ihtiyacı duyulan verilerin hukuka aykırı yollarla ortaya çıkması ile oluşacak hasara karşı yapılan sigorta poliçesi olarak ifade edilmiştir¹².

Siber risk sigortasını diğer sigortalardan ayıran en önemli özellik verinin silinmesi kaybolması ya da çalınması değildir. Çünkü siber risk sigortasında zarar görecektir veri değil, sigortalanan verinin kaybolmasından kaynaklı üçüncü kişilerin talebi sigortalandır. Siber risk sigortasını diğer sigortalardan farklı kılan bir diğer özellik ise, gerçekleşen riskin sonuçlarının kestirilebilmesinin güçlüğüdür. Çünkü zarar oluştuğunda bu zararı ölçmek çok zordur. Bütün bu karmaşık ve zor belirlemelerden dolayı sigortacıların bu alandaki ürünlerini kolay bir şekilde yaygınlaştırmaları ve uygun fiyatlı poliçelerini müşterilerine sunmaları hiç de kolay değildir. Siber risk sigortasında belirlenmiş paket bir poliçe yoktur. Bu yüzden her sigortalının talep ve ihtiyaçlarına göre ek teminat içeren poliçeler düzenlenmektedir. Siber risk sorumluluk poliçeleri, elektronik veri ve internet kullanımıyla ilişkili birçok riski kapsamaktadır¹³. Uygulamada standart siber güvenlik sigortası ile siber saldırının gerçekleşmesi sonucu dijital varlıkların örneğin veri ve programların uğradığı maddi hasar, iş faaliyetinin kesilmesi nedeniyle doğan kayıplar ve bu sebeple ortaya çıkan masraflar, siber gasp nedeniyle sistemin yeniden çalıştırılabilmesi için verilen fidye, gizlilik taahhüdünün ihlalinden doğan sorumluluklar, IT sorumluluğu, idari para cezaları, masraflar ve giderler, kriz yönetimi masrafları (örneğin bildirim masrafları, adli masraflar) teminat altına alınmaktadır. Siber güvenlik sigortası şahısların uğradığı bedeni zararları ve mallara gelen ziya ve hasardan sorumlu değildir¹⁴.

B. SİBER RİZİKO TÜRLERİ

1. Bilgisayar Rizikoları

Bilgisayar sistemi, bir çok işletmenin merkezi ve kalbidir. İşletmede bilgisayar sisteminin kullanılması ile verimlilik artmaktadır. Bunun için fiyat genellikle yüksektir. Bir işletmede bulunan bilgisayar sistemi birbirinden farklı bir çok riziko ile karşı karşıyadır. Bu rizikolar kendi içlerinde online/çevrimiçi ve offline/çevrimdışı rizikolar olarak ikiye ayrılmıştır. Çevrim

¹² Karayazgan, Sigorta Sektöründe, s.28, Altuntaş/Kara/Soylu/Kırkbeşoğlu, s. 12.

¹³ Altuntaş/Kara/Soylu/Kırkbeşoğlu, s.12.

¹⁴ Algantürk Leight, Didem, Siber Tehlikelerin Denizcilik Sektörüne Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s.135-136.

dışı ve çevrim içi riziko ayrımının yanında, donanıma ve yazılıma yönelen rizikolar olarak da bir ayrım yapılmıştır. Aşağıda çevrimiçi ve çevrimdışı riziko ayrım esas alınarak bir sınıflandırma incelenmiştir¹⁵.

a) Çevrimdışı Rizikolar

Bilgisayarın herhangi bir iletişim ağına bağlı olmadan meydana gelen rizikolardır. Bu rizikolar bilgisayarın donanımına zarar vererek bağlantılı verilerin kaybına veya bağlantılı iş ve işlemlerin durmasına yol açabilir¹⁶. Bilgisayardaki yazılım hatalarından ya da virüs programlarının bulaşmasından dolayı verilerin kaybolması, silinmesi ve değiştirilmesi ve bunların sonucunda müşteri verilerinin veya know-howların (ticari teknik bilgi) kaybolması ya da ciro kaybı gibi olası zararların ortaya çıkma ihtimalleri çevrim dışı rizikolara örnektir¹⁷.

b) Çevrimiçi rizikolar

İnternete canlı olarak entegre olmanın sonucu meydana gelen rizikolardır. Özellikle sanal olarak faaliyet gösteren veya işletmesinin bir bölümü internette aktif olan teşebbüslerin karşılaştığı rizikolardır. Sabotaj(hack), hile, virüs, elektrik ve iletişim kesintileri veya yazılım hataları neticesinde verilerin silinmesi veya değiştirilmesi ya da web sayfasına ulaşamama neticesi ticari itibar kaybı, müşteri verilerinin ve know-howların kaybı çevrim için karşılaşılabilecek rizikolardandır¹⁸.

2. İnternet Rizikoları

İnternet alanında olası faaliyetler nedeniyle zarar oluşturabilecek olaylar çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. İnternet kaynaklı rizikolar; teknik rizikolar ve internet sayfasının içeriğinden kaynaklanan rizikolar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁹.

¹⁵ Memiş Tekin, Sigorta İşlemlerinde İnternetin Uygulamaya Konulması İle Birlikte Ortaya Çıkan Yeni Sorumluluklar Rizikolar ve Bunlarla İlgili Sigorta Türlerine Olan Gereksinim, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr>, Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, s.398, (Erişim Tarihi:25.08.2022)

¹⁶ Memiş, s.398, Kayıhan Şaban, “ Sigorta Hukukunda Siber Riziko”, 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku : Olası Sorunlar, İstanbul 2021, s.654

¹⁷ Kayıhan Şaban,Siber Riziko, s.654

¹⁸ Kayıhan Siber Riziko, s.654-655, Memiş, s.399-400.

¹⁹ Kayıhan Şaban ” İnternet Sigortasında Riziko”, <http://jurix.com.tr/article/568>, E.T 30.08.2022, s.3/10, Uygulamada, siber riskler için verilen sigorta teminatları internet riskleri açısından şu örnekler verilebilir:

- Fikir ve telif haklarının çalınması sonucu doğan zararlar,
- Karalama ve hakaret gibi fiillerden doğan sorumluluklar,
- Siber risklerin gerçekleşmesi nedeni ile ortaya çıkan itibar kayıplarının telafisi için yapılması gerekli halkla ilişkiler ve tanıtım faaliyetleri gibi masraflar,

a) Teknik Rizikolar²⁰

-Hack (Sabotaj): Teşebbüsler açısından doğması muhtemel en büyük riziko sisteme yetkisiz kimseler tarafından sabotaj amaçlı girişlerin gerçekleştirilmesidir. İşletmeler belirli zaman periodların da giriş şifrelerini değiştirmektedirler. Ancak bu rizikoyu sıfıra indirmemektedir. Sisteme saldırı işletme bünyesinde çalışanlar tarafından da gerçekleştirilebilir. Kötüniyetli kasten olabileceği gibi ihmalden de kaynaklanabilir.

-Verilerin Çalınması: İşletmelerin kendi iç verilerinde oluşan zararlar; yatırım planları ve ihale bilgilerin çalınması ve üçüncü kişilerde meydana gelen zararlar; İnternette kullanılan kredi kartlarının verilerinin kopyalanması örnek olarak verilebilir. Örneğin, müşteri bilgileri gibi kişisel bilgilerin depolanan kişisel verilerin ekonomik değeri de çok önemlidir. Çalınma halinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu çerçevesinde sorumluluklarda doğmaktadır. Burada harç ve avukatlık masrafları gibi dava masrafları da dikkate alınmalıdır.

- Virüs Saldırısı: Sisteme giren virüsler sistemi zarara uğratmakla beraber, bu sistem üzerinden dağılarak üçüncü kişilerinde zarar görmesine sebep olabilmektedir. Bu durumda virüs rizikosu hem aktif sigortaya hem de pasif sigortaya konu oluşturabilecek bir riziko türüdür. E-posta aracılığı ile yayılabileceği gibi, diğer sosyal medya platformları aracılığı ile de bulaşır.

Yazılım Hataları, Hatalı Kullanım ve Yanlı Yönlendirme: Bu durumlar üçüncü kişilere de zarar verilmesi halinde sorumluluklar doğmaktadır.

b) İnternet Sayfasının (Web Page) İçeriğinden Kaynaklı Rizikolar²¹

-Kişilik Haklarının İhlali: İnternette yayımlanan verilerin içeriği hakaret, iftira, özel hayatın gizliliğini ihlal ve diğer şekillerde manevi değerlerin ihlal edilmesine sebebiyet verecek şekilde olabilir. Diğer bir ihlal ise, online sigortacılık, vergi danışmanlığı, elektronik posta servislerinin sistem hataları yüzünden istemeden kişisel bilgilerin kamuya sızması veya web sayfasını ziya-

-
- Yanlış ve kişilik haklarını ihlal edici internet reklamları sonucu doğan tazminat yükümlülükleri,
 - Çalışanların hata, ihmal ve tedbirsizlikle veya kasten olduğu gizlilik ihlalleri nedeni ile ortaya çıkan tazminat yükümlülükleri (örneğin çalışanlar, müşteriler ve tüketicilerin verilerinin ifşası),
 - Siber riskin gerçekleşmesi sonucu 3. şahısların verilerinin ifşası durumunu ilgili şahıslara bildirmek için yapılan masraflar.

Teknolojik riskler açısından: Sistemler, şebekeler ve bilgisayar donanımlarına gelen zararlar (örneğin hacker veya virüs aktiviteleri nedeni ile güvensiz hale geldikleri için yenilenmek zorunda kalınan sistem ve donanımlar), Bilişim sistemlerindeki sorunlar, hacker ve virüs saldırıları nedeni ile gerçekleşen İş Durması ve Kâr Kaybı zararları, Mevzuat ve standart ihlalleri sonucu doğan zararlar (para cezaları gibi),Bkz, Ünal, s.8

²⁰ Naklen, Kayıhan, Siber Riziko, s.656-660, Kayıhan, İnternet Rizikosu,s.3/10

²¹ Naklen, Kayıhan, Siber Riziko, s.661-664, Kayıhan, İnternet Rizikosu, s.5/10

ret edenlerin bilgilerinin toplanması biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Kişilik haklarının internet üzerinden ihlali halinde (TMK m24 vd. ve TBK 49 vd hükümleri ile ihlali yapan faillere karşı, kişilik haklarının saldırıya uğrayan kimse kanununda sayılan davaları açabilecektir) sigorta güvencesine ihtiyaç vardır.

- Haksız Rekabet Fiilleri: Ticari hayatta önceden öngörülemeyen haksız rekabet halleri ortaya çıkabilir. Örneğin, Google, Yandex gibi arama motorlarında kavram ararken, hiç alakası olmayan internet alanlarına girilmektedir. Bu gib hallerde markalar, ticaret unvanları ve işletme isimlerine rast gelinmektedir. Bazı siteler hak sahiplerinden izin almadan link vermektedir. Spam tabir edilen elektronik e- postalar da haksız rekabet oluşturacak içerikte olabilmektedir. Bu içeriklere örnek olarak, markalar ve unvanlar hakkında onur kırıcı ve küçük düşürücü yayınlar yapmak ve aldatıcı reklamlar verilebilir. Örneğin bir işletmenin ürettiği reklam sloganına, reklama ilişkin yeni fikrine başkası tarafından internet yolu ile tecavüz edilmiş olabilir.

- Fikri ve Sinai Mülkiyet Haklarının İhlali: Günümüzde Web siteleri marka ve telif hakkı ihlalleri için verimli yerler olmuştur. Özellikle müzik, dizi, sinema filmleri ve siber ortamda yayınlanan kitap gibi telif haklarının ihlalleri. Bir işletme sahibi telif haklarına ve marka, model, patent, işletme adı, ticaret unvanı, domain name gibi ticari isimlere gelebilecek saldırılar sonucu uğrayacağı zararlar için sigorta güvencesi isteyebilir.

III. SİBER SİGORTALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE POLİÇE İLE DÜZENLENMESİ

Uygulamada siber rizikolar, siber güvenlik poliçesi ile veya sigorta poliçelerine ek olarak siber güvenlik teminatı almak suretiyle sigortalanabilmektedir²².

Siber risk sigortası ile bilgisayar sistemlerine bir saldırı veya bilgi teknolojisi sistemlerinin bozulması riskine karşı birinci taraf ve üçüncü taraf zararları teminat altına alınır. Birinci taraf zararları, sigortalının uğradığı zararlar ve yapmak zorunda kaldığı masraflar kapsamdadır. (Poliçe mal sigortası niteliğindedir). Örnek olarak; sigorta ettirenin doğrudan maruz kaldığı veri kaybı veya hasarı, mal zararları, iş kaybı, eski düzene dönmek için yapılan masraflar verilebilir. Üçüncü taraf zararında ise rizikonun gerçekleşmesiyle

²² Siber risk sigortacılığı alanında belli bir örnek poliçe olmayıp, her sigortalı organizasyonun nitelik ve ihtiyaçlarına göre birçok ek teminatı içeren şemsiye poliçeler düzenlenmektedir. Her sigortalı için gerekli risk analizini yapıp poliçeye eklenecek doğru ek teminat ve limitleri belirlemek gerekmektedir. Sigorta teminatı verilecek organizasyonun sahip olduğu, operasyonel ve teknolojik siber güvenlik önlemlerinin yeterlilik düzeyi teminatın içeriğini ve primi belirlemede önemli bir etken olup, Türkiye’de bu alanda çalışacak sigorta profesyonellerinin, ellerinde yeterli geçmiş hasar bilgisi olmadığından özellikle siber güvenlik teknolojileri hakkında belli ölçüde bilgi sahibi olmasının önemli olduğu değerlendirilebilir, Bkz. Ünal, s.9

sigortalının üçüncü bir kişiye karşı sorumluluğu söz konusudur. Üçüncü taraf zararında poliçe sorumluluk sigortası niteliğindedir. Örnek olarak ise, sigortalıların hareketlerinden dolayı zarar gören kimselerin zararları verilebilir²³.

Siber risk sigortaları teminatın kapsamına göre, hem mal sigortası hem de sorumluluk sigortası olacak şekilde paket bir poliçe düzenlenebilir. 27.08.2007 tarih ve 2007/9 sayılı “Sigorta Sözleşmesi Konusu Teminatların Veriliş Şekline İlişkin Genelge14” uyarınca “paket poliçede yer alan sözleşmelerin birbirleriyle ilgisi bulunmadığı gibi, her bir sözleşme de diğerinden bağımsızdır” diyerek paket poliçe düzenlenmesine imkan tanımıştır. Bu nedenle siber risk sigortası sözleşmesinin, ayrı ayrı bir mal sigortası ve bir sorumluluk sigortası olarak paket poliçe şeklinde düzenlenmesine engel yoktur.²⁴.

Ek teminatlar istisna klozları ile siber riskler sigorta sözleşmesine eklenmektedir. Denizcilik sigortalarında bu kloz örneklerine çok rastlanmaktadır. Tekne ve makine sigortalarında ek teminat ile veya tamamen bağımsız bir sigorta sözleşmesi olarak Enstitü Siber İstisna Klozu 380 teminat dışı bıraktığı siber riskleri teminat kapsamına almıştır (Deniz Siber İstisnası LMA 5402, Deniz Siber Kuvertürü LMA 5403, Yük Sigortası JC2019-0004 Siber Koruma Klozu, Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası Deniz Siber Riziko İstisnası LMA5403)²⁵.

IV. SİBER RİSK SİGORTASINDA HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ GEREKEN KONULAR

Sigortacının sözleşme kurulmadan önce siber rizikoya ilişkin değerlendirme yaparken zorluklar yaşaması ihtimali yüksektir. Sözleşme kurulmadan önce sigorta ettirenin geçmiş olayları saklaması veya siber tehditlerden yeterince haberdar olmaması sebebiyle bilgi verememesini, sigorta ettirenin sözleşme öncesi ihbar yükümlülüğüne örnek gösterebiliriz. Bilgi saklama ihtiyacının sebebi, siber saldırıya uğrayan şirketin itibar kaybına uğramaktan çekinmesi, muhafaza edemediği kişisel verilerden dolayı yaptırımı maruz kalma ihtimali ve küçük şirketlerde teknik bilgi eksikliği nedeniyle saldırının geç fark edilmesini örnek olarak verebiliriz²⁶. Sigorta sözleşmesinde sigortacıdan bir talepte bulunan sigorta ettirenin önce zararın sebebinin sigorta teminatı kapsamında olan bir siber riziko olduğunu ispatlaması gerekir. Ay-

²³ Karayazgan, Siber Sigorta, s.47-48.

²⁴ Avcı, s.192, Karayazgan, Siber Sigorta, s.41

²⁵ Örneğin, siber saldırı sonucu veri tabanının ziyayı veya gemi ekipmanının arızası nedeniyle verilen idari cezalar nedeniyle doğan zararın siber risk sigortası kapsamında tazmini mümkündür. Siber güvenlik sigortası şahısların uğradığı bedeni zararları ve mallara gelen ziya ve hasardan sorumlu değildir, Bkz. Algantürk, s.1136, Deniz siber sigortalarında yeni Klozlar için bkz. Konfidan, s.710-717.

²⁶ Konfidan, s.717

rica sigorta ettirenin siber güvenlik tedbirlerini almaması zararın artımına neden olup olmadığının da incelenmesi gerekmektedir.²⁷

Siber risk sigortasında riziko olarak değerlendirebileceğimiz siber saldırılarla ilgili önemli bir sorun, siber saldırıyı gerçekleştireni tespit etmekte yaşanan zorluklardır. Bu kişi amatör bir saldırgan olabileceği gibi, devlet, terörist, rakip şirket veya siyasi aktivist de olabilir. Daha büyük bir sorunda saldırının başka bir kişi için gerçekleştirmesi hedeflenirken, hedefte olmayan bir kişiye saldırının sıçramasıdır.²⁸Siber risk sigortasında uyumsuzluk halinde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun altıncı kitabında yer alan hükümler, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ve geçerli sigorta sözleşmesi hükümleri uygulanır. Siber risk sigortası açısından Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta türlerine ilişkin genel hükümleriyle birlikte, teminatın türüne göre mal veya sorumluluk sigortalarına ilişkin özel hükümleri uygulama kabiliyetini haizdir. Türk Ticaret Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde ise TTK'nun 1451. maddesi gereğince Türk Borçlar Kanunu hükümleri siber risk sigortası sözleşmesi için de geçerlidir. Bu nedenle Siber sigorta sözleşmesi ile düzenlemeler yapılırken bu sigortanın hem aktif hem de pasif sigortalarına ilişkin teminatları bir arada barındırdığını unutmamak gerekir.Siber sigortaya özgü bir genel şart bulunmamaktadır. Sigortacılık sektörünün tüm paydaşları siber rizikoların yol açması muhtemel sigorta zararları için çalışmalı ve prim- riziko dengesi gözetilerek Siber Sigorta Genel Şartları oluşturmalıdır. Genel şartlar oluşturulurken mevcut genel şartlardan kıyasla faydalanmak yerine, siber sigortaya özgü genel şart oluşturulması hukuken en doğrusu olacaktır. Ancak böyle bir genel şart oluşturuluncaya kadar, hangi genel şartların kıyasen uygulanacağı konusunda bir değerlendirme yapılması gerekir. Siber sigortaya özgü genel şartlar düzenleninceye kadar geleneksel sigorta genel şartlarına, siber risk ve teminatlara uygulanacak ve uygulanamayacak hükümleri belirlenerek, poliçe özel şartlarında açıkça belirlenmesi ve tüm bu düzenlemelerin, bilgilendirme formları ve genel şartlar ve özel şartlarda üzerinde açıkça belirlenmesi hukuken yerinde olacaktır²⁹.Siber sigorta poliçelerinde teminat altına alınan siber risklerin ve siber risklerin gerçekleşmesi sonucu doğrudan doğruya ve dolaylı risklerin poliçede hiçbir tereddütte yer vermeyecek şekilde tek tek tanımlanması sigortalı açısından önemlidir. Sigorta poliçesinde siber riskler teminat dışında bırakılmış ise, siber saldırı sonucu doğacak zıya ve hasarın tazmini bu kloz nedeniyle mümkün olmayacaktır.³⁰

²⁷ Konfidan, s.719

²⁹ Karayazgan, Siber Sigorta, s141, Konfidan, s.719.

³⁰ Deniz sigortalarında yer alan siber saldırıları teminat dışında tutan bu klozlar karşısında denizcilik sektörünün siber risk sigortası yaptırma ihtiyacı vardır 28. Bu nedenle, siber risklere ilişkin ek teminatların poliçeye dahil edilmesi gereklidir. Bunun yanı sıra, siber riskler ile ilgili sektörel uygulamaların ve tavsiyelerin örneğin IMO ve BIMCO, IUMI,, ICS, Intertanko, Intercargo, ve Cruise Lines International Association ve "Oil Companies

Siber sigortada sigortacılar teminatları verirken, sigorta ettirenden bazı hususlarda gerekli tedbir ve önlemlerin sağlanmasını, teminatın sağlanmasının geçerliliği açısından bir ön şart olarak arayabilmektedir. Bu hususlar; yeterli siber güvenlik önlemlerini ve siber risk sigortasının tüm taleplere uygulanamaz olduğunu hayata geçirmek ve uygulamak, tüketicilerin hassas kişisel bilgileri için makul düzeyde uygun veri bir güvenliği sistemi sağlamak ve verileri korumak için yeterli ve gerekli dahili kontrollerin sağlanmasıdır³¹.

SONUÇ

İnternet teknolojinin geliştiği ve yapay zeka uygulamalarının başladığı günümüzde, bu gelişmelere bağlı yeni rizikolar da ortaya çıkmaktadır. Siber risk sigortası da, teknolojik gelişimler ve insanların seçimlerinin yönlendirilmesiyle gereksinim duyulmuş yeni bir sigorta türüdür. Bu sigorta türüne olan talep artarken, hukuki boşlukların yorumla ve yeni düzenlemelerle doldurulması uyumsuzlukların çözümü açısından önem arz etmektedir. Bu açıdan sigorta sözleşmesinin himaye altına aldığı teminatlara göre sigorta türü belirlenip Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta sözleşmesine ilişkin genel hükümlerinin yanında dâhil olduğu sigorta türüne ilişkin özel hükümlerin düzenlemesi uygulama da kolaylıklar sağlayacaktır.

Uygulamada akdedilen siber risk sigortası sözleşmelerine bakıldığında, bunların hem mal sigortalarına hem de sorumluluk sigortalarına uygun teminatları kapsadığı görülmektedir. Bu açıdan siber risk sigorta sözleşmesini paket poliçe olarak düzenleyip, ayrı ayrı mal ve sorumluluk sigortalarına ilişkin hükümleri uygulanmasını sağlamak gerekmektedir.

Diğer yandan siber risk sigortası ile sadece riskler güvence altına alınmamakta, aynı zamanda sigorta ettirenlere riskin gerçekleşmesinden önce koruyucu nitelikte önlemler alınması, hasar öncesinde siber güvenliğin geliştirilmesine destek hizmetler verilmesi, alınan önlemler hakkında riziko teftişi ve öngörülen koruyucu tedbirlerin sözleşme süresinde yerine getirilmesi ve muhafaza edilmesi gibi ilave faydaları da olacaktır.

Siber sigortaya özgü bir genel şart bulunmamaktadır. Gelişen teknolojilere uygun olarak siber varlıkların karşılaştığı risklere karşı sigorta genel şartlarının düzenlenmesi zarureti de ortaya çıkmaktadır.

Siber sigortada her sigortalı için gerekli risk analizini yapıp poliçeye eklenecek doğru ek teminat ve limitleri belirlemek gerekmektedir. Sigorta teminatı verilecek organizasyonun sahip olduğu, operasyonel ve teknolojik siber güvenlik önlemlerinin yeterlilik düzeyi, teminatın içeriğini ve primi belirlemede önemli bir etken olup, özellikle sigorta şirketlerinin de siber güvenlik teknolojileri hakkında belli ölçüde bilgi sahibi uzman kişilerle çalışması da önemli hususlardan biridir.

International Marine Forum" bir araya gelerek hazırladığı "Gemilerde Siber Güvenli Rehberi"lerinin takip edilerek uygulanması önemlidir, Algantürk, s.1337.

³¹ Karayazgan Siber Sigorta, s. 138.

KAYNAKLAR

- **Algantürk Leight, Didem**, “Siber Tehlikelerin Denizcilik Sektörüne Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s.1131-1137.
- **Altuntaş/Kara/Soylu/Kırkbeşoğlu**, “Siber Sigortalar: Son Gelişmeler, Uygulamalar ve Sorunlar”, Bankacılık ve Sigortacılık Araştırmaları Dergisi Sayı 12, s.8-22.
- **Avcı Zehra**, “Siber Risk Sigortasının TTK Bağlamında Değerlendirilmesi”, Ticaret Hukuku Sempozyumu- Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2021, Bildiri Kitabı, s.190-191.
- **Karayazgan Ahmet**, “Hukuki Yönüyle Siber Riskin Sigorta ve Reasüransı”, İstanbul 2020. (Siber Sigorta)
- **Karayazgan Ahmet**, “ Sigorta Sektöründe Siber Risk- Siber Sigorta” Legal Hukuk Dergisi, C:18, S. 205, 2020, s.133-220. (Siber Risk)
- **Kayhan Şaban**, “ Sigorta Hukukunda Siber Riziko”, 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku : Olası Sorunlar, İstanbul 2021. (Siber Riziko)
- **Kayhan Şaban**, “İnternet Sigortasında Riziko”, <http://jurix.com.tr/article/568>, (Erişim Tarihi: 30.08.2022).
- **Konfidan Melisa**, “Denizcilik Faaliyetleri Sırasında Gerçekleşebilecek Siber Rizikolara İlişkin Sigorta Teminatları Üzerine Düşünceler”, 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku : Olası Sorunlar, İstanbul 2021
- **Memiş Tekin**, “Sigorta İşlemlerinde İnternetin Uygulamaya Konulması İle Birlikte Ortaya Çıkan Yeni Sorumluluklar Rizikolar ve Bunlarla İlgili Sigorta Türlerine Olan Gereksinim”, <http://www.tbbyayinlari.barobirlik.org.tr>, Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, (Erişim Tarihi:25.08.2022).
- **Şağban Eyüp Ensar**, “NFT’ler Özeline Siber Sigortaya Bir Bakış”, Bilişim Hukuk Dergisi,C:3,S:2,2021,<https://dergipark.org.tr/tr/pub/bilismihukukudergisi/issue/67790>, E.T: 29.08.2022.
- **Ünal Selçuk**, “Siber Riskler”, REASÜRÖR, S.9, İstanbul 2014.
- **Ünan Samim**, “Siber Saldırıları Sigortacılar Yükümlülüklerine Nasıl Dikkat Etmeli”, <https://sigortacigazetesi.com.tr/siber-saldirilar-da-sigortacilar-yukumluluklerine-dikkat-etmeli/>,E.T, 08.08. 2022.

İCRA İFLAS HUKUKUNDA TEKNOLOJİK GELİŞMELER VE ÖZELLİKLE ELEKTRONİK SATIŞ

*Merve UYSAL**

GİRİŞ

1970'li yıllar ile tüm dünyada başlayan bilişim toplumu süreci, E-Dönüşüm Türkiye Projesi ile 2000'li yılların başında Türkiye'yi de etkilemeye başlamıştır. Toplumdaki teknolojik gelişmeler ve özellikle e-devlet uygulaması ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nin (UYAP) kullanılmaya başlanması ile hukukun birçok alanında önemli kanun ve sistem değişikliği adımları atılmaya başlanmıştır. Teknolojik gelişmelerin Türk hukukuna olan etkisine bakıldığında, Türkiye'nin önemli bir aşama kaydettiği gözlemlenmektedir.

Türk hukukunun gösterdiği aşamanın icra ve iflas hukuku özelinde incelenebilmesi için çalışmamızın ilk bölümünde bu dönüşümün seyri ve gösterdiği genel özellikler değerlendirilecektir. Teknolojik gelişmelerin hukukun her alanını etkilediği söylenebilir. Örneğin, medeni usul hukukuna olan etkileri, üç temel noktada özetlenebilir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ve usuli hükümlerimizin bu çerçevede düzenlenmesi, UYAP Bilişim Sistemi ve bu sistem nedeniyle doğan hukuki sorunların tespiti ve HMK m. 149 uyarınca duruşmaların ses ve görüntü nakli yoluyla icrasının mümkün kılınması olarak belirlenebilir.¹ Ancak ikinci grupta belirtilen UYAP Bilişim Sistemi, sadece usul hukukunu değil, diğer tüm hukuk alanlarını etkilemektedir. UYAP sisteminin icra ve iflas hukukuna olan etkilerinin anlaşılabilmesi için öncelikle UYAP Bilişim Sisteminin kapsam ve hizmetlerine ilişkin genel bir çerçeve sunulması tercih edilmiştir.

İcra ve iflas hukukuna ilişkin teknolojik gelişmeler ve bu gelişmelerin sebep olduğu İcra ve İflas Kanunu (İİK) değişikliklerinin başında ise icra ve iflas iş ve işlemlerinin elektronik ortamda yapılmasını düzenleyen İİK m. 8a ve elektronik işlemlere ilişkin hususları da kapsayan İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği gelmektedir. Bu hükümler ve uygulanmasına yönelik hukuki sorunlar, yargı kararları çerçevesinde çalışmamızın ikinci bölümünde ele alınacaktır.

* Öğr. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, merve.uyosal@marmara.edu.tr.

¹ Aynı yönde bknz. Aydemir, 'Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan Hukuk Muhakemeleri Kanununa Kanun Değişikliklerine İlişkin Değerlendirme', 961 vd.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise elektronik ortamda açık arttırma suretiyle satışı düzenleyen İİK m. 111b maddesi ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin 8.3.2022 tarihinde yayınlanan Satış Yönetmeliği hükümleri değerlendirilecek ve elektronik satış hükümlerinin tüm ülkede uygulanmasına başlanması ile doğabilecek hukuki sakıncalar ve alınabilecek hukuki önlemler üzerinde durulacaktır.

I. GENEL OLARAK TÜRK HUKUKUNDAKİ TEKNOLOJİK GELİŞMELER

Dünyadaki elektronik dönüşüm, 1971 yılında *Masuda* tarafından hazırlanan “Bilişim Toplumu için Plan” ile başlamıştır. Bilişim toplumu kavramı, Avrupa’daki etkisini 1999 yılında gerçekleşen e-Avrupa girişimi ile göstermeye devam etmiştir.² Helsinki’de düzenlenen Avrupa Konseyi toplantısında e-Avrupa Girişimi’ne yönelik 10 madde kabul edilmiştir.³ Bunlar, Avrupa’daki genç nüfusun sayısal çağa hazırlanması, ucuz internet erişimi, e-ticaretin hızlandırılması, araştırmacılar ve öğrenciler için hızlı internet, güvenli elektronik erişim için akıllı kartlar, yüksek teknoloji üreten, kullanan KOBİ’ler için risk sermayesi, engelliler için e-katılım, çevrimiçi sağlık hizmetleri, akıllı ulaşım ve çevrimiçi devlet hizmetleridir.

Türkiye’de başlayan E-Dönüşüm Türkiye Projesi, 09.10.2001 tarih ve 352 sayılı Başbakanlık Genelgesi uyarınca yapılmıştır. Bu kapsamda birinci aşamada durum analizi gerçekleştirilmiş, ikinci aşamada durum analize göre gerekli ihtiyaçların karşılanması için danışmanlık hizmetleri alınmış ve son aşamada eylem planının uygulanmasına geçilmiştir. Bu kapsamda eylem planlarının uygulanmasına yönelik e-Eğitim, e-Devlet, e-Ticaret, e-Çevre, e-Sağlık, e-Adalet gibi birçok alanda hizmet sunulması amaçlanmıştır.⁴ İlk teknolojik adımlara örnek olarak Merkezi Nüfus İdare Sistemi (MERNİS) üzerinden tüm vatandaşlara tanınan Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası, Vergi Daireleri Otomasyonu Projesi (VEDOP), Gümrük İdaresinin Modernizasyonu Projesi (GİMOP), UYAP, Polis Bilgisayar Ağı (POLNET), Saymanlık Otomasyon Sistemi (Say2000i), Mevzuat Bilgi Sistemi gösterilebilir.⁵

E-devlet ve e-adalet sistemi kapsamında en büyük yenilik,” şu anda tüm ülkede uygulanması tamamlanan “Ulusal Yargı Ağı Projesi”(UYAP)’dir. UYAP Bilişim sistemi iki temel aşamada tamamlanmıştır. İlk aşamaya ilişkin merkez teşkilatı ve bağlı birimlerini kapsayan UYAP I protokolü, Havelsan A.Ş. ile 27.09.2000 tarihinde; ikinci aşamaya ilişkin taşra teşkilatını kapsayan UYAP II-A Protokolü ise 10.08.2001 tarihinde yine Havelsan A.Ş. ile imzalanmıştır.⁶

² Tepe, İcra Hukukunda Elektronik Ortamda Teklif Verme, 26-27.

³ BİGM, UYAP Bilişim Sistemi, 23, Karakimseli, 'İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) Kullanımı', 320.

⁴ Abdurrahim Karşlı, 'Nitel Araştırma: Avukatların Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) Uygulama Yazılımına İlişkin Görüşleri', 3125.

⁵ Tepe, Elektronik Teklif, 30, Karakimseli, 'İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) Kullanımı', 322.

⁶ Bu aşamalarda tüm süreçlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz : BİGM, UYAP Bilişim Sistemi, 24.

2001 yılında başlayan Pilot Bölge Uygulamaları ile sistemdeki tüm eksiklikler ve teknik aksaklıklar giderilmiştir.⁷ Projelerin tamamlanması ile birlikte 2008 yılında UYAP ile ilgili tüm süreçler Havel-san A.Ş.'den devralınmış ve Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak hizmet veren Bilgi İşlem Genel Müdürlüğü'ne devredilmiştir.⁸ UYAP Bilişim Sisteminde çok sayıda hukuki hizmetler sunulmakta olup UYAP kullanımının bu hizmetler arasında en yoğun kullanıldığı alanlardan biri icra takip işlemleridir. Bu işlemlerin elektronik ortamda yapılabilmesi, takiplerin hızlanmasını, masrafların azalmasını ve icra dairelerinin işlerine olan güvenin artmasını sağlamıştır.⁹ Ayrıca, UYAP sistemi üzerinden Adalet Bakanlığı merkez teşkilatı, tüm mahkemeler, yüksek yargı organları, cumhuriyet başsavcılıkları, Adli Tıp Kurumu, ceza ve tevkif evleri ve icra daireleri ile kullanılan ortak bilgisayar ağı sayesinde adli makamlar arasındaki bilgi alışverişi hem daha güvenli ve hızlı bir iletişime hizmet etmekte, hem de tüm bilgi ve belgelerin elektronik ortamda kolayca ulaşılabilmesi ile yargısal işlemlerde hata payının düşürülmesi sağlanmaktadır.

A. Uyap bilişim sistemindeki portallar

UYAP'ın kullanılmaya başlanması, hukuk sistemimizde önemli pratik sonuçlar doğurmuştur. Mevcut sistemimizde UYAP, farklı portallar aracılığıyla kullanıcılarına elektronik ortamda farklı hizmetler sağlamaktadır. Bu portallardan her birinin hangi elektronik hizmetleri sunduğu aşağıdaki tabloda listelenmiştir. Elektronik Satış Portalı (ESP) ve bu portalda sunulan hizmetler ise çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.¹⁰

Portal	Elektronik Hizmetler
Vatandaş Portal ¹¹	Adli ve idari yargı birimleri nezdinde bulunan dava dosyalarına ve icra takiplerine online olarak ulaşılması
	Fiziki ortamda bulunan dosyanın içerisinde yer alan tüm evrak içeriğinin ve safahat bilgilerinin ayrıntılarıyla incelenmesi ve dosya kapsamında atanan duruşmaların takip edilmesi
	Dava harç ve masraflarının online olarak hesaplanabilmesi ve ödenebilmesi
	Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların başvuru durumlarının sorgulanması
	UYAP Bilişim Sistemi üzerinden çıktısı alınmış evrağın doğrulanması
	Dava ve icra dosyalarının e-devlet girişlerinde görülmemesi için dosya gizleme işlemlerin yapılabilmesi
	Adres, iletişim ve e-tebligat adres bilgilerinin güncellenmesi

⁷ Ibid.

⁸ Ibid., 26 vd.

⁹ Karakimseli, 'İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) Kullanımı', 318.

¹⁰ Tabloda belirtilen portalların dışında, Kolluk Portalı'nın yazılım çalışmalarına halen devam edilmektedir. Kolluk portal projesi ile kolluk birimlerine intikal eden tüm adli olayların UYAP bilişim sistemine aktarılarak elektronik imza ile imzalanarak doğrudan Cumhuriyet Savcılığı iş listesine düşmesi amaçlanmaktadır. UYAP, Kolluk Portal.<https://uyap.gov.tr/Hizmetler>

¹¹ Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, [https:// avukat.uyap.gov.tr/main/vatandas.jsp](https://avukat.uyap.gov.tr/main/vatandas.jsp)

Avukat Portal ¹²	Hukuk davası, idari dava ve icra ceza mahkemelerinde dava açılması, dava dosyalarına belge gönderilmesi, dava dosyalarından suret alınabilmesi, dosya safahat bilgilerine ve duruşma günleri ile duruşma listesine erişilmesi
	Trafik ve İdari Para Cezalarına itiraz edilmesi
	Sulh Ceza Hâkimliği Kararlarına itiraz edilmesi
	Arabuluculuk dosyalarına başvuru yapılması
	İlamlı/ilamsız icra takibi başvurusunda bulunması
	Cumhuriyet Başsavcılıklarına şikâyet dilekçesi ile farklı evrak türleri gönderilmesi
	E-duruşmaya katılım sağlanması
	Dava harç ve masrafların ödenmesi
	Yargıtay ve Danıştay'da vekili olduğu dava dosyasına erişilmesi
	Adres, İletişim ve Banka IBAN bilgilerinin güncellenmesi
Arabuluculuk Portal ¹³	Türkiye geneli arabuluculuk bürolarından gelen görevlerin kabul/red işlemlerinin yapılması
	İhtiyari arabuluculuk dosya açılması
	Arabuluculuk başvuru dosyalarının taraf ve içeriğini görüntülenmesi
	Süreci devam eden ya da sonlandırdıkları arabuluculuk dosyalarına evrak ekleme/gönderme ile toplantı bilgileri ekleme ve sonuç kaydetme işlemlerinin yapılması
	Görev alınması istenen komisyonu ekleme, seçilen komisyonda, dosya türüne göre aktif/pasif yapma işlemlerinin yapılması
	Dosya türüne göre aktif olunan komisyondaki mevcut arabulucu sayısı, puan bilgileri, komisyondaki ortalama puan durumu görüntüleme,
	Dosya istatistik bilgilerini görüntüleme
	Arabulucu adaylarının sınav ve sicil başvuru işlemleri
	Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na aidat makbuzu, yenileme eğitim belgesi ve uzmanlık eğitim sertifikası gibi evrakın elektronik ortamdan gönderilmesi
Bilirkişi Portal ¹⁴	Dosyaların elektronik ortamda teslim alınması
	Rapor ve ek raporların mahkemeye sistem üzerinden sunulması
	Birden fazla bilirkişi seçilen dosyalarda, bilirkişilerin birbirlerine ön rapor gönderebilmesi
	Görevlendirilen dosyadan çekilebilmesi
	Portal üzerinden görevlendirildikleri dosyalar ile ilgili ücretlerin görülmesi
Kurum	Evrak gönderme ve takibinin yapılması

¹² Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://avukat.uyap.gov.tr/main/avukat.jsp>

¹³ Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://avukat.uyap.gov.tr/main/arabulucu.jsp>

¹⁴ Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://avukat.uyap.gov.tr/main/bilirkisi.jsp>

¹⁵ Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://avukat.uyap.gov.tr/main/kurum.jsp>

Portal¹⁵	İcra, hukuk ve idari yargı dosyalarına ödeme yapılması
	Kuruma ait dosya sorgulanması
	Dosyaya ilişkin istatistiki verilerin görüntülenmesi
	Hazırlanmış raporlar, dosya takip ve safahat işlemlerinin yapılması
	Duruşma takiplerinin yapılması
Uzlaştırmacı Portal¹⁶	Dosyaların görüntülenebilmesi, kabul veya reddedilmesi
	Uzlaştırma raporu, ek süre talebi gibi evrakların gönderilmesi

Tablo 1: UYAP Bilişim Sistemindeki Portallar

Yukarıda zikredilen hizmetler içerisinde yargılama ile ilgili en önemli husus, kuşkusuz UYAP üzerinden yapılan yargılama işlemleri ile dava dosya ve tutanakları ile gerekli tüm bilgi alışverişinin elektronik ortamda yapılmasıdır. UYAP üzerinden sağlanan yargılama hizmetlerinde, Cumhuriyet Başsavcılıkları, ceza ve hukuk mahkemeleri, İcra İflas Müdürlükleri, İdari Yargı, Cezaevi ve Adli Tıp kurumları ile dijital entegrasyon tamamlanmıştır.¹⁷

UYAP sisteminin kullanımının yaygınlaşmaya başlaması ile yargı organlarınınca birtakım sorunlar tespit edilmiştir. 2009 yılında yapılan bir araştırmada UYAP uygulama yazılımınının zayıf yönleri olarak “güvenlik, sistemin yavaş çalışması, bilgi eksikliği, sistemden beklenenin gerçekleşmemesi ve çevresel nedenler” gösterilmiştir.¹⁸ Ancak, 2009 yılından itibaren günümüze kadar gerçekleşen teknolojik gelişmeler ve UYAP sisteminin güncelleme çalışmaları ve sisteme yönelik yapılan eğitimler ile bu sorunların büyük ölçüde üstesinden geldiği belirtilebilir.

B. UYAP BİLİŞİM SİSTEMİNDE SUNULAN HİZMETLER

UYAP sistemi portallarında sunulan hizmetler yanında UYAP üzerinden elektronik ortamda sunulmaya başlanan bulunan diğer UYAP’a entegre dijital sistemlere de değinmekte fayda vardır. Bu hizmetler de aşağıdaki tabloda açıklamalarıyla birlikte sunulmuştur¹⁹.

Sistem	Elektronik Hizmetler
e-Adalet Vatandaş Mobil Bilgi Sistemi	Vatandaşların, açık veya kapalı dava ve icra dosyalarını, dosyaları içinde yer alan evraklarını, duruşmalarını ve UYAP Bilişim Sisteminde kayıtlı olan adres ve iletişim bilgilerini mobil uygulama aracılığıyla takip edebilmelerini sağlar

¹⁶ Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://avukat.uyap.gov.tr/main/uzlastirmaci.jsp>

¹⁷ Abdurrahim Karşlı, 'Nitel Araştırma: Avukatların Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) Uygulama Yazılımına İlişkin Görüşleri', 3126.

¹⁸ Ibid., 3129. Ayrıca Karşlı, 2009 yılında UYAP için söylenebilecek tek eksikliğin, hukuki alt yapının yeterince oluşturulmaması olarak ifade etmiştir. Ibid., 3126.

¹⁹ UYAP Bilişim Sisteminde Sunulan Hizmetler, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://uyap.gov.tr/Hizmetler>

Celse Mobil Avukat Bilgi Sistemi	Avukatlar, tüm yargı birimlerine ait vekili oldukları davaların duruşma bilgilerine (aylık, günlük ve anlık olarak), duruşma hâkimi ile ilgili izin bilgilerine, duruşmalara ait mahkeme ve dosya kapak bilgilerine, vekili oldukları davalara ilişkin aylık duruşma bilgilerine (Ajandam) ve vekili olunan dosyanın duruşmasının bulunduğu yargı biriminin o günkü duruşma listesi bilgilerine CELSE adlı mobil uygulaması ile ulaşabilmektedirler.
e-Bilirkişi Mobil Bilgi Sistemi	Türkiye genelinde yargı birimlerinde bilirkişi olarak görev alan kişiler, görevlendirildikleri dosyalar ile ilgili işlemleri adliyeye gitmeden mobil uygulama aracılığıyla yapabilirler.
SMS Bilgi Sistemi	Avukatlar ve vatandaşlara dava açılması, icra takibi başlatılması, duruşma tarihi gibi bilgileri adliyeye gitmeden cep telefonlarına gönderilen kısa mesajlarla öğrenebilmektedirler.
e-Uzlaştırımcı Bilgi Sistemi	Uzlaştırımcılara atanan dosyalara uzlaştırımcıların, portal aracılığıyla kabul ya da ret işlemi yapılabilmesi ve genel evrak bilgilerini inceleyebilmelerini sağlar.
e-Duruşma Sistemi/e-Duruşma Mobil	Avukatlar, Avukat Portal aracılığıyla duruşmalarını sorgulayabilir ve duruşmadan 24 saat öncesine kadar gerekçesini de yazarak e-duruşma taleplerini elektronik ortamda (internet veya mobil uygulama aracılığıyla) mahkemeye iletebilirler.
UYAP Mobil	Yargı çalışanlarının mobil uygulama aracılığıyla özlük bilgilerini ile yetkili oldukları tüm dosyalarını ve dosya evrakını görüntüleyebilmeleri mümkündür.
UYAP Mevzuat Programı	
UYAP-Ekip Organizasyonu	Emniyet Genel Müdürlüğü ile adli birimler arasındaki talep edilen bilgi ve belgelerin elektronik ortamda gönderilebilmesi sağlanır.
Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi	Tebliğat Kanunu ve bu Yönetmelik uyarınca yapılan elektronik tebligat işlemlerinin yürütmek amacıyla PTT tarafından kurulan, işletilen ve güvenliği sağlanan sistemi (TebK m. 3/i) ifade eder.
e-Apostil	2016-2019 Ulusal e-Devlet Stratejisi Eylem Planı ve etkin e-Devlet ile toplumun yaşam kalitesini artırma vizyonu doğrultusunda projelendirilen elektronik apostil sistemi; vatandaşların apostil işlemlerini belli bir hizmet bedeli karşılığında dünyanın her yerinden elektronik ortamda tamamlamalarını sağlamaktadır.
Merkezi Takip Sistemi	7155 sayılı Kanun kapsamında abonelik sözleşmesine dayalı takiplerin, haciz aşamasına kadar olan işlemlerin elektronik ortamda yürütülebilmesini sağlar.
Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS)	2005 yılında Avrupa Birliği Mali İş Birliği Programı kapsamında başlayan çalışmalar neticesinde 20.9.2011 tarihinde “Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik” ve 30.06.2021 tarihinde Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik” yayınlanmıştır. Hukuk ve ceza yargılamalarında tarafın veya vekilinin aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine; tanığın, bilirkişinin, uzmanın ve diğer ilgililerin mahkeme tarafından dinlenilmelerini mümkün kılmaktadır. ²⁰

²⁰ Sesli olarak yapılan ilk duruşma 14.09.2004 tarihinde Ankara Ağır Ceza Mahkemesi’nde yapılmış olup UYAP sistemi üzerinden ilk icra takibi ise, 28.10.2004 tarihinde Ankara 31. İcra Müdürlüğünde gerçekleşmiştir.

E-İlan	E-ilan; yargı birimleri tarafından hazırlanan ve mevzuat gereğince ilanı zorunlu olan bilgi ve belgelerin internet üzerinden ilan edilmesini sağlayan bir e-devlet uygulamasıdır.
Uzaktan Eğitim Sistemi	UYAP uygulamasına ilişkin yazılım ve güncellemelere ilişkin personelin eğitilmesi ile hâkim, savcı ve diğer personelin eğitim ihtiyaçlarının elektronik ortamda sağlanması amaçlanmaktadır.
Mirasçılık Belgesi	Mirasçılarının nüfus kayıt ve verilerine sistem üzerinden ulaşarak miras paylarının hesaplanması ve gerekçeli karar evrakının hızlı ve hatasız bir şekilde hazırlanması amaçlanmaktadır.
Araç Mahrumiyet İşlemleri Sistemi	Online Araç Takyit Sistemi "E-devlet" sisteminin bir parçası olan "e-adalet" sisteminin etkin ve verimli işleme için yargı ve yardımcı birimlerinin POLNET ile karşılıklı olarak kurulan entegrasyon vasıtası ile motorlu kara taşıtları sicil kayıtlarını (yakalama, haciz, ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir vb.) ekleyip kaldırma işlemlerinin elektronik ortamda anında yapılabilmelerini sağlayan bir sistemdir.
Haberci	Adalet çalışanlarının güvenli bir şekilde kişisel ve idari haberleşmelerini yapmalarını ve bilgi ve dosya paylaşımında bulunmalarını sağlayan bir uygulamadır.
Mobil Arananlar Bilgi Sistemi (MABS)	Mobil olarak (denizde, sınırlarda veya gezici ekip otolarında) görev yapan kolluk kuvvetlerinin cep telefonları üzerinden güvenli şekilde UYAP'ta yer alan ve yargı birimlerince verilmiş yakalama-tutuklama kararlarını çevrimiçi sorgulamalarına imkân vermektedir.

Tablo 2: UYAP Bilişim Sisteminde Sunulan Hizmetler

C. UYAP Bilişim sisteminde icra daireleri modülü

UYAP Bilişim Sistemi üzerinden gerçekleştirilebilecek icra ve iflas hukukuna özgü iş ve işlemler, "İcra Daireleri Modülü" üzerinden gerçekleştirilmektedir. Bu modülde yer alan tüm işlemlere, dosya açılış işlemleri, harç ile kasa işlemleri ve haciz, mal ile satış başlıklı üç ana menü üzerinden erişilebilmektedir.

Dosya açılış işlem menüsünde, öncelikle açılacak takip dosyasının tevzi edilme işlemi gerçekleştirilmektedir. İlk olarak "Takip Talebi Ön bilgi Kontrolü" kısmında sırasıyla, "dosya tipi, takip tipi, takip başlatacak avukat, kurum veya gerçek kişinin kimlik bilgileri ve tevzi yapılacak dosya adedi kısımları seçilerek dosyanın tevzi edilmesi sağlanır. Böylece, takip dosyasının gönderildiği icra dairesi belirlenmiş olur.²¹ Tevzi Yapılan Dosyaların Sorgulanması" ekranından tüm tevzi edilen takip talepleri incelenerek istenen takip dosyaları iptal edilebilir veya dosyanın açılmasına ilişkin ekrana geçiş yapılabilir.²² Dosyanın açılması ekranında takip türüne uygun olarak takip talebinde bulunması gereken kayıtlar doldurulur ve böylece dosya numarasının ekranda görülmesi ile dosya açılış işlemleri tamamlanmış olur.

²¹ BİGM, UYAP Bilişim Sistemi, 282, 83.

²² Ibid.

Harç ve kasa işlemleri menüsü üzerinden icra daireleri tarafından tahsilat, reddiyat ve harçlara dair makbuzlar elektronik olarak düzenlenmekte veya oluşturulan makbuzlar iptal edilebilmektedir. Hatta, Vakıfbank entegrasyonu kapsamındaki reddiyatı yapılan paraların hesaplara sistem üzerinden aktarılması da mümkündür.²³

Son olarak, “Haciz&Mal&Satış” işlemleri menüsünde yer alan alt menüler şu şekilde sıralanabilir: Mal ve satış işlemleri, dosya alacağına haciz işlemleri, satış ile ilgili dosya sorgulama, adliye satış kaydı, haciz yazıları, haciz takip kaydı, haciz bildirimleri, genel satış işlemleri, EGM araç mahrumiyet işlemleri, SGK Haciz İşlemleri, E-tebligat ile banka haciz işlemleri, yediemin işlemleri ve istihkak iddiası işlemleri.²⁴ Bu işlemler arasından satış işlemi ile ilgili olanlar, konunun bütünlüğünü bozmamak adına çalışmamızın üçüncü bölümünde (III) incelenecektir.

Yukarıda açıklanan bu menüler dışında ayrıca sorgulama menüsüne de değinmek gerekir. Tensipler, alacak kalemleri, ilam bilgileri, nüfus kayıt örnekleri, SGK kayıt örnekleri, cep telefonu bilgileri, patent bilgileri arasından sorgulama yapılabildiği gibi gerçek kişiler ile ilgili adres araştırması da yapılabilmektedir. İcra ve iflas hukuku açısından İİK m.8a/6 hükmünde düzenlenen borçlunun malvarlığının sorgulanabilmesi hususu çalışmamızın bir sonraki başlığı altında incelenecektir.

II. İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA ELEKTRONİK İŞLEMLER

“Elektronik işlemler” başlıklı İİK m. 8a maddesi, 05.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

İcra ve iflas dairelerince yapılacak her türlü icra ve iflas iş ve işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kullanılır; her türlü veri, bilgi, belge ve karar, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır.

Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir. Güvenli elektronik imza, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, elle atılan imza yerine kullanılabilir. Güvenli elektronik imzayla oluşturulan belge ve kararlarda, kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesi ve mühürleme işlemini öngören hükümler uygulanmaz.

Zorunlu nedenlerden dolayı fiziki olarak düzenlenen belge veya kararlar, yetkili kişilerce güvenli elektronik imzayla imzalanarak Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine aktarılır ve gerektiğinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla ilgili birimlere iletilir. Bu şekilde elektronik ortama aktarılarak ilgili birimlere iletilen belge ve kararların asılları, gönderen icra ve iflas dairesinde saklanır, ayrıca fiziki olarak gönderilmez. Ancak, belge veya kararın aslının incelenmesinin zorunlu olduğu hâller saklıdır.

²³ Ibid., 286.

²⁴ Ibid., 295.

Elektronik ortamdan fiziki örnek çıkartılması gereken hâllerde, icra müdürü veya görevlendirdiği personel tarafından belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek, imzalanır ve mühürlenir.

Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter.

Alacaklı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden bu sisteme entegre bilişim sistemleri vasıtasıyla dosya safahat bilgileri ile borçlunun mal, hak veya alacağını elli kuruş karşılığında sorgulayabilir. Bu miktar her yıl, bir önceki yıla ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılır. Adalet Bakanlığı yeniden değerlendirme oranında artırılan ücreti beş katına kadar artırmaya ve azaltmaya ayrıca gün ve dosya esasl olmak üzere belirli sayıdaki sorgulamayı ücretten istisna tutmaya yetkilidir. Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinden bu ücret alınmayacağı gibi alacaklının bir gün içinde aynı dosya üzerinden beş kez yapacağı sorgudan da ücret alınmaz. Bu kapsamda alınacak ücret Adalet Bakanlığının belirleyeceği usule tahsil edilir ve takip gideri olarak borçluya yüklenemez.

Elektronik işlemlerin Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla yapılmasına dair usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

İcra ve iflas hukukunda genel olarak elektronik işlemlere ilişkin olarak İİK m. 8a/1 ve 5 hükümleri değerlendirilmelidir. İİK m. 8a/1 hükmünde yer alan UYAP Bilişim Sistemi üzerinden elektronik olarak tutulması öngörülen “her türlü icra ve iflas iş ve işlemlerine” ilişkin kayıtların kapsamı, İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği’nde belirlenmiştir. İİK Yön. m. 3 uyarınca esas kayıtları²⁵, talimat kayıtları²⁶, disiplin soruşturması kayıtları²⁷, kasa kayıtları²⁸, cezaevi yapı harcı kayıtları²⁹, zimmet kayıtları³⁰, icra dairesince alınan kıymetli evrak ve değerli şeylerin kayıtları³¹, posta mutemet kayıtları³², muhabere kayıtları³³ ve haciz takip kayıtları³⁴ elektronik ortamda tutulmak zorundadır.

²⁵ Esas kaydı; elektronik veya fiziki ortamda gelen takip talepleri, ihtiyatî haciz ve tedbire yönelik isteklerin tutulduğu kayıttır. (İİK Yön. m. 4/1)

²⁶ Talimat kaydı, başka yer icra ve iflâs dairelerinden gelen işlerle ilgili gönderilen talimat taleplerine ilişkin bilgilerin tutulduğu kayıttır. (İİK Yön. m. 5/1)

²⁷ Disiplin soruşturması kaydı; icra ve iflâs daireleri görevlileri hakkında yürütülen disiplin soruşturması ile ilgili tutulan kayıttır. (İİK Yön. m. 12/1)

²⁸ Kasa kaydı; tahsilât ve reddiyat makbuzları karşılığında kasaya giren ve çıkan para için tutulan kayıttır. (İİK Yön. m. 6/1)

²⁹ Cezaevi yapı harcı kaydı; icra ve iflâs dairesi tarafından tahsil edilen cezaevi yapı harcının tutulduğu kayıttır. (İİK Yön. m. 7/1)

³⁰ Zimmet kaydı; icra ve iflâs dairesinden çeşitli mercilere gönderilen evrakın işlendiği kayıttır. (İİK Yön. m. 11/a)

³¹ Kıymetli evrak ve değerli şeylerin kaydı; icra ve iflâs dairesince alınan yabancı para, kıymetli evrak ve altın, gümüş gibi değerli şeylerin işlendiği kayıttır. (İİK Yön. m. 8/1/c.1)

³² Posta mutemet kaydı; icra ve iflâs dairesi adına, posta ile veya kasa emanet hesabının bulunduğu banka haricindeki bankalara yapılan havale yolu ile gelen paraya ilişkin bilgilerin tutulduğu kayıttır. (İİK Yön. m. 9/1)

³³ Muhabere kaydı; icra ve iflâs dairesinden yazılan veya icra ve iflâs dairesine gelen ve yukarıdaki maddelerde düzenlenen kayıtlara işlenmesi gerekenler dışında gelen ve giden evrak

İİK m. 8a/1 ile değerlendirilmesi gereken İİK Yön. m. 16 hükmünde, açıkça tutanak, belge ve kararların elektronik ortamda düzenleneceği belirtilmiştir. Mahkemelere ve icra ve iflâs dairelerine fizikî olarak verilen ve gönderilen her türlü evrak da elektronik ortama aktarılarak UYAP'a kaydedilmekte ve ilgili birime gönderilmektedir. (İİK Yön. m. 16/3) Tutanak, belge ve kararların tümünün elektronik ortamda düzenleneceği ve gerekli olanların ilgilileri tarafından güvenli elektronik imza ile imzalandıktan sonra UYAP kapsamındaki birimlere elektronik ortamda gönderileceği ve bu halde fiziki olarak gönderilmesine de gerek olmadığı da hükme bağlanmıştır. (İİK Yön. m. 16/8) Aynı maddede ancak istisnai olarak ilgili evrakın elektronik ortamda dış birimlere gönderilememesi halinde, belge veya kararın fiziki örneği alınabileceğini belirtilmiştir.

Elektronik ortamda yapılacak icra ve iflas iş ve işlemlerin, fiziki ortamda gerçekleştirilmesine bağlanan sonuçlarından ayrıldığı diğer bir husus, ilgili işleme yönelik öngörülen sürenin bittiği anın belirlenmesi noktasında kendini gösterir. Zira, fiziki ortamda yapılan işlemlerin aksine, elektronik ortamda yapılan işlemler mesai saati sonunda değil; gün sonunda, saat 00:00'a kadar tamamlanabilecektir. (İİK Yön. m. 16/11 ve 12)

2017 yılında İİK m. 8a hükmüne eklenen fıkra ile UYAP'a girilmesi gereken verilerin eksiksiz ve zamanında girilmesinden doğabilecek sorumluluk, UYAP'a veri girişi yapan personele yüklenmiş olup icra müdürünün de personelin veri girişi ile ilgili olarak gözetim ve denetim yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir. (İİK Yön. m. 16/4)

A. Elektronik İmzalı Belge ve Kararlar (İİK m. 8a/2)

Madde metninden görüleceği üzere, İİK m. 8a/1'in genel ifadesini takiben İİK m. 8a/2, güvenli elektronik imzaya ilişkin olarak da düzenlemeler içermektedir:

Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir. Güvenli elektronik imza, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, elle atılan imza yerine kullanılabilir. Güvenli elektronik imzayla oluşturulan belge ve kararlarda, kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesi ve mühürleme işlemini öngören hükümler uygulanmaz.

İİK m. 8a/2'deki düzenlemeler, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu³⁵ (EİK) ve TBK m. 14 ve 15 hükümleri ile uyum içerisindedir. Öncelikle, TBK m. 14'te güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin kanun-

ile başka yer icra ve iflâs dairelerine gönderilmek üzere verilen dilekçelere ilişkin bilgilerin tutulduğu kayıttır.

³⁴ Haciz takip kaydı; haciz talebine istinaden haciz, teslim ve satış harcının yatırıldığı tarihlere göre işlendiği kayıttır. (İİK Yön. m. 12a/1)

³⁵ Elektronik İmza Kanunu, Kanun Numarası:5070, Kabul Tarihi: 15.01.2004 RG: 23.01.2004/25355

larda öngörülen yazılı şekil şartını sağlayacağı belirtilmiştir. TBK m. 15/1'te ise "güvenli elektronik imzanın el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını" doğuracağı ifade edilmiştir. Paralel bir düzenleme, EİK m. 5/1'de yer almakla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasında güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyecek hukuki işlemler sıralanmıştır. Bu işlemlere, İİK m. 8a/2'de "kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler" ifadesiyle atıf yapılmıştır. TBK m. 15/2 uyarınca kanunların remi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler, banka teminat mektupları ve Türkiye'de yerleşik sigorta şirketleri tarafından düzenlenen kefalet senetleri dışındaki teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile yapılamaz. Ayrıca, TTK m. 1526/1 uyarınca poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler de güvenli elektronik imza ile düzenlenemeyecektir.

Elektronik imzanın hukuki niteliği bakımından doktrinde, güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı kabul edilmediği, sadece eşdeğer kuvvette görüldüğü belirtilmektedir.³⁶ Ayrıca hatırlatılmalıdır ki EİK m. 4 ve HMK m. 205/3, güvenli elektronik imzayı diğer elektronik imza türlerinden ayırmaktadır. EİK m. 4 uyarınca güvenli elektronik imzanın dört adet unsuru bulunmalıdır. Bir elektronik imzanın "güvenli elektronik imza" olarak kabul edilebilmesi için imzanın münhasıran imza sahibine bağlı olması (EİK m. 4/a), elektronik imza oluşturma aracının sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunması (EİK m. 4/b), nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin (EİK m. 4/c) ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlaması (EİK m. 4/d) gereklidir.

Elektronik imzanın autopen³⁷ gibi cihazlar kullanılarak atılması halinde güvenli elektronik imzadan bahsedilemez. Bir elektronik cihaz aracılığıyla gerçekleştirilen imzalar, TBK m. 15/2 uyarınca ancak örf ve adetçe kabul edilebildiği hallerde ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanması halinde el yazısıyla atılmış imzanın hukuki sonuçlarını doğurabilecek, yani elle atılan imza ile eşdeğer kuvvetle görülebilecektir. Bu hususta kanunlarda açık olarak herhangi bir araç ile imza atılabileceği düzenlenebilir. Örneğin, TTK m. 1526/2 uyarınca konşimentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzasının elektronik herhangi bir araçla atılabileceği düzenlenmiştir. Kanunda açık düzenleme olmayan hallerde ise, elektronik araçlar aracılığıyla atılan imzanın geçerliliği, TBK m. 15/2 uyarınca bu araçların kullanılmasıyla yerleşmiş bir adet halini almış olmasına bağlıdır. Buna rağmen, doktrinde hukuki güvenlik ilkesi gereği bu cihazların kullanım alanlarının sadece kanunda açıkça düzenlenen ihtimallere hasredilmesi gerektiği haklı olarak belirtilmiştir.³⁸ Ayrıca, *Kıyak/Şensöz*'ün savunduğu gibi³⁹ uygulamada

³⁶ Emre Kıyak, 'Autopenle veya Dijital Ekranla Atılan İmza ile Elle Atılan İmzanın Karşılaştırılması', 795.

³⁷ Autopen ile atılan imzanın gelişimi için bkz. *Ibid.*, 800.

³⁸ *Ibid.*, 803.

³⁹ *Ibid.*, 804.

pratikliği açısından sık uygulama alanı bulabilecek olan bu cihazların üretimi ve ithalatının kamu otoriteleri tarafından kontrol edilmesi ve hatta bu cihazların resmi sicile tabi tutulması hukuki güvenlik ilkesine uygun olarak hem bu surette atılan imzaların güvenilirliğini artıracak, hem de imza inkârı halinde uyuşmazlığın daha kolay çözümlenmesine hizmet edecektir.

Son olarak dijital ekran üzerinde el yazısıyla atılan imzaların hukuki niteliğinin doktrinde uzun zamandır tartışmalı olduğu ve bu hususta bazı yazarların haklı endişelerin olduğu hatırlatılmalıdır. Bu imzaların, elle atılan imza olarak nitelendiren görüşün yanında⁴⁰, öğretide TBK m. 15/2 uyarınca bir araçla atılan imza olarak nitelendirilmesi gerektiğine dair görüşler de mevcuttur. Bu görüşlerle ilgili açıklamalarımıza, hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde TBK m. 15/2 hükmü kapsamında değerlendirmenin kanaatimizce isabetli olduğunu belirtmekle yetiniyoruz. Mevcut teknolojik gelişmeler ışığında güvenli elektronik imzanın kanuni unsurlarını tam olarak taşımayan dijital ortamda oluşturulan bir imza türüne elle atılan imza niteliğini bahsetmenin mümkün olmadığı söylenebilir.⁴¹

İcra ve iflas hukuku ve İİK m. 8a hükmü çerçevesinde değerlendirildiğinde, yukarıda zikredilen kanuni hükümlere paralel olarak icra ve iflas hukukunda da bu hükümlerde belirtilen sınırlarda kalmak şartıyla sadece güvenli elektronik imza ile oluşturulan belge ve kararlar, elle atılan imza ile oluşturulan belgeler ile eşdeğer kuvvette sayılabilecektir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan belgelerin birden fazla nüshasının oluşturulmasına gerek olmadığı ve mühürleme işlemine gerek olmadığına dair İİK m. 8a/2-c.3 hükmü, elektronik imzanın niteliği gereği kabul edilmesi gereken hususlardan olup elektronik mührle ilişkin EİK Ek m. 1 hükmünün bu hallerde uygulanmayacağı vurgulanmalıdır.

B. Borçlunun Malvarlığının Sorgulanması

İİK m. 8a/6 ve 78/1 hükümleri uyarınca alacaklı, borçlunun malvarlığını UYAP Bilişim Sistemi üzerinden sorgulayabilir. Bu sorgulamaya ilişkin usul ve esaslar, 22.01.2022 Tarih ve 31727 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan "Mal, Hak veya Alacağın Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi Üzerinden Sorgulanması Hakkında Yönetmelik" (Sorgulama Yön.) uyarınca yapılmaktadır.

Alacaklının avukatı veya kendisi⁴² tarafından UYAP üzerinden yapılacak sorgulama zamanı, Sorgulama Yön. m. 5'te belirlenmiştir. Bu hükme göre,

⁴⁰ Kürşat, 'Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasının Etkisi', 428.

⁴¹ Bu imzaların, sahte olup olmadığının tespitinin zorluğu, bu verilerin autopen cihazına aktarılması suretiyle kötü niyetli bir şekilde tekrar oluşturulmasının mümkün olması sebepleriyle hukuken elle atılan imza ile aynı şekilde değerlendirilmemektedir. Emre Kıyak, 'Autopenle veya Dijital Ekranı Atılan İmza ile Elle Atılan İmzanın Karşılaştırılması', 808. Aynı yönde bkz. Erturgut, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, 199 vd.

⁴² Sorgulama Yön. m. 6'da sistem altyapısının oluşturulmasından sonra alacaklı gerçek ve tüzel kişilerin sorgulama yapılacağı belirtilmiştir.

ancak takip kesinleştikten, yani ödeme emrindeki müddet geçtikten ve borçlu itiraz etmiş ise itirazı kaldırıldıktan sonra, gerçekleştirilebilir. Sorgulama, 5411 sayılı Kanun m. 3'de tanımlanan kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların (Sorgulama Yön. m. 12), benzer mahiyette kayıtları tutan kurum ve kuruluşların veri tabanında yapılmaktadır. "Benzer mahiyette kayıtları tutan kurum ve kuruluşların" başında, araç sicillerini tutan kurumların veri tabanları (Sorgulama Yön. m. 9), Gelir İdaresi Başkanlığı veri tabanı (Sorgulama Yön. m. 10), UYAP veri tabanı (Sorgulama Yön. m. 11), PTT veri tabanı (Sorgulama Yön. m. 13), Sosyal Güvenlik Kurumu veri tabanı (Sorgulama Yön. m. 14), taşınmaz sicil kayıtlarını tutan kurumların veri tabanları (Sorgulama Yön. m. 15) gelmektedir. Bu veri tabanları dışında entegrasyonu tamamlanan benzer mahiyetteki veri tabanları için de Sorgulama Yön. hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bu sorgulama sonucunda alınan raporda, borçlunun belirli kişisel verilerinin (ad, soy ad, T.C. kimlik numarası, doğum yılı, baba ve anne adı) borçlunun tespit edilemeyeceği şekilde sadece belirli harf ve rakamları, takip dosyasına ilişkin bilgiler (Sorgulama Yön. m. 7/1-b), sorgulama sonucu tespit edilen mal, hak veya alacak bilgileri (Sorgulama Yön. m. 7/1-c) yer almaktadır. Borçlunun kişisel verilerinin açık bir şekilde sorgulama raporunda yer almaması 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na (KVKK) uygundur. Zira kişisel veri, KVKK m. 3/d'de "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi" ifade etmektedir. Bu kapsamda borçlunun kişisel verilerin tam olarak raporda yer almaması, sorgulama raporunun kişisel veri içermediğini ve KVKK'nin ilgili hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağını gösterir. Benzer şekilde, icra dosyası sorgusuna ilişkin raporda ilgili dosyadaki diğer kişilere ilişkin verilerin yer almaması da KVKK'ye uygundur.

Yukarıda belirtilen UYAP Bilişim Sistemi'ne entegre veri tabanları üzerinden alınacak sorgulama raporunda, Sorgulama Yön. m. 7'de belirtilen bilgilere ek olarak farklı bilgiler de yer almaktadır. Örneğin araç sorgusuna ilişkin veri tabanındaki sorgulamada, borçluya ait aracın tescil ve takyidat bilgileri yer alır. (Sorgulama Yön. m. 9/2) Gelir idaresi başkanlığı veri tabanı sorgulaması sonucu borçluya ait mükellef merkez bilgilerini (Sorgulama Yön. m. 10/2), PTT veri tabanında sorgulaması sonucu ise posta çeki hesabı bilgileri (Sorgulama Yön. m. 14) yer almaktadır. Bu bilgiler ise, borçlunun kimliğini KVKK m. 3/d çerçevesinde "belirlenebilir" kılabilir. Başka bir ifadeyle, gerçek kişi borçlunun malvarlığında bulunan aracının bilgileri, örneğin plakası, sorgulama raporunda yer alacaktır. Bir kişinin aracının plakası, diğer kişilerin arasından araç sahibini belirlenebilir kılabilir. Aynı durum, borçluya ait mükellef merkez bilgileri ile posta çeki hesabı bilgileri için de geçerlidir. Borçlunun kimlik numarası, kişisel verilerin korunması amacıyla Sorgulama Yön. m. 7 uyarınca sorgulama raporunda isabetli olarak yer alamazken, borç-

lunun kişisel aracının tescil bilgilerinin bu kapsamda değerlendirilmemesinin isabetli olmadığı görüşündeyiz.

III. ELEKTRONİK ORTAMDA AÇIK ARTTIRMA SURETİYLE SATIŞ, İİK M. 111/B

İİK yapılan değişiklik ile 02.07.2012 tarihinden itibaren cebri satışlarda elektronik ortamda teklif verilmesi imkânı getirilmiştir. Böylece cebri satışlara hem fiziki ortamda hem de elektronik ortamda teklif verme imkânı sağlanmıştır. 7343 sayılı Kanunla ise bu karma usul⁴³ terkedilmiş, İcra ve İflas Kanunu'na eklenen İİK m. 111b maddesi ile cebri satışların tamamen elektronik ortamda yapılması öngörülerek açık artırmanın fiziki ortamda yapılması uygulamasından vazgeçilmiştir. Bu hükümle haczedilen mallar için açık artırmanın tamamen UYAP sistemine entegre Elektronik Satış Portalı'nda (ESP) (esatis.uyap.gov.tr) gerçekleştirilmesi zorunlu tutulmuştur.

Çalışmamızın bu bölümünde, 7343 sayılı Kanun ile İİK'ye getirilen paraya çevirme usulünü tamamen elektronik ortama aktaran "resmi müzayede modeli" incelenecektir.⁴⁴ Çalışmamızda incelemek üzere ESP üzerinden yapılan paraya çevirme işlemlerinin teknolojik etkisi dışında borçluya satış yetkisi veren İİK m. 111a hükmü ile resmi müzayedenin sonuçlarına ilişkin yapılan değişiklikler (İİK m. 134, 135) çalışma konumuzun dışında kalmaktadır. Ayrıca, 7343 sayılı Kanun ile İİK'de taşınır ve taşınmaz satışlarında yapılacak tebligatlara ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmadığı⁴⁵ için bu husus da çalışmamıza dahil edilmemiştir.

Elektronik ortamda yapılacak satışlara ilişkin olarak 08.03.2022 Tarih ve 31772 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Satış Giderleri Tarifesi (SGT) ve "İcra ve İflas Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik" (Satış Yön.) hükümlerinin uygulanmasına yönelik olarak İİK Geçişi m. 18'de belirtilen maddeler arasından İİK m. 110, 111b, 114, 115, 124, 126, 127 hükümlerinin uygulanmasına sadece Adalet Bakanlığınca belirlenen il veya ilçelerde Satış Yönetmeliği'nin yürürlüğe girdiği tarihten (08.03.2022) itibaren başlanacağı belirtilmelidir.⁴⁶ Aynı maddede bu hükümlerin hangi il veya ilçelerde ne zaman uygulanacağını da Adalet Bakanlığının resmi internet sitesinde duyurulacağı ifade edilmiştir. Adalet Bakanlığının duyuruları incelendiğinde ilgili İİK ve Satış Yönetmeliği hükümlerinin uygulanmasına sırasıyla 15.03.2022 tarihi itibarıyla ilanı yapılacak arttırmalar hakkında Ankara Batı Adliyesi'nde⁴⁷, 01.06.2022 tarihi itibarıyla ilanı yapılacak arttırmalar hakkında Ankara, Kayseri ve Bursa illerinde ve bu

⁴³ Kanun değişikliğinden önce geçerli resmi müzayede usulü, "karma usul" veya "karma sistem" ifadeleriyle belirtilmiştir. Ahmet Türkan, 'Akademik Çalışmalar Bağlamında UYAP'a Bakış', 430.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Kale, İcra ve İflas Hukukunda Online Satış.

⁴⁶ Bu hükümler dışında, yürürlüğü hakkında düzenleme yapılan diğer maddeler şunlardır: İİK m. 87, m. 88, m. 106, m. 118, m. 129, m. 130, 133, 242 ve 244, 134/9-10.

⁴⁷ Adalet Bakanlığı Duyurusu, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://iidb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/elektronik-ortamda-yapilacak-satislara-iliskin-duyuru10032022104700>.

illerin ilçelerinde⁴⁸, 01.09.2022 tarihi itibarıyla Antalya, Aydın, Gaziantep, Kocaeli, Konya, Mersin, Samsun ve Van illerinde⁴⁹ başlanmıştır.

Elektronik satış prosedürü, satış talebiyle (İİK m. 106) başlamaktadır. Satış talep etme süresine ilişkin İİK m. 106/1 ve 2 ile satış masrafları ile kıymet takdiri masraflarının depo edilmesi zorunluluğunu düzenleyen İİK m. 106/3,5,6 ve sicil-li motorlu taşıtların muhafaza işlemlerini düzenleyen İİK m. 106/4 önemli değişlikler içermektedir. Satış talebine müteakip artırma hazırlık tedbirleri (İİK m. 114, 124) gerçekleştirilmelidir. Bu tedbirlerin tamamlanmasından sonra, elektronik ortamda teklif verme süreci başlayacak⁵⁰, artırma süresinin bitiminden itibaren sonuç tutanağı ilan edilecek ve kanuni şartların varlığı halinde ihale kesinleşecektir. Çalışmamızda, sırasıyla bu aşamalar incelenecektir.

Elektronik satış usulünün aşamalarının incelenmesinden sonra ESP'nin hukuki anlamda öneminin artmasının tespitiyle, sistemin işleyişine yönelik alınması gereken tedbirler ve sistemin işleyişini bozan veya engelleyecek davranışlara yönelik öngörülen yaptırımlar açıklanacaktır. Bu çerçevede, ESP'de kaydedilen kişisel verilerin, KVKK kapsamında değerlendirilmesi de çalışmamızda ayrı bir başlık altında açıklanacaktır.

A. CEBRİ SATIŞ TALEBİ

Cebri satış talebi, İİK m. 106'da düzenlenmiştir. Bu hüküm, ilk olarak satış talep etme süresine ilişkin yeni düzenlemeler içermektedir. Alacaklının veya borçlunun satış talebinde bulunabilmesi için hem taşınır hem taşınmazlar için bir yıllık süre öngörülmüştür. Bu süre, satışı talep edilen, ancak gerçekleştirilmeyen mahcuz bulunması halinde, başka bir deyişle alacaklının bir yıllık sürede satış talep etmesi ve artırma yapılmasına rağmen satışın gerçekleşmemesi halinde, İİK m. 106/2 uyarınca bu sürenin bitiminden itibaren sadece alacaklı⁵¹ bakımından bir yıl daha uzayacaktır.⁵² Bu durumda alacaklının, uzama süresi içerisinde talep ettiği satıştan da sonuç alınamaması halinde, yeni bir satış talep süresi tanınmasının mümkün olup olmadığı maddede belirtilmemiştir. Doktrinde bu halde yeni bir satış talep süresinin başlamayacağı⁵³ ve bu halde haczin düşmüş sayılacağı ifade edilmektedir.⁵⁴

⁴⁸ Adalet Bakanlığı Duyurusu, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://iidb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/e-satis-yonetmeligi-ve-tarifenin-uygulanmasina-dair-duyuru23052022043721>.

⁴⁹ Adalet Bakanlığı Duyurusu, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://iidb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/e-satis-yonetmeliginin-uygulanmasina-dair-duyuru25082022024708>.

⁵⁰ Çelikoğlu, bu aşamayı "UYAP üzerinden teklif yarışı" olarak nitelendirmektedir. Çelikoğlu, '7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı', 421.

⁵¹ İİK m. 111b uyarınca satış talep edecek borçlu, hacizden itibaren bir yıl içinde bu hakkını kullanmalıdır. Kale, İcra ve İflas Hukukunda Online Satış.

⁵² Ibid. Çelikoğlu, İİK m. 115/3 ve m. 110/1 hükümleri ile de aynı sonuca ulaşabildiğini haklı olarak vurgulamaktadır. Çelikoğlu, '7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı', 418.

⁵³ ---, '7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı'.

Satış talebine ilişkin olarak öngörülen diğer bir önemli yenilik, satış, kıymet takdiri ve muhafaza işlemi masrafları ile ilgilidir. İİK m. 106/3 uyarınca satış masrafları ve kıymet takdiri masrafları, satış talebiyle birlikte depo edilmelidir. Haciz aşamasında kıymet takdiri yapılan mallar bakımından, yeniden kıymet takdirine gerek olmadığı için bu mallara ilişkin satış taleplerinde, kıymet takdiri masraflarının depo edilmesine gerek bulunmamaktadır.⁵⁵ Yeniden kıymet takdiri yapılacak hallerde dahi yeniden kıymet takdiri masraflarının depo edilmesi gerekmediği de belirtilmelidir. Sadece sicilli motorlu kara taşıtların satışını düzenleyen İİK m. 106/4, satış ve kıymet takdiri masraflarının yanında bu taşıtların satış talebi ile birlikte muhafaza masraflarının da depo edilmesi zorunluluğu getirmiştir. Satış, kıymet takdiri ve motorlu kara taşıtları bakımından muhafaza masraflarının İİK m. 106/3,4,5 hükümleri çerçevesinde ödenmemesi halinde satış talebi yapılmamış sayılır. Kanunen öngörülen bu yaptırımın, masrafların depo edilmesinin satış talebi işleminin kurucu unsurlarından olduğuna işaret ettiği ve dolayısıyla bu halde süresinde gerekli masrafların yatırılmaması halinde ilgili mallardaki hacizlerin düşmüş olacağına kabul edilmesi gerektiği görüşüne⁵⁶ katılıyoruz.

Muhafaza masraflarına ilişkin olarak kanun koyucunun, haczedilen tüm taşınır malların satış talebinden önce muhafaza altına alınmasını, mahzuz malın satış işleminin geçerlilik şartı olarak kabul ettiği İİK m. 88/2 c. 4 hükmünden anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun hükmün devamında sicile kayıtlı motorlu kara araçları bakımından İİK m. 106 hükmünü saklı tutması ile kanaatimizce motorlu kara taşıtlarının muhafaza masraflarının haciz talebi sırasında peşin olarak alınmasının zorunlu olmadığı, çünkü bu malların muhafaza masraflarının paraya çevirme aşamasında alınacağı hatırlatılmak istenmiştir. Bu düzenlemenin (İİK m. 88/2 c.5) anlamının açık olmadığı doktrinde isabetli olarak ifade edilmiştir.⁵⁷

İİK m. 106 uyarınca yatırılacak masraf avans tutarları, SGT'ye göre belirlenir. Bu tarifede sicile kayıtlı motorlu kara taşıtları, diğer tüm taşınır ve taşınmaz mallar olmak üzere üç temel ücret uygulanmaktadır. 2022 yılı itibarıyla taşınmaz mallar için 5.780 TL, sicile kayıtlı motorlu kara araçları için araç tipine göre 2.880 TL ile 4.470 TL arasında belirlenmiş tarife tutarları geçerlidir.

⁵⁴ "Ek bir yıllık süre içinde satış talebinin ileri sürülmemesi halinde haciz kalkacaktır. (İİK m. 110/II) Böylece madde lafzı duraksamaya yol açmakla beraber uygulamaya yönelik bazı temel sorunların giderilmek istendiği görülmektedir. "Yardım, İcra ve İflas Kanunu'nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler.

⁵⁵ Kale, İcra ve İflas Hukukunda Online Satış, Yardım, İcra ve İflas Kanunu'nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler, Çelikoğlu, '7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalelerin Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı', 418.

⁵⁶ ---, '7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalelerin Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı', 419, ibid.

⁵⁷ Ibid., 419.

İİK m. 106/6 hükmünde depo edilen masraf avansının yetersiz kaldığına anlaşılması halinde icra dairesi tarafından on beş günlük bir süre verilmesi ve bu süre zarfında eksik kalan masraf tutarının depo edilmemesi halinde satış talebinin gerçekleşmemiş sayılacağı düzenlenmiştir. Ancak süre verilmesinden önce yapılan diğer hazırlık tedbirlerinin akıbeti hakkında maddede bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu halde *Çelikoğlu*, bu hazırlık işlemlerinin temelsiz kalacağını ve bu nedenle yeniden satış talep edildiğinde yapılan bu tedbirlerden de yararlanılmasına ilişkin ek kanuni düzenlemelere ihtiyaç olduğunu vurgulamıştır.⁵⁸

B. ARTIRMA HAZIRLIK TEDBİRLERİ

İİK m. 114 ve 115 hükümlerinde taşınır mallar için, İİK m.126'da ise taşınmaz mallar için hazırlık tedbirleri öngörülmüştür. Bu tedbirler, kural olarak taşınır mallar için satış şartnamesinin hazırlanması ve açık artırma ilanın yapılması; taşınmaz mallar için ise açık arttırmanın ilanı, şartnamenin ve mükellefiyetler listesinin hazırlanması, ilan metninin ilgililere tebliğ edilmesi ve gerektiğinde yeniden kıymet takdirinin yapılmış olmasıdır.⁵⁹

Taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin ilan metninin içeriği, İİK m. 114/6 hükmünde sıralanmıştır. Kanun sistematığında, taşınır ve taşınmazlar için ortak düzenlenen taşınır metni içeriği, "şartname mesabesinde"⁶⁰ düzenlenerek ilgililerin satışa konu mal hakkında yeterli bilgi sahibi olmalarını amaçlamaktadır. Şartnamenin icra dairesinde ilgililerin incelemesine hazır tutulması gerektiğine dair düzenlemeye (İİK m. 124/2) de böylece ihtiyaç kalmamıştır. Aslında bu sayede şartname içeriği, ilan metninde yer almakta ve böylece ilgililer, mahcuz mal hakkında doğrudan bilgi sahibi olabilmektedirler. Paraya çevirme aşamasının temel amaçlarından biri haczedilmiş malın mümkün olan en yüksek fiyatla satılması olduğundan⁶¹ ilan metni ile şartname içeriği arasındaki bu yeknesaklığın mahcuz malın satışını kolaylaştıracağı belirtilebilir. Buna ilaveten, İİK m 114/6 b. 12 uyarınca satışa katılanlar, "bütün ekleriyle birlikte şartnameyi görmüş ve içeriğini kabul etmiş" sayılacaklardır.

İİK m. 114/6 düzenlemesinde 13 bent halinde düzenlenen ilan metni içeriği konu ve ilgilerine göre, çalışmamızda üç temel sınıfta gruplandırılmıştır. Bu inceleme yapılırken Satış Yönetmeliği'nde yer alan ve kanunda yer almayan özel düzenlemeler de dikkate alınmıştır.

Satışa konu mala ilişkin bilgilerine yer veren b. 1 ve ikinci artırmanın şartlarını düzenleyen b. 10, genel bilgileri içerir. Satışa konu mala ilişkin bilgilerin, ilan metninde yer alması gerektiği kuşkusuzdur. İkinci arttırmaya

⁵⁸ Ibid., 420.

⁵⁹ Ibid., 436.

⁶⁰ Ibid., 248.

⁶¹ Kale, İcra ve İflas Hukukunda Online Satış.

ilişkin b. 10 ise, ayrı bir maddede özel olarak düzenlenmediğinden ilan metni içeriğine dahil edilmesi tercih edilerek hangi hallerde ikinci artırmaya yapılabileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, asgari ihale bedelinin teklif edilmemesi veya en yüksek teklif verenin ihale bedelini yatırmaması halinde ikinci artırma yapılabilecektir. İİK m. 114/2 uyarınca ikinci artırmanın başlangıç tarihi, birinci artırmanın bitimi tarihinden itibaren bir ayı geçmeyecek şekilde belirlenir.

Taşınır ve taşınmaz satış ilanları ile ilgili olarak ilan metni içeriğine ilişkin İİK ve Satış Yön. hükümleri karşılaştırıldığında, Satış Yönetmeliği hükümlerinde kanun metninde olmayan ifadeler tespit edilmektedir. Satış Yön. m. 6/1-(c) ve m. 8/1-(c) hükümlerinde sistem altyapısı olduğu banka teminat mektuplarının elektronik ortamda icra dairesine gönderilebilmesi düzenlenmiş olup çalışmamızda bir sonraki başlıkta incelenecektir. Hisseli satışın mümkün olduğu hallerde ve temsilci vasıtasıyla ihaleye katılmak istendiğinde, ilgililerin icra dairesine müracaat etmesi zorunluluğunu düzenleyen Satış Yön. m. 6/1-(ç) ve d) ile m. 7/(ç) ve (d) hükümlerinde elinde noterler, resmi daireler veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri vekaletname veya belgeyi bulunduran kişilerin, vekalet veya temsil yetkisi veren kişi ile birlikte değil, sadece temsilcilerinin icra dairesine müracaat etmeleri yeterli görülmüştür. Ayrıca bu kişiler, teminat miktarını başvuru anında icra dairesi hesabına yatırmalı veya banka teminat mektubunu icra dairesine tevdi etmelidirler. Banka teminat mektubunun sistem altyapısı olduğunda elektronik olarak tevdi edilip edilemeyeceği temsilciler için kabul edilmemiştir. Satış Yön. m. 6 ve m. 7 hükümlerinin (c) bentlerinde yer alan “veya sistem altyapısı oluşturulduğu takdirde elektronik olarak tevdi etmesi zorunluluğu” ifadesi, (ç) ve (d) bentlerinde yer almamaktadır. Ancak, kanun koyucu “elden” veya “elektronik olarak” terimlerini tercih etmeyip genel olarak banka teminat mektubunun “tevdi” edilmesinden söz ettiğinden temsilcinin banka teminat mektubunu, “elden” veya “sistem altyapısı oluşturulduğu takdirde elektronik” olarak icra dairesine tevdi edilebileceği kabul edilebilir.

İİK m. 114/6 b. 2, 3, 6, 9 hükümleri teklif verecek kişilerin yatırması gereken teminata ilişkindir ve teklif verme süreci başlığı altında incelenecektir. Belirli durumlarda icra dairesine şahsen müracaat edilmesi zorunluluklarını düzenleyen b. 4 ve b. 5 ile geri kalan tüm bentler (b. 11, 12, 13) resmi müzayede sürecinde alıcıları ilgilendirdiğinden yine aynı başlık altında incelenmesi uygun bulunmuştur.

Birinci ve ikinci artırmanın yapılacağı gün ve saat aralığı, artırmaya başlangıç tarihinden en az on beş gün önce ESP’de ilan edilecektir. Dikkat edilirse, artırma ilanında sadece birinci değil, ikinci artırma gün ve saati de yer alacaktır. (İİK m. 114/2) Ayrıca belirtmek gerekir ki, 7343 sayılı Kanun uyarınca yapılan İİK değişikliğinden önce icra müdürüne ilanın şekli ve gazete ile yapılıp yapılmayacağına dair verilen takdir yetkisi, 7343 sayılı Kanun’da da

korunmuştur. Farklı olarak İİK m. 114/4, gazete ile de ilan yapılmasına karar verildiğinde artırmaların gün ve saatine ile satılacak mala ilişkin bilgilerine erişilebilecek ESP link adresinin de ilan metnine eklenmesini zorunlu tutmuştur. Gazete ile de ilan yapılması ve ESP'deki ilan metni ile gazetede yer alan ilan metni arasında farklılık bulunması hâlinde, İİK m.114/4 uyarınca ESP'de ilan edilen metin esas alınır. İlanın şekli fark etmeksizin ilan metindeki hatalara ilişkin düzeltme, sadece ESP'de ilan edilir ve ilgililere ayrıca tebliğ edilmez. Yukarıda belirtilen bu hususların ESP'nin önemini artıran düzenlemeler olarak karşımıza çıktığı açıktır.⁶²

Kanunun ilan şekli ile ilgili icra müdürüne verilen takdir yetkisi, paraya çevirme türü bakımından icra müdürüne tanınmamıştır. 7343 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce geçerli olan ve taşınır bakımdan ifade edilen icra müdürünün "arttırmanın tarzını belirleme yetkisinin" kaldırılması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.⁶³ 7343 sayılı Kanun ile İİK m. 124 uyarınca icra müdürü, sadece artırma şartnamesine özel şart ekleyebilecektir. Bu hüküm uyarınca arttırmanın türünü değiştirmesi ise hukuken mümkün değildir.⁶⁴ Halbuki icra müdürüne bu yönde verilen takdir yetkisi, mahcuz malın özellikleri ve somut durumu göz önüne alınarak satışının farklı şekillerde, örneğin halka kapalı bir şekilde sadece belirli alıcılar arasında, düzenlenmesine imkân vererek haczedilen malın daha yüksek bir fiyat ile satılmasına hizmet edebilir.⁶⁵

C. TEKLİF VERME VE İHALE SÜRECİ

1. Genel Olarak

ESP'de başlayan teklif verme süreci içerisinde geçerli bir teklif verebilmek için öncelikle teklif tutarının en az İİK 114/6 b.8'de belirtilen asgari ihale bedelinde olması gerekir. Asgari ihale bedeli, en az haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak paraya çevirme ve paylaşırma masraflarının toplamı kadardır. İİK m. 111b/4'e göre teklifler arasındaki fark, satışa çıkarılan malın muhammen kıymetinin binde birinden ve her halde 100 TL'den az olamayacaktır.

İhaleye katılanların verdikleri tüm teklifler içerisinde mal, en yüksek teklif verene ihale edilir. (İİK m. 114/6 b. 7) Hiçbir teklif veren, asgari ihale bedelinin altında teklif vermiş ve bu nedenle ihale yapılamamış olabilir veya en yüksek

⁶² Çelikoğlu, '7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhale Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı', 248, Kale, İcra ve İflas Hukukunda Online Satış.

⁶³ Çelikoğlu, '7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhale Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı', 427.

⁶⁴ Bu halde ancak İİK m. 121 hükmüne müracaat edilmesi mümkündür. Ibid.

⁶⁵ Ibid., 427.

teklif veren, asgari ihale bedelinin üstünde teklif vermiş olsa dahi, ödeme yapmamış olabilir. Her iki halde de İİK m. 114/b. 10 uyarınca ikinci artırma aynı şartlar çerçevesinde İİK 114/2'ye göre birinci artırmanın bitimi tarihinden itibaren bir ay geçmemek koşuluyla belirlenecek gün ve saatte yapılır. Bu değişiklik ile mülga İİK m. 115/1'de malın üç defa bağırılmasından sonra ihale edilmesine ilişkin hüküm yerine tespit edilen malın ihale edilmiş sayılacağı anda, teklif verme süresinin bitiminde ESP'nin otomatik olarak işleme kapanması ile, ihale edilmiş olur ve bu anda malın mülkiyeti ihale alıcısına geçer. (İİK m. 115/2)

Açık arttırmada teklif verme süresi yedi gündür. (İİK m. 111b/2) Bu sürenin son on dakikası içinde yeni bir teklif verilmesi halinde artırma, artırma süresi İİK m. 111b/6 uyarınca bir defaya mahsus on dakika uzatılır. Teklif verme süresi içerisinde bilişim sistemi içerisinde bakım ve iyileştirme için gerekli olan işlemlerin yapılmasının da ihalenin geçerliliğini etkilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. (İİK m. 111b/9) Ayrıca, teklif verme süresinin son on dakikasında sistemdeki bir arıza sebebiyle teklif verilemediği tespit edilirse, teklif verme süresinin bir gün uzatılmasına karar verilir. *Çelikoğlu* tarafından "devam ihalesi"⁶⁶ olarak adlandırılan süreçte icra müdürü, artırma (teklif verme) süresinin uzatılmasına ilişkin vereceği kararda artırmanın başlama ve bitiş tarih ve saatlerini gösterir ve bu hususlar, ESP'de ilan edilir. (İİK m. 115/8)

Teklif veren, teklif verme başladıktan sonra teklifi ile bağlıdır. Başka bir deyişle, borcun tamamen ödenmesi sebebiyle satış durdurulmadıkça teklif veren, teklifini geri alamaz. (Satış Yön. m. 15/6) Satış talebi de İİK m. 115/5 uyarınca teklif verme başladıktan sonra geri alınamayacaktır. Bu hükmün yürürlüğe girmesi ile 7343 sayılı değişiklikten önce doktrindeki bazı yazarlar ve Yargıtay tarafından satış talebinin geri alınabileceğine dair görüşün⁶⁷ de savunulamayacağı belirtilmelidir. Bu tartışma, İİK m. 115/5 hükmünün yürürlüğe girmesi ile sona ermektedir. Satış talebinin geri alınamamasına dair İİK m. 115/5 hükmünün yerinde bir değişiklik olduğu, aksi takdirde "üçüncü kişilerin haklı beklentilerinin ihlal edilebileceği" ifade edilmiştir.⁶⁸

Temsilci vasıtasıyla arttırmaya katılmak isteyen alıcılar (İİK m. 114/6 b. 4) ile hisseli satışlarda satışa konu malı belirli paylarla satın almak isteyen müşterek alıcılar (İİK m.114/6 b. 5) artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar satışı yapan icra dairesine şahsen temsilcileriyle birlikte müracaat etmek zorundadır.

⁶⁶ Ibid., 434.

⁶⁷ Erturgut, İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, 79, Dönmez, İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, 66. Yarg. 12. HD, 14.11.2000, 15861/17342.

⁶⁸ Çelikoğlu, '7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı', 432. Satış talebinin geri alınabilmesi halinde teminat yatırarak arttırmaya katılan ihale alıcıları maddi kayba uğrayacak ve satışın gerçekleşmeme ihtimali artacağından borçlunun mağdur olma ihtimali de artacaktır. Kale, İcra ve İflas Hukukunda Online Satış. Aynı yönde bkz. Tepe, Elektronik Teklif, 113.

2. Teminat

Açık artırmaya katılabilmek ve artırmada teklif verebilmek için teminat yatırılması zorunludur. (İİK m. 114/6 b. 2) Teminat, nakdi olarak ödenebileceği gibi, banka teminat mektubu olarak da verilebilir. Her iki halde de teminat tutarı, mahcuzun kıymetinin yüzde onu tutarında olmalıdır. (İİK m. 114/6 b. 2, 3) Nakdi teminatlar, icra dairesinin banka hesabına, en geç artırma süresinin bitiminden önceki gün saat 23:30'a kadar yatırılmalıdır. (İİK m. 114/6 b. 2) Yukarıda belirtilen bu düzenlemelerden, güncel bankacılık hizmetlerinin güncel işleyişi ile uyumlu ödeme imkanlarına, teknolojik gelişmelerden faydalanılarak esneklik kazandırıldığı göze çarpmaktadır. Teminat, banka teminat mektubu olarak verilecek ise "kesin ve süresiz" olarak düzenlenmiş olmalı ve teklif veren tarafından satışı yapan icra dairesine İİK m. 114/6 b. 3 uyarınca tevdi edilmelidir. Ancak Satış Yön. m. 6/1 b. (c), m. 8/1 b. (c), m. 13/2 hükümlerinde sistem altyapısı oluşturulduğu takdirde banka teminat mektubunun elektronik ortamda icra dairesine tevdi edilebileceği düzenlenmiştir. Henüz bu altyapının tam olarak oluşturulmamasına rağmen hukuki zeminin hazırlanmış olması, muhtemel mevzuat değişikliklerini önlenmesine hizmet edecektir.

Satış talep eden ve artırmaya katılmak isteyen alacaklı ile ortaklığın satış suretiyle giderilmesinde artırmaya katılmak isteyen pay sahibi, alacağı veya ortaklık payı tutarında teminat ödemek zorunda değildir. Bu kişilerin, belirtilen tutarlarda teminattan muaf tutulabilmeleri için icra dairelerine müracaatı zorunludur. (İİK m. 114/6 b. 6)

Teminat ile ilgili son olarak, ihale alıcısının en yüksek teklif vermiş olmasına rağmen ihale bedelini ödememesi halinde, bu kişiye karşı İİK m. 114/6 b. 9'da öngörülen yaptırım, yatırdığı teminat bedelinin kendisine iade edilmemesi olarak belirtilmiştir. Kanun değişikliğinden önce yürürlükte bulunan İİK m. 133/2 uyarınca en yüksek teklif vermesine rağmen süresinde ihale bedelini yatırmayan kişinin sorumluluğu, teklif edilen bedelle son ihale bedeli arasındaki fark ile sınırlıydı.⁶⁹ Mevcut düzenlemeye göre teminat tutarından öncelikle satış masrafları tahsil edilir ve kalan tutar, alacaklarına mahsuben hak sahiplerine ödenir. Hükümde geçen "hak sahibi" ifadesinin dosya alacaklılarına işaret ettiği belirtilmekle birlikte tüm masrafların mahsup edilmesinden sonra kalan tutarın en yüksek teklif verene iade edilmemesi, maddi hukukta dayanağı olmadığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir.⁷⁰

⁶⁹ Kale, İcra ve İflas Hukukunda Online Satış.

⁷⁰ Çelikoğlu, '7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalelerin Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı', 432.

D. ARTIRMA SONUÇ TUTANAĞI

Açık artırma süresinin sonunda icra müdürü ihale sonuçlarını tespit eder ve artırma sonuç tutanağını hazırlar. Artırma sonuç tutanağı, ESP'de ilan edilir. İcra müdürünün tespit edeceği ve tutanakta mutlaka belirtmesi gereken hususlar şu şekilde sıralanabilir: ihalenin hangi gün ve saatte tamamlandığı, şartlar yerine gelmişse en yüksek teklifi verene malın ihale edildiği, tutanağın ilanından itibaren yedi gün içinde ihale bedelinin icra dairesi hesabına yatırılması gerektiği ve şartlar yerine gelmediği takdirde ihalenin hangi gerekçeyle yapılamadığı (İİK m. 115/4). İhale, İİK m. 115/6 uyarınca asgari ihale bedelinin teklif edilmemesi, en yüksek teklif verenin ihale bedelini yatırmaması veya teklif verme sürecinden önce borcun ödenmesi sebebiyle yapılamamış veya iptal edilmiş olabilir. Borcun ödenmesi halinde artırma İİK m. 115/6 uyarınca düşecektir; ihale bedelinin süresinde yatırılması durumunda ise artırmanın iptali söz konusu olur. (İİK m. 115/7) Tutanağın bu hususların belirtilmesi, satış isteme sürelerinin yeniden başlama zamanlarını belirlediğinden önem arz eder. Satış talebiyle duran süreler, İİK m. 114/7'ye göre ihalenin yapılamadığı veya iptal edildiği tutanak tarihinden itibaren işlemeye devam eder. Hatırlatılmalıdır ki, Satış Yön. m. 11'e göre icra müdürü, artırma sonuç tutanağını düzenlediği gün, tutanağı ESP'de ilan etmelidir. Tutanağın düzenlenme tarihi ile ilan tarihi aynı gün olacağından satış isteme sürelerinin hesaplaması ile ilgili uyumsuzlukların da önüne geçilmiş olacaktır.

Tutanağın ilan (düzenlenme) tarihi, en yüksek teklif veren ihale alıcısının ihale bedelini, hangi tarihe kadar ödeyebileceğini de belirler. İhale bedeli, ihalenin gerçekleştiğine ilişkin tutanağın ESP'de ilan edildiği tarihten itibaren en geç 7 gün içerisinde icra dairesine hesabına ödenmelidir. (İİK m. 114/6 b. 11)

Satışa konu mal, hak veya alacağın tescil ve teslim işlemleri, ancak ihale kesinleştikten sonra gerçekleştirilebilir. (İİK m. 118/2, m. 114/6 b. 13) İhale, ihale bedelinin kanuni süresinde yatırılması ve şikâyet süresi içinde ihalenin feshi davası açılmamış olması halinde kesinleşmiş sayılır.⁷¹

E. ESP'NİN Güvenliği ve İşleyişi

1. Genel Olarak

ESP'nin güvenliğinin korunmasını tedbiren İİK ve Satış Yönetmeliğinde çeşitli öngörülen hükümler öngörülmüştür. Öncelikle genel hüküm olarak Satış Yön. m. 23/1'de Adalet Bakanlığı'nın ESP'nin işleyişi ve güvenliği ile ilgili olarak her türlü çalışmayı ve tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı'nın en önemli görevinin, UYAP ve ESP'nin bakım,

⁷¹ Ibid., 435.

onarım, güncelleme ve iyileştirme çalışmalarını planlaması olduğu belirtilebilir. Sistem üzerindeki bu tedbirler yerine getirilirken ihalenin geçerliliğini etkilenmeyeceği de hüküm altına alınmıştır (Satış Yön. m. 23/2) Bunun yanında, kanunda öngörülen idari tedbirlerin (Satış Yön. m. 24) uygulanması da ESP'nin işleyişi ve güvenliği ile ilgili yapılacak işlemler arasında belirtilmelidir. Son olarak, ESP'nin sisteminde mevcut bulunan kişisel verilerin korunması Anayasa m. 20 ve KVKK uyarınca zorunlu olduğundan elektronik ortamda açık artırmaya ilişkin hükümlerin KVKK açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. İdari Tedbirler

ESP'nin güvenliği ve işleyişine karşı öngörülen tedbirler iki temel grupta incelenebilir. İlk olarak İİK m. 111b/7, 8 ve Satış Yön. m.24/1 uyarınca ESP'de satış işlemlerinin güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesini engelleyen veya elektronik satış sistemi ile ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine zarar veren internet sitelerine karşı 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanununun 8/A maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. 5651 s. Kanun m. 8/A hükmünde öngörülen yaptırımlar, yayın içeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilmesi (f. 1), suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulması (f. 4), Yetkili mercilere bilgi vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumlularına karşı adli para cezası öngörülmesi (f. 4), yayın içeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılarına karşı idari para cezası öngörülmesidir (f. 5).

İkinci olarak, İİK m. 111b/8 ve Satış Yön. m. 24/2 uyarınca ESP'nin işleyişini ya da güvenliğini tehlikeye sokan veya ESP'ye erişimi engelleyen ya da zorlaştıran nitelikte eylemlerde bulunan gerçek ve tüzel kişilere karşı Adalet Bakanlığı, bu kişilerin ESP'ye erişimlerinin üç ay boyunca engellenmesine karar verebilir. Engelleme işlemi derhal uygulanır ve ESP'nin kamuya açık olmayan ve sadece ilgililerin görebileceği şekilde duyurulur. Bu işleme karşı, duyuru tarihinden itibaren on beş gün içinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uyarınca sulh ceza hakimliğine başvurulabilecektir.

İİK ve Satış Yönetmeliği'nde belirtilmese dahi "bilgi işlem suçları yönünden ilk basamak"⁷² olarak görülen TCK m. 243 hükmünün de uygulanması mümkün olabilir. TCK m. 243 uyarınca bir bilgi işlem sistemine hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimse, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır. ESP'ye elektronik ortamda hukuka aykırı olarak erişim sağlayan kişiler de UYAP Bilgi İşlem Sistemine bağlı bir portala

⁷² İhtiyaroğlu, 'Bilgi İşlem Sistemine Girme Suçunun Yargı Kararları Bağlamında İncelenmesi', 409.

giriş yapmış olacaklarından TCK m. 243'ün uygulanması mümkün olabilir. Bu çerçevede TCK m. 243 ila 246 hükümleri arasında düzenlenen diğer bilişim suçlarının unsurlarının da somut hukuka aykırılıkta mevcut bulunabileceği hatırlatılmalıdır.

3. Kişisel Verilerin Korunması

ESP üzerinden gerçekleştirilecek satış prosedüründe alıcılar, teklif verenler ve diğer ilgililerin kişisel verilerinin mevcut olacağı açıktır. KVKK m. 3 (d) hükmünde ifade edilen kişisel verinin tanımı olan “kimliği belirli ve belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilginin” kapsamına, örneğin ihale alıcılarının adı, soyadı gibi kimlik bilgileri ile borçlunun mülkiyeti olduğu taşınmazlara ilişkin tapu tescil ve takyidat bilgileri kişisel veri olarak nitelendirilecektir. Kişisel veriler, ESP üzerinde kaydedilmekte ve gerektiğinde sistem üzerindeki diğer kişilere aktarılmaktadır. Bu bağlamda KVKK m. 3 (e) uyarınca kişisel verilerin işlenmesi söz konusu olacaktır. KVKK m. 5/2 (a)'ye göre kanunlarda açıkça öngörülen hallerde ve KVKK 5/2 (e) gereğince “bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması” şartına dayanarak kişisel verisi işlenen kişilerin açık rızası aranmaksızın bu verilerin işlenebileceği sonucuna varılacaktır. Nitekim, avukatın veri sorumlusu sıfatıyla müvekkilinin kişisel verilerini paylaşması durumunda KVK Kurulu, müvekkilin kişisel verilerinin işlenmesinin kanunlarda açıkça öngörüldüğü” ve “bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olduğuna hükmederek KVKK'ye aykırı bir durum olmadığına karar vermiştir.⁷³

KVKK'de veri işleyen, veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır. (KVKK m. 3/ğ) Örneğin, UYAP Bilişim Sistemi'nde bir kişi, bir portalda kimlik ve adres bilgilerini kullanmak istediğinde sistem üzerinden MERNİS'e bağlanarak kimlik ve adres bilgilerini, UYAP ortamına aktarır. Bu halde, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, kişisel verilere erişim yetkisi vermektedir ve veri işleyen sıfatına haizdir.⁷⁴ Benzer şekilde KVK Kurulu, 20.5.2021 tarihli ve 2021/511-512-513 sayılı kararında KVKK m. 5/2 (a)'da belirtilen “kanunlarda açıkça öngörülmesi” sebebiyle “alacaklı vekili avukatlarının, UYAP üzerinden borçlunun alacaklı olduğu icra dosyaları da dahil olmak üzere borçlunun tüm mal, hak veya alacakları hakkında sorgulama yapabileceğine” ve “alacaklı vekili avukatların görevlerini yerine getirebilmeleri için, icra tevzi bürolarındaki görevli personelin, avukata borçluların alacaklı olduğu icra takip dosyalarında bulunan kişisel verileri aktarabileceğine ve bu hususlarda KVKK kapsamında yapılacak bir işlem bulunmadığına karar vermiştir.⁷⁵

⁷³ KVK Kurumu, 9.9.2021, 2021/909, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7141/2021-909>

⁷⁴ Oğuz, 'Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum', 22.

⁷⁵ KVK Kurulu, 20.5.2021, 2021/511-512-513, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/7022/2021-511-512-513>

İcra ve iflas hukuku mevzuatında kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak tek hüküm, hükümleri uyarınca “teklif verenlerin kişisel bilgilerinin artırma süresi içinde bilişim sistemini işleten kamu görevlileri hariç hiç kimse tarafından görülemeyeceği ve bilişim sisteminde gösterilemeyeceğine yönelik düzenlenen İİK m. 111b/3 ve Satış Yön. m. 14/3 düzenlemeleridir. Kanaatimizce bu hüküm, Kanunda yer almasaydı dahi, aynı sonuca KVKK kapsamında ulaşılabilecektir. KVKK m. 4/ç uyarınca kişisel veriler, “işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü” olmak zorundadır. Teklif verenlerin, geçerli bir şekilde teklif verebilmesi ve elektronik ortamdaki satış prosedürünün tamamlanabilmesi için kişisel verilerinin, yetkili kamu görevlileri dışındaki kişilerle paylaşılması gerekmeyeceğinden bu hüküm Kanunda yer almasaydı dahi, bu verilerin yetkili kamu görevlileri dışındaki diğer kullanıcıların görebileceği şekilde ESP’de yer almasının KVKK’de kişisel verilerin işlenmesinde genel ilkeler (m. 4) ve kişisel verilerin işleme şartları (m. 5) bağlamında kanuni bir dayanağının mevcut olmadığı belirtilmelidir.

SONUÇ

Dünyadaki teknolojik gelişmelerin icra ve iflas hukukuna olan en büyük etkisi, UYAP Bilişim Sistemi’nin icra ve iflas hukuku alanında uygulanması ile ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu çerçevede, İİK m. 8a hükmüyle icra ve iflas hukuku iş ve işlemlerinin neredeyse tamamının elektronik ortamda yapılması, bilgi ve belgelerin UYAP Bilişim Sistemi’nde saklanması ve gerektiğinde yetkili kurumlara aktarılabilmesi, tüm takip işlemlerinin daha hızlı, daha ucuz ve daha az hata ile yapılabilmesine hizmet etmektedir.

Haczedilen malların paraya çevrilmesinin elektronik ortamda yapılmasının çok önemli faydaları olduğu kanaatindeyiz. Öncelikle gelişen teknolojik gelişmeler ışığında ihaleye katılmak isteyen ilgililerin sadece portal aracılığıyla satılacak mal ile ilgili bilgi sahibi olmalarının, cebri satışa olan ilgiyi artıracak beklentisi olduğu ifade edilmelidir.⁷⁶ İhalelerin elektronik ortamda yapılması ile satılacak mal ile ilgili bilgiler, ESP üzerinden yayınlanacağından, hem mal ile ilgili daha kapsamlı bilgi, belge ve görseller aracılığıyla ilgililere sunulabilecek, hem de uzaklık ve iş yükü gibi sebeplerle mahcuz mal ile bilgi sahibi olmakta zorluk çeken kişilerin ihaleye katılımı sağlanabilecektir.⁷⁷ Yukarıda görüleceği üzere icra dairesine müracaat sadece belirli durumlar (hisseli satışlarda ve temsilci vasıtasıyla ihaleye katılım halinde) için özgülenerek tüm işlerin mümkün olduğu ölçüde elektronik ortamda yapılması amaçlanmıştır. Bu amacın yanında, elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış ile ilgili yeni hükümlerin yürürlüğe girmesinden önce kısmen elektronik ortamda yürütülen satışlarda, özellikle fiziki ortamda yaşanan kötü niyetli

⁷⁶ Kale, İcra ve İflas Hukukunda Online Satış.

⁷⁷ Aynı yönde bkz. Ibid.

kimselerin müdahalesinin önlenmesinin de elektronik satış uygulamasına geçilmesinin en önemli sonuçlarından biri olduğu ifade edilmelidir.⁷⁸ Bunun yanında ilan metni içeriğinin şartnamenin içeriğini oluşturması ve bu hususların ilgililere ESP'de duyurulması, başka bir olumlu yenilik olarak görülmelidir.

Elektronik ortamda açık artırma sürecinin bazı endişeleri de beraberinde getirdiği sonucuna varılmaktadır. Bu endişelerin başında çalışmamızda ifade ettiğimiz üzere, icra müdürünün artırma tarzı hakkındaki takdir yetkisinin kaldırılmış olmasıdır. Somut durumda artırma tarzının değiştirilememesi, ihaleye konu malın satışını zorlaştırabilir ve bazı hallerde satışın kamuya kapalı yapılması veya başka bir artırma tarzının belirlenmesi, mahcuz malın daha yüksek bedellerle satılmasına hizmet edebilir. Diğer bir olumsuz husus ise, Satış Yönetmeliği hükümlerinin neredeyse tamamının kanun hükümlerinin tekrarı olmasıdır.⁷⁹⁸⁰ Çalışmamızda belirtilen tüm bu olumsuzlukların, en son yapılan Kanun değişikliklerinin tüm ülkede uygulanması ile tespit edilerek önlenebileceği ve cebri satış prosedürünün tamamen elektronik ortama alınmasının icra ve iflas hukuku açısından çalışmamızda belirttiğimiz sebeplerle olumlu ve teknolojiye uyumlu gelişmeler olduğu belirtilmelidir.

⁷⁸ Murat Atalı, İcra ve İflas Hukuku, 291.

⁷⁹ “Yönetmelik düzenlemeleri temelde Kanun hükümlerinin tekrarından ibaret olmakla, görevli idari makamlar meyanında e-satış portalı işleticisi olan Bakanlığın yeni resmi müzayedeye modeli itibarıyla süreçteki rolü ve isteklilerin katılım araçlarına ilişkin teknik detayların diğer adsız düzenleyici işlemlerle tasrih olunacağı anlaşılmaktadır.” Çelikoğlu, '7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı', 423.

⁸⁰ Aslında İİK'da ilgili maddelerin uygulanmasına yönelik çıkartılan yönetmeliklerin (İİK Yön., Sorgulama Yön.) de benzer şekilde çoğunlukla kanun hükümlerinin konuya özgü olarak daha sistematik bir şekilde tekrarından ibarettir. İİK, bugüne kadar kanun değişiklikleri ve Anayasa mahkemesi kararları ile 43 defa değişikliğe uğramıştır. Hukuki kavram ve içtihat karmaşasına mahal vermemek adına, ilgili yönetmeliğin dayandığı kanun maddesini içermesi önerilebilir. Örneğin, “İcra ve İflas Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik” ve “İcra ve İflas Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik”, “adları yerine “İcra ve İflas Kanunu'nun 111B Maddesinin Uygulanmasına Dair Yönetmelik” ve “İcra ve İflas Kanunu'nun 111A Maddesinin Uygulanmasına Dair Yönetmelik” şeklinde değiştirilmesi yeknesaklığı sağlayabilecektir.

KAYNAKÇA

- Aydemir, Dilek. 'Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan Hukuk Muhakemeleri Kanununa Kanun Değişikliklerine İlişkin Değerlendirme', *MİHDER* 17, no. 50 (2021): 887-982.
- BİGM. *UYAP Bilişim Sistemi*. (Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, 2021). Erişim Tarihi: 15.08.2022. <https://uyap.gov.tr/Kitap>.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel. '7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı', *AD* 68, no. 1 (2022): 409-450.
- Dönmez, R. Murat. *İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi*. İstanbul: Vedat Yayınevi, 2010.
- Erturgut, Mine. *İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Erturgut, Mine. *Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Karslı, İbrahim; Kartal, Elif; Gürsül, Fatih. 'Nitel Araştırma: Avukatların Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) Uygulama Yazılımına İlişkin Görüşleri', *LHD* 7, no. 82 (2009): 3123-3131.
- Kale, Serdar, 'İcra ve İflas Hukukunda Online Satış', Erişim Tarihi: 27.11.2021. <https://blog.lexpera.com.tr:443>.
- Kıyak, Emre; Şensöz, Ahmet. 'Autopenle veya Dijital Ekranı Atılan İmza ile Elle Atılan İmzanın Karşılaştırılması', *SDÜHFD* 11, no. 2 (2021): 791-838.
- Kürşat, Zekeriya. 'Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasının Etkisi', *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 75, no. 7 (2017): 413-430.
- Karakimseli, Ayşe. 'İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) Kullanımı', *ERÜHFD* 13, no. 1 (2018): 315-360.
- Oğuz, Habib. 'Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum', *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergi*, no. 3 (2013): 1-38.
- Tepe, Büşra Kazmaz. *İcra Hukukunda Elektronik Ortamda Teklif Verme*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016.
- Türkan, Ahmet; Erdinçertürk, Arzu. 'Akademik Çalışmalar Bağlamında UYAP'a Bakış', *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 1, no. 2 (2017).
- Yardım, M.E., 'İcra ve İflas Kanunu'nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler'. Erişim Tarihi: 15.08.2022. <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63>.

IN SEARCH OF BORDER JUSTICE FOR REFUGEES: A CRITICAL REVIEW OF THE ECTHR' M.H. AND OTHERS V. CROATIA CASE

*Ekin Deniz UZUN**

INTRODUCTION

Three primary forms of violence exist worldwide: direct, structural, and cultural.¹ Explicit/direct violence is visible as it surfaces through inflicting physical, verbal, and psychological acts of violence in asymmetrical relationships. Structural violence refers to a distinction or conflict between social groups in which only certain groups or persons are favoured to access resources. Finally, cultural violence reveals itself in attitudes. Simply put, cultural violence is a web of values reinforced by society's legal standards.²

Violence and human dignity are interconnected. Therefore, “[b]eing secure against physical and emotional violence is a precondition for a life of equal dignity”.³ It means that equal dignity should not be based on security gains for some at the expense of insecurity for others.⁴ Human dignity must be understood as attached to the weak members of society, to the infant, and to persons having lost the full use of their mental capacities at old age or whatever other grounds. Therefore, it is crucial to ascertain that human security focuses on people rather than states.

Seen from this aspect, since the state is required to do more than merely abstain from committing human rights violations, failure on the part of the state to protect, respect, or fulfil its human rights obligations is attributable

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, eduzun@ybu.edu.tr.

¹ This analysis does not claim that the violence has worsened in today's World. It simply states that violence exists and surfaces in three dominant ways. However, for the discussion on whether violence has declined over centuries, please see Steven Pinker, *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, (Penguin Books, 2012).

² Alfredo Rodríguez, Paula Rodríguez, Marisol Saborido, Olga Segovia, Lylian Mires, “Visible and invisible violence and inequality in neoliberal Santiago”, *Environment and Urbanization*, 26, S: 2 (2014) :359-372.

³ Jonathan Simon, “Knowing What We Want: A Decent Society, A Civilized System of Justice & A Condition of Dignity Author and Article Information”, *Daedalus*, 151, S:1(2022): 170-180, 179.

⁴ Simon, “Knowing What We Want: A Decent Society, A Civilized System of Justice & A Condition of Dignity Author and Article Information”, 179.

to it.⁵ It means that the protection of human rights for the states is no longer restricted by their geographical territory. This obligation has the extent that covers situations in which a state has control over people or places.⁶

Suppose we apply this legal concept – the extraterritorial human rights protection- to the rights of refugees at the state’s border or in a situation where the state controls individuals who are refugees. In that case, we must take another fundamental legal principle as a reference: the *non-refoulement* principle. As a term of art, this principle has caught much academic attention. The discussions have primarily stemmed from the inquiry if the principle had a *jus cogens* character.⁷ However, general understanding gathers around accepting this principle on the level of *jus cogens* in the first place. In the context of the European Convention on Human Rights (ECHR/the Convention)⁸, on the other hand, the scholars have also analysed the scope of the *non-refoulement* principle with links to articles 3 and 4 of Protocol No 4.

M.H. and Others v. Croatia case that sits as the central topic of this paper concerns article 4 of Protocol No 4 and the *non-refoulement* principle to this end. In a broader sense, this case is about violence and how states’ deadly pushback practices harm individuals and damage international legal protection systems. Thus, this case comes with a question: how border justice can be assured to the extent that refugees have no fear of pushback from the start of their journey. Border justice in this context understands if the state’s authorities take refugees’ asylum claims seriously. The seriousness of it lies in the foundation of equal treatment for everyone seeking asylum and obedience to national and international law standards established for refugee protection.

M.H. and Others v. Croatia case centres around the death of a 6-year-old Afghan girl at the border of Serbia-Croatia. In the incident that is the subject of the case, the Afghan girl died when she was hit by an oncoming train. She was walking on the side of the train tracks on the way with her family to seek asylum from the Serbian state after being pushed back by the Croatian border police.

⁵ See Andre Nollkaemper, Harmen van der Wilt (eds), *System Criminality in International Law* (Cambridge University Press, 2009). Further see Andre Nollkaemper, “Systematic Effects of International Responsibility for International Crimes”, *Santa Clara J Int’L* 8, (2010), 313 - 316.

⁶ Thomas Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, (Cambridge University Press, 2011), 100-158.

⁷ Jean Allain, “The *jus cogens* Nature of *non-refoulement*”, *International Journal of Refugee Law*, 13, S: 4 (2001), 533-558.

⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR), amended by Protocols nos 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.

The Court assessed the case with links to the ECHR articles 2, 5, 34 and Protocol no 4, article 4, which prohibits collective expulsion. Under the Protocol, the Court looked at first whether the applicants were subjected to collective expulsion. Second, it considered whether there was any individual assessment of their circumstances by the state authorities. Eventually, the Court again clarified under which situation refugees were protected in an expulsion case. The ECtHR stated that expulsion could be characterised as *collective* only if there was not “a reasonable and objective examination of the particular case of each group alien”.⁹ The Court also explained that the *exception* for the given rule was found in cases where “the lack of an individual expulsion decision could be attributed to the applicant’s conduct”.¹⁰ In this context, for the Court, the applicant’s conduct encompassed the situations if they crossed a land border unauthorised manner, took advantage of being a part of a large group of people, used force, and endangered public safety. Finally, assessing the case, the Court noted that the state had failed to give the applicants accurate and effective access to legal entry procedures.¹¹ Ultimately, the Court concluded that the deportation of the Afghan family was collective. However, it meant that the collective expulsion had occurred not because of the applicants’ conduct but because of state authorities.

In its reasoning of the given case, the Court identifies the factors that lead to the collective expulsion of refugees. But it still falls short. The Court signals that it would have justified the pushback of refugees if they misbehaved at the state’s border while seeking asylum. Even though the ECtHR protects applicants in this case, in a general sense, it also partly fails refugees by attributing importance to individuals’ *conduct* in the process. Eventually, this evaluation of the Court may weaken border justice for refugees in the long run. Because if border justice requires states to examine each person’s claim for asylum, linking this obligation to refugees’ conduct may depolarise already established protection mechanisms under international law. For example, it can categorise refugees and foster a rationale for rewarding good-natured ones rather than *rotten apples*. For instance, Hungary previously introduced such a categorisation in the case of *Ilias and Ahmed v. Hungary* through fake “*asylum-seekers and asylum-shopping*” referrals.¹²

With this background, the article emphasises that the *M.H. and Others v. Croatian* case is of the utmost importance in clarifying the lines of collective expulsion incidents, especially concerning the burden of proof.¹³ But the

⁹ *M.H. and Others v. Croatia*, Application nos 15670/18 and 43115/18 (4 April 2022, ECHR), para 293.

¹⁰ *M.H. and Others v. Croatia*, para 294.

¹¹ *M.H. and Others v. Croatia*, para 303.

¹² *Ilias and Ahmed v. Hungary*, Application no. 47287/15, (21 November 2019, ECHR), para 112

¹³ The Court concluded that the applicants’ articulations were “specific and consistent throughout the whole period following the death of M.A. D.H.” *M.H. and Others v. Croatia*, para 269.

Court, in this case, still inserted its culpable conduct exception as an explanatory note. Thus, the article proposes that the Court must lift its scrutiny of how the applicants behaved to protect refugees at the state border. Because given the disadvantaged position of refugees with the state, authorities can quickly resort to such vague tests to dismiss refugees seeking asylum.

Against this background, the article uses *M.H. and Others v. Croatia* case as a *bridge*¹⁴, ultimately setting forth the importance of border justice and the *banality* of culpable conduct exception. By this goal, in the initial part, this article explains the culpable conduct exception regarding two other additional cases of the ECtHR: *N.D. and N.T. v. Spain* and *A.A. and Others v North Macedonia*. Because in the first case, the Court established the culpable conduct exception, and in the other case, we see the applicability of this exception in the sense of unfairness. Due to the culpable conduct exception, these two cases favoured the Governments' respondent states. Albeit the Court did not run culpable conduct exception in *M.H. and Others v. Croatia* case, even having a note about the exception embedded in its reasoning turns into the following questions. First, whether the Court sends a message to future refugees about what is *expected conduct* from them upon their arrival at the states' borders? Second, how does such a message-sending position of the Court effects border justice for refugees in the long run? These questions with links to border violence and justice are discussed in the second part of this paper. Finally, the conflict between culpable conduct exception and border justice is again put forward that highlight the concerning aspects of the protection of refugees.

I. CULPABLE CONDUCT EXCEPTION

*"If they say it's right to do that to humans, what is right?"*¹⁵

M.H. and Others v. Croatia case include border violence extending to the death of a young child who could reach the EU from war-torn Afghanistan but lost her life in the lands of *peace, security, and freedom*.¹⁶ As the facts briefly were mentioned in the introduction part of this article, we should

¹⁴ Chronologically *M.H. and Others v. Croatia* case was ruled by the Court after *N.D. and N.T. v. Spain* case and after the *A.A. and Other v. Macedonia* case. It means that the Court on a continuum regardless of the outcome inserts culpable conduct exception in collective expulsion cases that happen on a state's territorial borders. *N.D. and N.T. v. Spain* [GC], Application nos 8675/15 and 8697/15 (13 February 2020, ECHR); *A.A. and Others v. North Macedonia* [Section II], Application Nos. 55798/16, 55808/16, 55817/16 et al., (5 April 2022, ECHR).

¹⁵ Nour A., one of the claimants of *A.A. and Others v North Macedonia*. The complete comment of her in reaction to the judgment can be found here "AA and Others: Reactions to Idomeni judgment", ECCHR Berlin, Erişim tarihi: June 29, 2022, https://www.youtube.com/watch?v=7CEciVoZ_jA.

¹⁶ "Principles and values", European Union, Erişim tarihi: June 29, 2022, https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/principles-and-values_en.

continue our analysis by looking at the critical aspect of this case. The criticism that this article would like to bring on cumulates on a test/exception that the ECtHR developed. Although the Court did not particularly establish or detailly apply this exception in *M.H. and Others v. Croatia case*, the very mention still sends a message about what the Court expects from refugees once they arrive at the designated state. This mention of the Court may seem not to have particular importance, considering the Court found Croatia in breach of collective expulsion prohibition under article 4 Protocol No 4 of the Convention. Yet the Court reasoned that the conditions coupled with the applicants' behaviour could have resulted in culpable conduct, which would exempt the state from collective expulsion prohibition. The culpable conduct exception sets a buckle of criteria for refugees on how to behave at the border and propounds hazardous consequences against refugee protection. We can root this claim by explaining the scope of it.

There is no definitive prescription on the meaning of culpable conduct exception.¹⁷ The Court established this new ground for exclusion from the scope of protection of Article 4 of the Protocol by examining the applicant's *culpable conduct* in its *N.D. and N.T. v. Spain* case, even though the Court claims otherwise. In *N.D. and N.T. v. Spain* case, the Grand Chamber posited the following. Its well-established case law would demand that "*if the lack of a decision for expulsion made on an individual basis is the consequence of an applicant's culpable conduct*", there will be no violation under article 4 of Protocol No 4.¹⁸ But as Sanz explains, this interpretative criterion had not been established through its case law under Article 4 of the Protocol. Before *N.D. and N.T. v. Spain* case, the Court had only mentioned the culpable conduct exception in its two cases concerning circumstances other than collective expulsion incidents.¹⁹ However, only beginning with *N.D. and N.T. v. Spain* case, we see the reflection of the culpable conduct exception in collective expulsion cases in the same consistent tone.

The incidents subject to the *ND and NT v Spain* are familiar to the international community as we often read updates leaking through the Spanish border of Melilla to the media. For example, in June 2022, Moroccan authorities reported the killings of 18 migrants and dozens of injuries in "*a "stampede" of people trying to cross into the Spanish North African enclave of Melilla*".²⁰ Attempts for entrance into the Melilla have remained as *attempts*

¹⁷ "A conduct that "places" the applicants in jeopardy." *N.D. and N.T. v. Spain*, para. 231.

¹⁸ *N.D. and N.T. v. Spain*, para. 200.

¹⁹ Lucía Alonso Sanz, "Deconstructing Hirsi: The Return of Hot Returns ECtHR 13 February 2020, Nos. 8675/15 and 8697/15, ND and NT v Spain", *European Constitutional Law Review*, 17, S: 2 (2021), p. 344.

²⁰ "Morocco: 18 migrants die in attempt to enter Spain's Melilla", *Al Jazeera*, Erişim tarihi: June 29, 2022, <https://www.aljazeera.com/news/2022/6/24/hundreds-of-migrants-storm-border-fence-in-spains-melilla>.

because Spain made it impossible for people to cross the land border because of the tripled-barbered-wire fences. Similar incidents prove that refugees cannot claim asylum through conventional paths, even though Spain asserts otherwise.²¹ The events subject to *N.D. and N.T. v. Spain* case happened in a similar pattern coupled with the same allegations of Spanish authorities about refugees aiming to enter through Melilla. Spanish government defended their collective expulsion as a *defence mechanism* against migrants storming into fences in a planned manner by using force. The language used to describe the event that is the subject of the case essentially puts the Spanish state in the position of a victim. In the eyes of Spain, although they opened the necessary ways for refugees to apply for asylum, the refugees who gathered on its border, taking strength from their crowdedness, flocked to the state border and forcibly occupied its frontier. Albeit this one-way exaggerated and marginalizing point of view put forward by the state as a defence technique is not acceptable, it is still understandable. But what is incomprehensible is that the Court accepted this point of view and the attitude supporting the description. A step further, the Court, based on this point of view, developed a culpable conduct test based on finding the refugee at fault, even if they have been subjected to collective expulsion.

In the *A.A. and Others v North Macedonia*, the Court again applied the culpable conduct exception. In the latter case, the Court found that the applicants were stripped of their rights because they had brought this situation upon themselves and effectively punished them for the European policies and access to asylum.²² The presumed intent of applicants lay behind the idea that they did not want to claim asylum, albeit their claim was about the impossibility of lodging an asylum application. The Court heard *A.A. and Others v North Macedonia* case because of the applicant's pushback at the border of North Macedonia. The applicants were pushed back because they demanded asylum at the border – they insisted on it by marching to the border because there were no avenues for them to apply for asylum. The events subject to *A.A. and Others v North Macedonia* case unfolded further. In 2016, refugees stuck at the Greek border camp of Idomeni decided to try to enter the Former Yugoslav Republic of Macedonia/North Macedonia on foot, which was the start of *March of Hope*. They had to embark on such a journey as they had been enduring freezing temperatures, heavy rain, and a shortage of food, water, and health care. On the day of March of Hope, the group from Idomeni reached the Reka river and attempted to cross the river. Eventually, the Ma-

²¹ *N.D. and N.T. v. Spain*, para. 128.

²² "Discussion: The shutdown of legal routes for refugees & the 2016 "March of Hope"", ECCHR Berlin, Erişim tarihi: June 29, 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=ichcvhBI0gw&t=7s>, at 11:12 min.

cedonian police arrested more than a hundred refugees and forcibly returned them to Greece.²³

This event, in simplest terms, narrates how state officials would possibly carry out a pushback operation. However, the crucial point is how the Court responds to such an illegal state practice? To begin with, in the *A.A. and Others v North Macedonia*, “the term ‘illegal’ is repeated 51 times throughout the judgment: “waves of illegal migrants” (§75), “en masse illegal crossing” (§97), “illegal aliens” (§97), “groups of illegal migrants” (§98).²⁴ Such a usage, which has no ties with the definition of a refugee, reflects the core attitude of western-wealthy-democratic states’ towards certain refugees, detailed in the following part. The concerning aspect is why such produced narrative finds a place in the Court’s judgement.

Taking this background, albeit the Court found the state in breach of collective expulsion (§113), it still applied its culpable conduct exception:

“[I]t was, in fact, the applicants who placed themselves in jeopardy by participating in the illegal entry onto Macedonian territory on March 14 2016, taking advantage of the group’s large numbers. [...] [T]he lacks individual removal decisions can be attributed to the fact that the applicants, if they indeed wished to assert rights under the Convention, did not make use of the official entry procedures existing for that purpose and were thus a consequence of their conduct. Accordingly, the Court considers that there has been no violation of Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention.” (§123)

Like *N.D. and N.T. v. Spain* case, the Court aims to grounds specific criteria for refugees regarding how they shall approach a land border. Although the Court initially considers whether legal pathways for an asylum application are made available by the state, in both cases, it seems to ignore that the states in question made it impossible for the applicants to submit their requests.²⁵ By turning a blind eye to such an impossibility, the Court concludes that the lack of individual removal decisions results from the applicants’ irregular entry. This approach justifies their expulsion coupled with some other factors ranging from being part of a large group, taking advantage of their large numbers and acting in a *planned* operation.²⁶

²³ “The “March of Hope”: refugees in extreme humanitarian conditions try alternative crossing path”, European Council on Refugees and Exiles, Erişim tarihi: June 29, 2022, <https://ecre.org/the-march-of-hope-refugees-in-extreme-humanitarian-conditions-try-alternative-crossing-path/>.

²⁴ Vera Wriedt, “Expanding Exceptions? AA and Others v North Macedonia, Systematic Pushbacks and the Fiction of Legal Pathways”, EU Immigration Asylum Law and Policy, Erişim tarihi June 29, 2022, <https://eumigrationlawblog.eu/expanding-exceptions-aa-and-others-v-north-macedonia-systematic-pushbacks-and-the-fiction-of-legal-pathways/>.

²⁵ “Violence in Numbers: 1000th Pushback Testimony Recorded by BVMN”, Border Violence Monitoring Network, Erişim tarihi: June 29, 2022, <https://www.borderviolence.eu/violence-in-numbers-1000th-pushback-recorded-by-bvmn/>.

²⁶ *N.D. and N.T. v. Spain*, para 231.

Laying the grounding of culpable conduct exception, we should again emphasise why the *M.H. and Others v. Croatia* case is critical. It is because in a situation where a state is at complete fault for conducting pushback, still there is a brief but remarkable note on refugees' behaviour in the Court's reasoning. Moreover, this situation can signal that the Court aims to establish culpable conduct, not as an exception but as a rule:

"the Court considered that the exception excluding the responsibility of a State under Article 4 of Protocol No. 4 should also apply to situations in which the conduct of persons who crossed a land border in an unauthorised manner, deliberately took advantage of their large numbers and used force, was such as to create a disruptive situation which was difficult to control and endangered public safety. The Court added that in such situations, it should be taken into account whether the respondent State provided genuine and effective access to means of legal entry, in particular border procedures, and if it did, whether there were cogent reasons for the applicants not to make use of such means on account of objective facts for which the respondent State was responsible."²⁷

As we understand the scope of the culpable conduct exception, we can also understand why this article is interested in analysing border justice in today's world. The culpable conduct exception can easily carve the way for states to label *undesired* refugees as illegal or unlawful – as *culprits*.²⁸ This depiction may cloud the international community's judgement and may prevent them from seeing refugees as humans and rights holders. Moreover, the narratives backed by culpable conduct exception darken the reality that refugees seek asylum to protect their lives *with the will to live that lies in the heart of all people*.

II. THE CONFLICT BETWEEN CULPABLE CONDUCT EXCEPTION AND BORDER JUSTICE

Border justice primarily excludes institutionalised racism. We can explain this statement through some examples. For instance, the United States' 1882 Chinese Exclusion Act and the more recent Muslim Ban in the Trump era manifested as institutionalised racism in a state system. Similarly, since 2015 many European countries have closed their borders, detained refugees, and conducted collective expulsions.²⁹ The Ukraine – Russian war erupted in 2022 and

²⁷ *M.H. and Others v. Croatia*, para 294.

²⁸ Hanaa Hakiki, "N.D. and N.T. v. Spain: Defining Strasbourg's Position on Push Backs at Land Borders?", *Strasbourg Observers*, Erişim tarihi: June 29, 2022, <https://strasbourgobservers.com/2020/03/26/n-d-and-n-t-v-spain-defining-strasbourgs-position-on-push-backs-at-land-borders/>.

²⁹ The details of political stance toward immigration by Greece, Poland, France and Italy - which are member states located at the EU's external borders- can be found here: Veronica Federico, Madalina Moraru, Paola Pannia, "The Growing But Uneven Role of European

has also carved a new discussion on who is a genuine refugee based on their skin colour, country of origin and religious beliefs.³⁰ There is a change in tone and attitude if we compare two “*crises*” attributed to refugees – even though these two armed conflicts have had nothing to do with refugees: the Syrian armed conflict and the Russo- Ukrainian war. The European Union’s (EU) approach to these conflicts that have given rise to refugees shows a varied system. The EU has applied the right to asylum in practice for Ukrainian refugees, but not Syrians. For example, the Temporary Protection Directive (2001/55/EC) has been activated for refugees fleeing from Ukraine.³¹ The EU thus has triggered legal rules based on the specific geopolitical background of refugees and entry rights enjoyed by the third-country nationals.³²

In a criticism regarding the pushback of refugees, Pavlos Eleftheriadis stated that the Greek government must stop associating refugees with the words such as security threat, invasion, slow colonization, or other racist languages. As he adds, such claims about placing families and children in a security threat zone are groundless; they pose no risk to anyone and have rights under the Greek constitution.³³

The world was shocked when it was discovered that 71 refugees had suffocated inside a locked truck parked in neighbouring Austria. Their bodies were found stuffed in the summer of 2015.³⁴ The centrally themed cases in this article and the deaths at the border³⁵ indicate that, contrary to the claim

Courts In(Im)Migration Governance: A Comparative Perspective”, *European Journal of Legal Studies*, 2022, Erişim tarihi: June 29, 2022, 9, <https://ejls.eu.eu/wp-content/uploads/sites/32/2022/05/0.-EJLS-Special-Issue-11-May-2022-Full-Issue.pdf>.

³⁰ Simar S Bajaj, Fatima Cody Stanford, “The Ukrainian refugee crisis and the pathology of racism”, *BMJ* 2022;376: o661, Erişim tarihi: June 29, 2022, https://web.archive.org/web/20220313041254id_/https://www.bmj.com/content/bmj/376/bmj.o661.full.pdf.

³¹ Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, Erişim tarihi June 29, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001L0055>

³² Federico, Moraru, Pannia, “The Growing But Uneven Role of European Courts In(Im) Migration Governance: A Comparative Perspective, 3

³³ Pavlos Eleftheriadis, “The rule of law is sinking in Greek waters”, *Politico*, Erişim tarihi: June 30, 2022, https://www.politico.eu/article/greece-turkey-eu-frontex-refugee-crisis-sea-border-the-rule-of-law-humanitarian-aid/?mc_cid=84a8ee7697&mc_eid=0cd57908d5,

Greece has been practising pushback for some time now. “Stuck in a Revolving Door Iraqis and Other Asylum Seekers and Migrants at the Greece/Turkey Entrance to the European Union”, *Human Rights Watch*, Erişim tarihi: June 30, 2022, <https://www.hrw.org/report/2008/11/26/stuck-revolving-door/iraqis-and-other-asylum-seekers-and-migrants-greece/turkey>.

³⁴ Alison Smale, “Hungary indicts 11 in truck suffocation of 71 refugees”, *The New York Times*, Erişim tarihi June 30, 2022, <https://www.nytimes.com/2017/05/04/world/europe/hungary-indicts-11-in-truck-suffocation-of-71-refugees.html>

³⁵ Border Violence Monitoring Network (“BVMN”), *The Black Book of Pushbacks – Vol. I and II*, (BVMN, The Black Book, 2020).

of European states, procedural ways for asylum applications are not available for refugees. Indeed, a sovereign state does not carry the obligation towards individuals to grant entrance regardless of their situation or state of being – peaceful and disadvantaged.³⁶ But then this evaluation begs the question of whether such sovereignty is limitless and does not include foreigners in desperate need of asylum? For example, there must be a burden-sharing among states which would prevent shifting responsibility to another country. However, still, we see standards that set precedence for the opposite. For instance, some wealthy western states adamantly defend their close border policies that include pushbacks or extraterritorial migration controls. Their claim mainly spins around chivalry claims of breaking the business model of people smugglers.³⁷ This notion, however, signals a green light for the racial division to determine genuine refugees, which contradicts border justice.

But under international law, such policies first discriminate against people in the manner of their arrival. Refugees should not be treated differently based on how they reach the destination state. Article 31(1) of the Refugee Convention protects refugees from penalisation for irregular entry, and refugees also have the right to non-refoulement.³⁸

As this part suggests, border justice and violence are intertwined with *the politics of categorization*. Through the infused confusion around economic migrants and refugees, until refugees are labelled otherwise, the politics of categorisation can leave people who cross the border in limbo between life and death.³⁹ Moreover, considering states are more inclined to abide by their assumptions about refugees rather than accepting the law, refugees remain open to being subjected to refoulement in the face of pushbacks or expulsions. Therefore, it seems that the only solution may hap-

³⁶ For a detailed analysis please see Moria Paz, “Lost in the Maze: Refugees and the Law”, *Seton Hall Law Review*, 52, S:3 (2022), 786.

³⁷ Oliver Browning, “Rwanda: Boris Johnson says scheme will offer migrants ‘safe legal routes’ to UK”, *Independent*, Erişim tarihi: June 30, 2022, <https://www.independent.co.uk/tv/news/rwanda-flight-scheme-boris-johnson-b2100704.html>.

³⁸ The rights having links with the non-refoulement principle can be found primarily in the following treaties. Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137 (Refugee Convention), Article 33(1); Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85 (CAT), Article 3(1); International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR).

³⁹ Rebecca Hamlin, “The Politics of International Refugee Law and Protection”, Cathryn Costello, Michelle Foster ve Jane McAdam, editör, *Oxford Handbook on International Refugee Law*, (Oxford University Press, 2021), 206

“Several organizations, refugee advocates, and scholars argue for a clear line between ‘migrants’ and ‘refugees’, as a means of protecting the refugee regime”. Idil Atak, François Crépeau, “Refugees as Migrants”, Cathryn Costello, Michelle Foster ve Jane McAdam, editör, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, (Oxford University Press, 2021), 234

pen once states understand the leverage of the non-refoulement principle and its extraterritorial effect. This acceptance would grant an asylum application process for every person.

Indeed, the 1951 Geneva Convention's development relating to the status of refugees emerging through the ashes of unspeakable atrocities during World War II initiated the individualist phase of international refugee protection.⁴⁰ The Individualist phase understands that refugee status determination would be conducted case-by-case basis, considering the claim's merits. On a positive note, the Court emphasises exactly such an individualist assessment to be undertaken by designated states in its culpable conduct exception. In other words, the pre-condition for the Court to begin an analysis of culpable conduct of the refugee depends on the states' initial response to the refugee's claim for asylum. It means the Court looks at two aspects: first, whether the state had already opened avenues for such an application; second, if so, whether the state proceeded with an individual assessment. But the Court also turns a blind eye to the current state practices that categorise refugees by selectively running an individualist asylum application process based on race. For this reason, the culpable conduct test has a structure that feeds the border violence and thus weakens border justice. The fact that the Court relies on this test in its latest decisions regarding the collective expulsion of refugees is surprising, as it undermines the robustness of refugee rights.

3. CONCLUSION

This article has argued possible lethal consequences of culpable conduct exception. However, as it is a new concept, it does not have a legal definition. This article argued that the formulation of culpable conduct exception undermines/diminishes border justice. As was explained, border justice demands an equal asylum system which offers the same procedural avenues for everyone seeking asylum. Therefore, border justice does not tolerate pushbacks and discrimination at the border. It embraces the non-refoulement principle. Border justice prevents doubled victimisation by strengthening the individualist asylum application process.

In this context, this article asked to what extent the culpable conduct exception fits in border justice? In other words, whether culpable conduct exception is in alignment with the notion of border justice?

The article to understand these enquiries began its analysis by examining a case of the ECtHR. The case, namely *M.H. and Others v. Croatia*, has a positive outcome for the applicants and refugees. In that, it primarily resolved evidentiary problems in collective expulsion cases. Collective expul-

⁴⁰ Meher Talib, "Numbers versus Rights: State Responsibility towards Asylum Seekers and the Implications for the International Refugee Regime", *Geo Immigr LJ*, 27 (2013), 409

sion cases have challenges for refugees regarding the burden of proof, and the applicants primarily cannot obtain any evidence to prove their claims about expulsion. Therefore, the Court accepted the applicants' testimonies confirming the expulsion in the *M.H. and Others v. Croatia* case. Then the Court proceeded with its investigation to conclude whether expulsion was collective. The ECtHR directs this inquiry by considering if the respondent state made it available for the applicants to claim asylum. As Croatia could not prove otherwise, the Court reached an understanding that applicants were not able to submit their asylum applications. Resolving evidentiary confusion and surfacing Croatian pushback practices are definitively noteworthy. But the Court still mentions culpable conduct exception through possible scenarios that would happen because of the applicants' faulty behaviours. For that reason, the article explained the components of the culpable conduct exception.

As the analysis unfolded, it was seen that the culpable conduct exception -if applied- works against refugees such that *N.D. and N.T. v. Spain* and *A.A. and Others v. Macedonia* cases are proof of it. The fundamental assumption of the culpable conduct exception lies in the notion that the states make asylum applications easy for refugees regardless of their race, colour, and country of origin. But still, refugees aim to storm into fences by using force. This assumption thus ignores systematic pushbacks that have been systematically and deliberately conducted by the wealthy democratic states and the impossibility of lodging an asylum application at these states' borders. Thus, the assumption laid through the culpable conduct exception encourages states to push refugees back because these illegal actions/operations would find an excuse. The given approach is concerning if the goal is to maintain a world where seeking asylum is dignified and not become a tool in the hands of states' ulterior motives and politics.

REFERENCES

- Pinker, Steven. *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Decline*. Penguin Books, 2012.
- Rodríguez, Alfredo, Rodríguez, Paula, Saborido, Marisol, Segovia, Olga ve Mires, Lylian. "Visible and invisible violence and inequality in neoliberal Santiago", *Environment and Urbanization*, 26, S: 2 (2014) :359-372.
- Simon, Jonathan. "Knowing What We Want: A Decent Society, A Civilized System of Justice & A Condition of Dignity Author and Article Information", *Daedalus*, 151, S:1(2022): 170-180.
- Nollkaemper, Andre, Wilt, Harmen van der, editör. *System Criminality in International Law* (Cambridge University Press, 2009).
- Nollkaemper, Andre. "Systematic Effects of International Responsibility for International Crimes", *Santa Clara J Int'L L* 8, (2010): 313 - 316.
- Gammeltoft-Hansen, Thomas. *Access to Asylum International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*. Cambridge University Press, 2011.
- Allain, Jean. "The jus cogens Nature of non-refoulement", *International Journal of Refugee Law*, 13, S: 4 (2001): 533-558.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR), amended by Protocols nos 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.
- M.H. and Others v. Croatia*, Application nos 15670/18 and 43115/18 (4 April 2022, ECHR).
- Ilias and Ahmed v. Hungary*, Application no. 47287/15, (21 November 21, ECHR).
- N.D. and N.T. v. Spain* [GC], Application nos 8675/15 and 8697/15 (13 February 13, ECHR).
- A.A. and Others v. North Macedonia* [Section II], Application Nos. 55798/16, 55808/16, 55817/16 et al., (5 April 2022, ECHR).
- ECCHR Berlin, "AA and Others: Reactions to Idomeni judgment", Erişim tarihi: June 29, 2022, https://www.youtube.com/watch?v=7CEciVoZ_jA.
- European Union, "Principles and values", Erişim tarihi: June 29, 2022, https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/principles-and-values_en.
- Alonso Sanz, Lucía. "Deconstructing Hirsi: The Return of Hot Returns ECtHR February 13 2020, Nos. 8675/15 and 8697/15, ND and NT v Spain", *European Constitutional Law Review*, 17, S: 2 (2021): 335-352.
- "Morocco: 18 migrants die in attempt to enter Spain's Melilla", *Al Jazeera*, Erişim tarihi: June 29, 2022, <https://www.aljazeera.com/news/2022/6/24/hundreds-of-migrants-storm-border-fence-in-spains-melilla>.

- “Discussion: The shutdown of legal routes for refugees & the 2016 “March of Hope””, ECCHR Berlin, Erişim tarihi: June 29, 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=ichcvhBIOgw&t=7s>, at 11:12 min.
- “The “March of Hope”: refugees in extreme humanitarian conditions try alternative crossing path”, European Council on Refugees and Exiles, Erişim tarihi: June 29, 2022, <https://ecre.org/the-march-of-hope-refugees-in-extreme-humanitarian-conditions-try-alternative-crossing-path/>.
- Wriedt, Vera. “Expanding Exceptions? AA and Others v North Macedonia, Systematic Pushbacks and the Fiction of Legal Pathways”, EU Immigration Asylum Law and Policy, Erişim tarihi June 29, 2022, <https://eumigrationlawblog.eu/expanding-exceptions-aa-and-others-v-north-macedonia-systematic-pushbacks-and-the-fiction-of-legal-pathways/>.
- “Violence in Numbers: 1000th Pushback Testimony Recorded by BVMN”, Border Violence Monitoring Network, Erişim tarihi: June 29, 2022, <https://www.borderviolence.eu/violence-in-numbers-1000th-pushback-recorded-by-bvmn/>.
- Hakiki, Hanaa. “N.D. and N.T. v. Spain: Defining Strasbourg’s Position on Push Backs at Land Borders?”, Strasbourg Observers, Erişim tarihi: June 29, 2022, <https://strasbourgobservers.com/2020/03/26/n-d-and-n-t-v-spain-defining-strasbourgs-position-on-push-backs-at-land-borders/>.
- Federico, Veronica, Moraru, Madalina ve Pannia, Paola. “The Growing But Uneven Role of European Courts In (Im)Migration Governance: A Comparative Perspective”, European Journal of Legal Studies, 2022, Erişim tarihi: June 29, 2022, 9, <https://ejls.eui.eu/wp-content/uploads/sites/32/2022/05/0.-EJLS-Special-Issue-11-May-2022-Full-Issue.pdf>.
- Bajaj, Simar, Stanford, Fatima Cody. “The Ukrainian refugee crisis and the pathology of racism”, *BMJ* 2022;376: o661, Erişim tarihi: June 29, 2022, https://web.archive.org/web/20220313041254id_/https://www.bmj.com/content/bmj/376/bmj.o661.full.pdf.
- Council Directive 2001/55/EC of July 20 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, Erişim tarihi June 29, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001L0055>
- Eleftheriadis, Pavlos. “The rule of law is sinking in Greek waters”, Politico, Erişim tarihi: June 30, 2022, https://www.politico.eu/article/greece-turkey-eu-frontex-refugee-crisis-sea-border-the-rule-of-law-humanitarian-aid/?mc_cid=84a8ee7697&mc_eid=0cd57908d5.

- “Stuck in a Revolving Door Iraqis and Other Asylum Seekers and Migrants at the Greece/Turkey Entrance to the European Union”, Human Rights Watch, Erişim tarihi: June 30, 2022, <https://www.hrw.org/report/2008/11/26/stuck-revolving-door/iraqis-and-other-asylum-seekers-and-migrants-greece/turkey>.
- Smale, Alison. “Hungary indicts 11 in truck suffocation of 71 refugees”, The New York Times, Erişim tarihi June 30, 2022, <https://www.nytimes.com/2017/05/04/world/europe/hungary-indicts-11-in-truck-suffocation-of-71-refugees.html>
- Border Violence Monitoring Network (“BVMN”). *The Black Book of Pushbacks – Vol. I and II*. BVMN, The Black Book, 2020.
- Paz, Moria. “Lost in the Maze: Refugees and the Law”, Seton Hall Law Review, 52, S:3 (2022): 767-795.
- Browning, Oliver. “Rwanda: Boris Johnson says scheme will offer migrants ‘safe legal routes’ to UK”, Independent, Erişim tarihi: June 30, 2022, <https://www.independent.co.uk/tv/news/rwanda-flight-scheme-boris-johnson-b2100704.html>.
- Convention Relating to the Status of Refugees (adopted July 28 1951, entered into force April 22 1954) 189 UNTS 137 (Refugee Convention), Article 33(1).
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted December 10 1984, entered into force June 26 1987) 1465 UNTS 85 (CAT), Article 3(1).
- International Covenant on Civil and Political Rights (adopted December 16 1966, entered into force March 23 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR).
- “Rwanda”, Amnesty International, Erişim tarihi: June 30, 2022, <https://www.amnesty.org/en/location/africa/east-africa-the-horn-and-great-lakes/rwanda/>.
- Hamlin, Rebecca. “The Politics of International Refugee Law and Protection”, Cathryn Costello, Michelle Foster ve Jane McAdam, editör, *Oxford Handbook on International Refugee Law*, (Oxford University Press, 2021), 206
- Atak, Idil, Crépeau, François. “Refugees as Migrants”, Cathryn Costello, Michelle Foster ve Jane McAdam, editör. *The Oxford Handbook of International Refugee Law*. Oxford University Press, 2021.
- Talib, Meher. “Numbers versus Rights: State Responsibility towards Asylum Seekers and the Implications for the International Refugee Regime”, *Geo Immigr LJ*, 27 (2013): 405-430.

İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA İŞÇİNİN SAVUNMASINI ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*Tuğçe YABA**

GİRİŞ

ILO'nun 02.06.1982 tarihli ve 158 sayılı Hizmet İlişkinine Son Verilmesi Sözleşmesi'nde ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ilâ 21. maddeleri arasında iş güvencesi hükümleri düzenlenmiştir. Kanunun 19. maddesinde işçinin davranışı ya da verimi nedeni ile geçerli bir feshin söz konusu olabilmesi için işçinin savunmasının da alınması yükümlülüğüne yer verilmiştir.

İş Kanunu'nun 19. maddesinde yer verilen savunma alma yükümlülüğünün detayları kanun metninde yer almamaktadır. Çalışmamızda öncelikle savunma alma yükümlülüğünün kapsamına, hangi geçerli nedenle fesih hâllerinde savunma alma yükümlülüğü bulunduğuna yer verilecektir. Akabinde savunmanın içeriği, şekli, savunma öncesi verilmesi gereken makul süre kolları incelenecektir. Son olarak ise savunma alma yükümlülüğüne aykırılığın sonuçlarına yer verilecektir.

I. SAVUNMA ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Savunma alma yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için öncelikle işçinin İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen otuz ya da daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışmak, en az altı ay kıdemi bulunmak, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmak şartlarını taşımak suretiyle iş güvencesi kapsamında bulunması gerekmektedir.

İşverenin savunma alma yükümlülüğü İş Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasından doğduğundan kapsamı da bu fıkra kapsamında belirlemek isabetlidir. Madde metninde öncelikle belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden söz edilmekte olup belirli süreli iş sözleşmelerinin feshi için savunma alma yükümlülüğünden bahsedilemez. Ancak İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma zaten iş güvencesi kapsamında olmanın şartlarından biri olduğu için kanunun 19. maddesinin 2. fıkrasında tekrar bu hususa yer verilmesine kanaatimizce gerek bulunmamaktadır.

* Arş. Gör., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D., yabatugce@gmail.com.

İş Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesine göre savunma alınması gereken geçerli fesih nedenleri işçinin davranışlarından yahut veriminden kaynaklanan nedenlerdir. İşçinin verimi kavramı ile kastedilenin, ILO'nun 158 sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi'nin 7. maddesi de dikkate alındığında İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen işçinin yeterliliği olarak anlaşılması daha isabetlidir¹. Bu açık düzenleme karşısında işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenler söz konusu olduğunda işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur. İşyerine ilişkin sebeplerin işçi ile doğrudan bir ilgisinin bulunmaması, bir savunma alınsa dahi bunun mevcut sorunun çözümü ile ilişkilendirilemeyeceği hususları gözetildiğinde kanun koyucunun getirdiği düzenleme isabetlidir².

İş Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde işverenin İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendine uygun fesih hakkı saklı tutulmuştur. Yani kanun koyucu işçinin davranışları ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan bir haklı nedenle fesih sebebi düzeyinde ise artık savunma alma yükümlülüğünün bulunmadığına işaret etmektedir. Doktrinde geçerli nedenle feshin sonuçlarından daha ağır sonuçlara yol açan haklı nedenle fesihle savunma alma yükümlülüğünün bulunmaması eleştirilmektedir³. Ancak kanaatimizce haklı nedenle feshe sebebiyet veren hâllerin, geçerli nedenle feshe sebebiyet veren hâllere nazaran ağırlığı gözetildiğinde işverenin savunma ile kanaatinin değişmesi ihtimalinin düşüklüğü gözetildiğinde kanun koyucunun düzenlemesi isabetlidir. İşveren, haklı nedenle feshe yol açacak bir davranışta bulunan işçi ile iş ilişkisini sürdürmeyeceğinden fesih yoluna gitmektedir, bu sebeple savunma alınmasının feshe bir etkisinin bulunması düşük bir ihtimaldir. Ancak işveren somut olayda haklı nedenle fesih hakkı bulunmasına rağmen geçerli fesih yoluna gitmiş ise yine işçinin savunmasını almak zorundadır⁴.

İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasındaki açık düzenleme uyarınca 19. maddeye göre savunma alma yükümlülüğü haklı nedenle fesih hâllerinin hiçbirinde bulunmamaktadır⁵. Ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan hâllerde işçinin kusuru bulunmasına rağmen savunma alma yükümlülüğü bulun-

1 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 21. Baskı. (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 632; Nuri Çelik; Nurşen Caniklioğlu; Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku*, 34. Bası. (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 597; Tankut Centel, *İş Güvencesi*, 2. Baskı (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020), 106; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007), 413; Mustafa Alp, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, 1 (2003): 18; Gizem Sarıbay, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları*. (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007), 94.

2 Centel, *İş Güvencesi*, 159.

3 Süzek, *İş Hukuku*, 721.

4 Y9.HD, 05.02.2007, E.2006/31969, K.2007/2253, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

5 Süzek, *İş Hukuku*, 722.

mamakta iken sağlık sebepleri, zorlayıcı sebepler, gözaltı veya tutukluluk hâllerinde işçinin kusuruna dayalı bir fesih bulunmadığından kanun koyucu elbette bu hâller için de savunma alma yükümlülüğü öngörmemiştir⁶.

Kanun koyucu işçinin davranışları yahut verimine ilişkin nedenler söz konusu olduğunda iş ilişkisinin sürdürülmesini sağlamak, feshin ağır sonuçları gözetildiğinde fesih öncesinde işçiye kendini açıklamak için bir imkân vererek işverenin bir kez daha düşünmesini sağlamak amaçları ile savunma alma yükümlülüğü getirmiştir; bu nedenle bu yükümlülük sadece biçimsel ve aşılması gereken bir engel olarak görülmemeli, işverenler yükümlülüğe amaçlarına uygun olarak riayet etmelidir⁷.

Kanun metninde işçinin uyarılması zorunluluğu öngörülmemişse de bizim de katıldığımız görüşe göre feshin son çare olması ilkesi göz önüne alındığında eğer işçinin düzeltebileceği bir durum söz konusu ise iş sözleşmesinin feshinden önce işverenin işçiye uyarması, geçerli nedenin devamı hâlinde fesih yoluna başvurması daha isabetlidir⁸. Benzer şekilde ILO'nun 166 sayılı Tavsiye Kararının 7. maddesinde tekrarlanan davranışlarda yazılı uyarı yapılmadan iş sözleşmesinin feshedilmemesi, 8. maddesinde ise performans düşüklüğü hâlinde işçinin uyarılması ve makul süre sonra performans düzelmez ise fesih yoluna gidilmesi hükümlerine yer verilmiştir. İşçi geçerli nedene ilişkin uyarıldığında kendisine savunma yapma imkânı tanınmış olsa dahi fesih yapılmadan önce somut nedenler yeniden bildirilerek savunma alınması gereklidir⁹. Amaç işçinin savunması ile işverenin fesih yönündeki iradesini değiştirmesine imkân tanımak olduğundan fesih bildiri ile birlikte ya da fesih sırasında yahut ihbar süresi içerisinde savunma istenmesi savunma alma yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder¹⁰.

II. SAVUNMANIN İÇERİĞİ

Yargıtay içtihatları uyarınca işveren suçlamalarını açık ve kesin bir şekilde işçiye bildirmeli, işçiye makul bir süre tanınmalı, savunması yapması için

⁶ Süzek, İş Hukuku, 723.

⁷ Benzer açıklamalar için bkz. Centel, İş Güvencesi, 160-161; Süzek, İş Hukuku, 631-632; Güven ve Aydın, Bireysel İş Hukuku, 303.

⁸ Centel, İş Güvencesi, 130-131; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı. (Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2020), 302; E. Esra Uysal İbat, Feshin Geçersizliği, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 28-30.

⁹ Centel, İş Güvencesi, 161; Fevzi Demir, "Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 3, 10 (2006): 487.

¹⁰ Hamdi Mollamahmutoğlu; Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku, 7. Baskı (Ankara: Lykeion Yayıncılık, 2022), 1073-1074; Centel, İş Güvencesi, 161; Nezihe Binnur Tulukçu, İş Güvencesi, İşe İade, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 275-276; Mustafa Kılıçoğlu, "Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan. İstanbul: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (2011): 1225; Demir, "Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama", 487; Şule Uluç, "İşverenin İş Sözleşmesini Geçerli Nedenle Feshi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 6, 22 (2009): 624.

gün, yer ve saat bildirmeli ve işçiyi davet etmeli, belirtilen yerde hazır bulunmadığı takdirde yazılı savunma verebileceğini işçiye bildirmeli, belirtilen yerde hazır bulunmadığı ve yazılı savunma da vermediği takdirde savunma vermektен vazgeçmiş sayılacağını hatırlatmalıdır¹¹. İşçi savunmadan imtina eder ise bu husus tutanak altına alınmalıdır, usulüne uygun bir davet söz konusu ise işçinin imtina etmesi savunma alma yükümlülüğünün yerine getirilmesi yükümlülüğünü etkilemez¹². Savunma alınan konu ile fesih nedeni aynı olmalıdır, savunma alınmayan bir konu sonrasında fesih nedeni olarak eklenemez¹³.

III. SAVUNMANIN ŞEKLİ

İşverenin savunma için daveti de işçinin vereceği savunma da kanunen bir şekle tabi tutulmamıştır, ancak ispat kolaylığı açısından yazılı usul benimsenmesi daha isabetlidir¹⁴.

Yargıtay işverenin disiplin kurulu kararına dayanarak yaptığı fesihte disiplin kurulunun soruşturma sırasında aldığı savunmanın İş Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen savunma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için yeterli olduğu yönünde karar vermiştir¹⁵.

IV. SAVUNMA İÇİN VERİLMESİ GEREKEN SÜRE

Yargıtay içtihatlarında da belirtildiği üzere işçiye savunmasını hazırlaması için makul bir süre verilmelidir¹⁶. Makul süre her somut olay için o olay özelinde tespit edilmelidir¹⁷. Makul sürenin olayın özelliğine göre birkaç gün ilâ bir ay arasında olabileceği doktrinde belirtilmiştir¹⁸. Uygulamada genellikle yedi günlük bir süre verilmektedir¹⁹.

¹¹ Y9.HD, 03.05.2018, E.2017/24792, K.2018/9808; Y9.HD, 18.04.2018, E.2017/24063, K.2018/8966; Y9.HD, 15.09.2008, E.2008/1868, K.2008/23538, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

¹² Ünal Ertabak, İş Güvencesinin Kapsamı, Geçerli/Geçersiz Fesih Sebepleri ve Fesih Usulü, Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları, 2. Basım, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 397.

¹³ Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 610; Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, 93.

¹⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, 1074; Süzek, İş Hukuku, 632; Centel, İş Güvencesi, 162; Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, 96; Uysal İbat, Feshin Geçersizliği, 36; Özkan Ertekin, İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 603.

¹⁵ Y9.HD, 11.10.2010, E.2009/27654, K.2010/28511, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

¹⁶ Y9.HD, 03.05.2018, E.2017/24792, K.2018/9808; Y9.HD, 18.04.2018, E.2017/24063, K.2018/8966; Y9.HD, 15.09.2008, E.2008/1868, K.2008/23538, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

¹⁷ Centel, İş Güvencesi, 163; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 610.

¹⁸ Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, 96.

¹⁹ Ercan Akyiğit, Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 310.

V. SAVUNMA ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN SONUCU

İşçiden hiç savunma alınmaması yahut gerekli şartlara uyulmadan biçimsel bir savunma alınması hâlleri savunma alma yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder²⁰. Geçerli bir neden bulunsa dahi salt savunma yükümlülüğüne aykırılık feshi geçersiz kılar²¹. Yargıtay öncesinde bu yönde kararlar vermişse²² de güncel kararlarında salt savunma alınmaması nedeniyle feshin geçersiz olduğunun kabul edilmemesi, yargılama sırasında diğer deliller toplanmadan hüküm kurulmaması gerektiği görüşündedir²³. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre İş Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasının açık düzenlemesi karşısında savunma alınması işçinin davranışlarından yahut veriminden kaynaklanan fesihler için geçerlilik şartıdır, bu nedenle salt savunma alınmaması feshi geçersiz kılmak için yeterlidir²⁴.

Savunma alınmasından itibaren makul bir süre içerisinde fesih yapılmalı, fesih hakkı işçiye karşı bir baskı unsuru olarak kullanılmamalıdır²⁵. Yargıtay aynı eylemlere devam ettiği ispatlanmadan, savunma ile fesih arasında dört aylık bir sürenin bulunmasını²⁶, savunma tarihinden iki ay sonra fesih yapılmasını dürüstlük kuralına aykırı kabul etmiş ve feshi geçersiz saymıştır²⁷. Haklı nedenle fesih için öngörülen altı iş gününün burada uygulamayacağı, her somut olay özelinde makul sürenin tespit edilmesi gerektiği Yargıtay kararında vurgulanmıştır²⁸.

Savunmanın geçerli bir şekilde alındığını ispat yükü işverene aittir²⁹.

²⁰ Centel, İş Güvencesi, 163.

²¹ Van BAM 3.HD, 04.02.2020, E.2019/268, K.2020/119; İzmir BAM 9.HD, 21.06.2019, E.2019/959, K.2019/807, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

²² Y9.HD, 18.04.2018, E.2017/24063, K.2018/8966; Y9.HD, 15.01.2015, E.2014/31051, K.2015/618, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

²³ Y9.HD, 11.11.2019, E.2019/2595, K.2019/19562; Y9.HD, 07.11.2019, E.2015/25482, K.2019/19365, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

²⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, 1074-1075; Süzek, İş Hukuku, 633; Centel, İş Güvencesi, 163; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku, 598; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 610; Polat Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, (2005): 57; Güven ve Aydın, Bireysel İş Hukuku, 303; Akyiğit, Bireysel İş Hukuku, 310; Uysal İbat, Feshin Geçersizliği, 36; Ertabak, İş Güvencesinin Kapsamı, Geçerli/Geçersiz Fesih Sebepleri ve Fesih Usulü, Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları, 394.

²⁵ Centel, İş Güvencesi, 163; Akyiğit, Bireysel İş Hukuku, 311.

²⁶ Y9.HD, 02.10.2006, E.2006/17797, K.2006/25426, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

²⁷ Y9.HD, 06.03.2014, E.2013/10777, K.2014/7376, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 28.06.2022.

²⁸ Y9.HD, 12.09.2005, E.2005/24429, K.2005/29361, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 28.06.2022.

²⁹ Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 611.

SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde 2. fıkrasında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve iş güvencesi kapsamında bulunan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilebilmesi için savunma alma yükümlülüğü öngörülmüştür. Ancak savunmaya ilişkin detaylara madde metninde yer verilmemiştir.

Madde metninin açık düzenlemesi karşısında işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenler söz konusu olduğunda işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur. İş Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi ve 25. maddesinin son fıkrası birlikte değerlendirildiğinde haklı nedenle fesih hâllerinde de savunma alma yükümlülüğü bulunmamaktadır, bu yükümlülük geçerli nedenle fesih sebeplerinden yalnızca işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenler için öngörülmüştür.

Kanunda zorunluluk bulunmasa da feshin son çare olması ilkesi ve ILO'nun 166 sayılı Tavsiye Kararı göz önüne alındığında eğer işçinin düzeltebileceği bir durum söz konusu ise iş sözleşmesinin feshinden önce işverenin işçiyi uyarması, geçerli nedenin devamı hâlinde fesih yoluna başvurusu daha isabetlidir.

Yargıtay içtihatları uyarınca işveren suçlamalarını açık ve kesin bir şekilde işçiye bildirmeli, işçiye makul bir süre tanımalı, savunması yapması için gün, yer ve saat bildirmeli ve işçiyi davet etmeli, belirtilen yerde hazır bulunmadığı takdirde yazılı savunma verebileceğini işçiye bildirmeli, belirtilen yerde hazır bulunmadığı ve yazılı savunma da vermediği takdirde savunma vermektен vazgeçmiş sayılacağını hatırlatmalıdır. Savunma alınan konu dışında bir konu ile yapılan fesih geçersizdir. İşverenin savunma için daveti de işçinin vereceği savunma da kanunen bir şekle tabi tutulmamıştır, ancak ispat kolaylığı açısından yazılı usul benimsenmelidir.

Yargıtay içtihatlarında da belirtildiği üzere işçiye savunmasını hazırlaması için makul bir süre verilmelidir, makul süre her olay özelinde değerlendirilmeli, işçinin detaylı bir savunma hazırlayabileceği ölçüde bir süre olmalıdır.

İşçiden hiç savunma alınmaması yahut gerekli şartlara uyulmadan biçimsel bir savunma alınması hâlleri savunma alma yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder, bu durum da feshin geçersizliğine yol açar. Savunma alınmasından itibaren makul bir süre içerisinde fesih yapılmalı, fesih hakkı işçiye karşı bir baskı unsuru olarak kullanılmamalıdır. Savunma alındığına ilişkin ispat yükü de işverenin üzerindedir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan. *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Alp, Mustafa. "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, 1 (2003): 1-40.
- Centel, Tankut. *İş Güvencesi*, 2. Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nursen; Canbolat, Talat; Özkaraca, Ercüment. *İş Hukuku Dersleri*, 34. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Demir, Fevzi. "Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 3, 10 (2006): 469-498.
- Ekmekçi, Ömer; Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 3. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Ertabak, Ünal. *İş Güvencesinin Kapsamı, Geçerli/Geçersiz Fesih Sebepleri ve Fesih Usulü, Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları*, 2. Basım, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.
- Ertekin, Özkan. *İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Güven, Ercan; Aydın, Ufuk. *Bireysel İş Hukuku*, 6. Baskı. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2020.
- Kılıçoğlu, Mustafa. "Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*. İstanbul: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (2011): 1207-1229.
- Kılıçoğlu, Mustafa ve Şenocak, Kemal. *İş Güvencesi Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin; Baysal, Ulaş. *İş Hukuku*, 7. Baskı. Ankara: Lykeion Yayıncılık, 2022.
- Sarıbay, Gizem. *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.
- Soyer, Polat. "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları*, (2005): 27-69.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 21. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Tulukçu, Nezihe Binnur. *İş Güvencesi, İşe İade*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Uluç, Şule. "İşverenin İş Sözleşmesini Geçerli Nedenle Feshi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 6, 22 (2009): 617-640.
- Uysal İbat, E. Esra. *Feshin Geçersizliği ve İşçilik Alacakları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.