

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

Cilt XXIV, Temmuz 2020, Sayı 3

Vol. XXIV, July 2020, No. 3

Ankara 2020

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* Editor in Chief**

Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN

Editörler*: Editors :**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Arş. Gör. Dr. Bilge AYTUĞAR Res. Assist.Dr. Bilge AYTUĞAR

Arş. Gör. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Res. Assist.Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Yayın Kurulu*: Editorial Board :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Günay KANDEMİR

ISSN-2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Asil Organizasyon A.Ş.

Aşağı Öveçler Mahallesi, 1332. Sk. No:7/8, 06460 Çankaya/Ankara

Tel: 0312 911 27 45

Basım Tarihi: Temmuz 2020

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 21 13 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com, hukukdergi@gazi.edu.tr.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

ASOS
indeks



CiteFactor
Academic Scientific Journals



DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ (AHBVÜ-HFD)
YAYIN İLKELERİ**

1. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AHBVÜ-HFD), ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. Cilt XX Sayı 3’ten itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir. Ayrıca Cilt XXIII Sayı 1 itibarıyla dergide yayımlanan makalelere DOI numarası verilmektedir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman 12 punto, normal stil; dipnotlar Times New Roman 10 punto, normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve elektronik posta ile gönderilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
5. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
6. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak, İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir. Yazar, isterse İngilizce öze ek olarak Almanca ya da Fransızca öz de ekleyebilir. Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde öz ile Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dildeki makale İngilizce değilse İngilizce özün ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.
7. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri, ORCID numarası ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
9. Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal tarama

programında (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) azamî %10 benzerlik oranına sahip makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

10. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
11. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi’ne ait olur. Yazarlar telif haklarını Üniversite’ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.
12. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.
13. Yararlanılan kaynaklar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.
Örnek: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: “Makalenin Başlığı”, **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.
Örnek: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi:**

Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40. İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir. Örnek: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010) Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır. Örnek: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıflar da dahil olmak üzere bir kaynağa yapılacak atıflarda SOYAD, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:AYHAN, s. 36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ve çalışmaların yılları farklı ise parantez içerisinde çalışmanın yılı belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, (2007), s. 53.
AYHAN, (1997), s. 33.

Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: AYHAN, İşletme, s. 76.
AYHAN, Tasarruf, s. 33.

İletişim Adresi: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANKARA

Tel: (312) 216 21 13

Faks: (312) 215 01 69

web: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY FACULTY OF LAW
REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY**

1. Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-FLR) is published four times per year as a “peer-reviewed journal” and indexed by ULAKBİM. Since Vol. XX No. 3 “double peer-review” system has started to be applied. Also a DOI number is assigned to all articles since Vol. XXIII No. 1.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published. Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style and submitted via e-mail to the Editor.
4. Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
5. Articles in Turkish, English, German or French languages are accepted.
6. Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstract comprised of minimum 100 maximum 200 words and five keywords in the languages of the abstracts. If the article is in Turkish; an abstract in English must also be supplemented in addition to an abstract in Turkish. When desired, the author will add an abstract in German or French in addition to an abstract in English. If the article is in a foreign language; it must be accompanied by an abstract in this foreign language and an abstract in Turkish. If the article is in a foreign language except English, an abstract in English and in Turkish must also be supplemented.
7. Names of the authors, their ORCID numbers, institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
8. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal or articles that contain mistypes above the ordinary are declined.
9. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles, which has a maximum 10% similarity ratio (on condition that bibliographic

materials, quoted materials and 2% small sources are excluded) in plagiarism scanning programme, are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. An “Article ID” number is given to the articles sent to reviewers. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not informed regarding the identity of the reviewers. If the reviewers demand corrections, the author may amend the article only in reference to these corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewers’ wish. If the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. If the article is declined by one reviewer but accepted by other, then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author will be informed regarding the circumstance.

10. Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses may also be published in the Journal along with peer reviewed articles and translations. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.
11. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including full-text publication online, but not limited to it, will belong to Ankara Hacı Bayram Veli University. Authors are assumed to have transferred these rights to the University and they are not paid any royalties.
12. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.
13. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Example: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, “Title of the Article”, **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Example: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki

Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)
If the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Example: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. Including first citation all citations to same resource material should be as such: SURNAME, page number.
Example: AYHAN, p. 36.

If more than one material by a single author are referred to and the publication years of these materials differ, year for each material should be indicated in brackets.

Example: AYHAN, (2007), p. 53.
AYHAN, (1997), p. 33.

If the years for each material are same, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: AYHAN, İşletme, p. 76.
AYHAN, Tasarruf, p. 33.

Contact Information: Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrosu Yakını)
Beşevler/ANKARA/TURKEY

Tel: +90 312 216 21 13

Fax: +90 312 215 01 69

web: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

e-mail: hukukdergi@hbv.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXIV

Temmuz 2020

Sayı 3

İ Ç İ N D E K İ L E R

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Anayasa Mahkemesinin 30.05.2019 Tarihli Pilot Kararı
(Y.T. Kararı) İncelemesi ve Sınır Dışı Kararına Karşı
Etkili Başvuru Üzerine Bir Değerlendirme
Nimet ÖZBEK / Döndü KUŞCU.....3-40
- Sosyal Medyada Kullanılan Caps'lerin
Telif Hukuku Boyutu ve Yasal Düzenlemelerin Yeterliliği
Pelin KARAASLAN 41-66
- 188 Sayılı ILO Balıkçılık İstihdam Sözleşmesi İşliğinde
İş Hukukunda Balıkçılık
Hatice Duygu ÖZER..... 67-106
- Türk Hukuku İle Mukayeseli Olarak Roma Hukuku'nda İntifa
Benzerinin (Quasi Ususfructus) Özellikleri
Bengi Sermet SAYIN KORKMAZ107-136
- Boşanmada Ev Hayvanlarının Hukukî Durumu
Barış DEMİRSATAN137-162
- Sicile Kayıtlı (Müseccel) Gemilerin Anonim Şirketlere
Sermaye Olarak Getirilmesi
Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL.....163-204
- Yapay Zeka Ürünlerinin Hukuki Niteliği ve Fikri Eser Kavramı
Büşra KAYNAK BALTA.....205-230

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

KAMU HUKUKU

- Beden Muayenesi, Vücuttan Biyolojik Örnek Alma, Moleküler Genetik İnceleme ve Dna Verilerinin Muhafazası İşlemleriyle İlgili Rıza ve Yetki Sorunları Üzerine Hukuki Değerlendirmeler
İzzet ÖZGENÇ.....233-264
- Döviz Cinsinden Veya Dövizde Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlandırılması Sorunu
Mutlu KAĞITCIOĞLU.....265-304
- 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu M. 13/B-4 Hükmü Uyarınca Yapılan Görevlendirmelerin Hukuki Tahlili
Çınar Can EVREN..... 305-324
- Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK M.30/3)
Ali Tanju SARIGÜL 325-360
- Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi
Mehmet ARSLAN.....361-384
- Türk İdare Hukukunda “Saklı Yetki” Kavramına Kısa Bir Bakış
Sezin ÖZTOPRAK385-420
- İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması
Ekin SEVİNÇ 421-446
- Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast- Bilinçli Taksir Ayırımı
Esmâ Nur TURHAN.....447-500

ÇEVİRİ

- Avrupa Birliği Adalet Divanının İsrail Devleti Tarafından İşgal Edilen Bölgelerde Üretilen Malların Menşei Hakkında Kararı (Büyük Daire)
E.Taha PALANCI503-518

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXIV

July 2020

Number 3

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- The Review Of Pilot Judgment (Y.t. Decision) By The Constitutional Court Dated On 30.05.2019 And An Assesment On The Effecive Application Against The Deportation Order*
Nimet ÖZBEK / Döndü KUŞCU.....3-40
- The Copyright Aspect Of Social Media Memes And Adequacy Of The Legal Provisions*
Pelin KARAASLAN 41-66
- Fisheries In Labor Law In The Light Of ILO Work In Fishing Convention No. 188*
Hatice Duygu ÖZER.....67-106
- Properties Of Quasi Usufruct (Quasi Ususfructus) In Roman Law As Comparative With Turkish Law*
Bengi Sermet SAYIN KORKMAZ107-136
- Legal Status Of Domestic Animals In Case Of Divorce*
Barış DEMİRSATAN137-162
- Investing Registered Ships To Joint Stock Companies A Capital In Kind*
Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL.....163-204
- The Legal Character Of Artificial Intelligence's Products And The Intellectual Work Concept*
Büşra KAYNAK BALTA.....205-230

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

PUBLIC LAW

*Legal Remarks On The Issues Of Consent And Authority Regarding
Physical Bodily Examination, Taking Biological Samples From
The Body, Molecular Genetic Tests And Storage Of Dna Data*

İzzet ÖZGENÇ.....233-264

*The Problem Of The Limitation Of The Freedom Of Making Contracts
In Foreign Currency Or Indexed To Foreign Currency With The
Regulatory Acts Of The Executive*

Mutlu KAĞITCIOĞLU.....265-304

*A Legal Analysis Of Assignments Made In Accordance With
Article 13/B-4 Of Higher Education Law No. 2547*

Çınar Can EVREN..... 305-324

*Error In The Causes of The Compliance With Laws (Turkish
Penal Code Art. 30/3)*

Ali Tanju SARIGÜL..... 325-360

*An Ethical And Criminal Assessment Of Triage Decisions
Regarding The Allocation Of Intensive Care Unit Beds
And Ventilators During Covid 19 Outbreak*

Mehmet ARSLAN.....361-384

*A Brief Overview To The Concept Of “Implicit Power”
In Turkish Administrative Law*

Sezin ÖZTOPRAK385-420

*A Discussion About The Right To Appeal For Having
Constitutional Guarantee In Administrative Jurisdiction*

Ekin SEVİNÇ 421-446

*The Distinction of Conditional Intent and Advertent Negligence
In The Light of The German and Turkish Courts Judgements and Doctrine*

Esma Nur TURHAN.....447-500

TRANSLATION

*The Decision Of The Court Of Justice Of The European Union
In Relation To The Legality Of A Notice Concerning The
Indication Of Origin Of Goods Originating In The
Territories Occupied By The State Of Israel*

E.Taha PALANCI.....503-518

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

**ANAYASA MAHKEMESİNİN 30.05.2019 TARİHLİ PİLOT KARARI
(Y.T. KARARI) İNCELEMESİ VE SINIR DIŞI KARARINA KARŞI
ETKİLİ BAŞVURU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**

Nimet ÖZBEK*
Döndü KUŞCU**

ÖZ

Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında korunan bir temel hakkın ihlalinin yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun benzer nitelikte başvurulara yol açacağını tespit ederse pilot karar uygulamasını başlatabilir. Anayasa Mahkemesi bu bağlamda ilk pilot karar uygulamasını başlatmıştır. Pilot karar uygulamasına neden olan yapısal sorun, sınır dışı edilmelerine karar verilen belli yabancılar açısından etkili bir yargı yolu olmamasıdır. Bu sebeple Anayasa m.40'ın ihlal edildiği tespit edilmiştir. İhlal bir uygulamadan yahut kanun hükmünün yanlış yorumlanmasından değil, bizzat kanun hükmünden kaynaklanmaktadır. Çalışma kapsamında Anayasa Mahkemesinin pilot karar uygulamasına esas alınan Y.T. başvurusu incelenecek ve pilot karar uygulamasının sebepleri ve muhtemel sonuçları hakkında görüş ve öneriler bildirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Pilot Karar, Anayasa Mahkemesi, Sınır Dışı, Bireysel Başvuru, Etkili Başvuru.

**THE REVIEW OF PILOT JUDGMENT (Y.T. DECISION) BY THE
CONSTITUTIONAL COURT DATED ON 30.05.2019 AND AN ASSESSEMENT
ON THE EFFECTIVE APPLICATION AGAINST THE DEPORTATION
ORDER**

ABSTRACT

If the Constitutional Court finds a violation of fundamental rights that is protected under the Constitution and the European Convention on Human Rights is stemmed from a structural problem and it determines that this problem will lead to similiar applications can initiate a pilot judgment procedure. In this sense, the

* **Doç.Dr.**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi. **E posta:** Nimet24@hotmail.com
ORCID ID: 0000-0002-5380-7778

** **Arş. Gör.** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.
E posta: Kuscudondu1@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-9619-6540

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775437

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/09/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/06/2020

Constitutional Court has initiated first pilot judgment implementation. The structural problem leading to the implementation of pilot judgment that has no effective remedy for certain foreigners who have been deported. In this respect it has concluded that the Constitution has violated Article 40. The violation is not arised from an application or misinterpretation of the law rather from the provision of the law itself. Within the scope of the study, the application of Y.T., which is based on the pilot judgment application of the Constitutional Court will be examined and will be tried to provide an opinion on possible consequences.

Key Words: *Pilot Judgment, Constitutional Court, Deportation, Effective Remedy, Individual Application.*

GİRİŞ

Sınır dışı etme; her devletin kendi ülkesinin düzenini ve güvenliğini korumak amacıyla, davranışları tehlikeli görülen yabancıları¹ ülkeden çıkarmaları olarak tanımlanmaktadır². Devletler, yabancıları sınır dışı etme konusunda münhasır yetkiye sahip olmakla birlikte³ bu yetki, uluslararası anlaşmalarla, ulusal mevzuat hükümleriyle ve uluslararası nezaket kuralları çerçevesinde kısıtlanabilir⁴.

Türkiye'nin taraf olduğu pek çok sözleşme⁵ yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin hükümler içermekle birlikte bunlar arasında en

¹ Anayasa'nın (RG.09.11.1982, Sa.17863) 23. maddesinin 6. fıkrasına göre "vatandaş sınır dışı edilemez ve ülkeye girme hakkından yoksun bırakılamaz". Sınır dışı etme sadece yabancılar açısından alınabilecek idari bir tedbirdir. Türk vatandaşları hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz.

² BİRSEN, s. 105; YÖRÜK, s. 65; BERKİ, (1956) s. 145; SEVİĞ/SEVİĞ, s. 256; SEVİĞ, (1981), s. 2; BERKİ, (1966), s. 176; SEVİĞ, (1983), s. 275; EKŞİ, (2018), s. 99; ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 127.

³ ALTUĞ, s. 125.

⁴ KABAALIOĞLU/EKŞİ, s. 503; AYBAY, (2005), s. 228.

⁵ Yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin hükümler içeren sözleşmelerden bazıları şunlardır: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 ve 7 No'lu Protokoller (7 No'lu Protokol için bkz.: RG. 10.04.2016, S. 6684, 4 No'lu Protokol Türkiye tarafından 19.10.1992 tarihinde imzalanmış olmakla birlikte onaylandığının uygun bulunduğu dair Kanun henüz Resmi Gazetede yayınlanmamıştır), Avrupa İkamet Sözleşmesi (RG. 17.09.1989, Sa. 20285), Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi (RG. 05.09.1961, Sa. 10898), Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (RG. 18.06.2003, S. 25142).Bahsi geçen sözleşmelerde yer alan sınır dışı işlemi ile ilgili düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KABAALIOĞLU/EKŞİ, s. 506-509; ÇİÇEKLİ, s. 166-169.

önemli sözleşmelerden biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme)⁶'dir. Anayasa m. 19 ve Sözleşme m. 5 uyarınca herkes kişi dokunulmazlığı ve hürriyetine sahiptir ancak yabancıların sınır dışı edilmesi kişi dokunulmazlığının istisnasını oluşturmaktadır⁷. Yine AİHS m. 13 ve Anayasa m. 40 uyarınca, temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes ulusal bir merci önünde etkili bir başvuru yoluna başvurma hakkına sahiptir. Bu kapsamda sınır dışı edilen kişilere, tarafsız ve bağımsız ulusal mercilere başvurma olanağı tanınması ve başvurunun uygun usullerle incelenmesi ve değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir⁸.

Yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin hükümler, hukukumuzda Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)⁹ ile düzenlenmiştir. YUKK'a göre haklarında sınır dışı kararı¹⁰ alınan yabancılar, kararın kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren on beş gün içerisinde idare mahkemesine başvuruda bulunabilirler ve idare mahkemesi bu başvuruyu on beş gün içerisinde sonuçlandırır ve mahkemenin verdiği karar kesindir (m.53/3). Kural olarak bu on beş günlük süreler boyunca yabancı sınır dışı edilemeyecektir. Yani sınır dışı kararına karşı yargı yoluna başvurulmuş olması sınır dışı kararının icrasını durdurmaktadır. Ancak bu kurala 2016 yılında 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)¹¹ ile getirilen istisnaya göre, YUKK m. 54/1,*b,d,k* bentleri ve m. 54/2 kapsamında haklarında sınır dışı kararı alınan yabancılar açısından sınır dışı kararı her an icra edilebilecektir.

Çalışmamıza konu olan kararda¹² Y.T. hakkında, YUKK m. 54/1,*d* bendi kapsamında kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı açısından

⁶ Türkiye, AİHS'ı 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır. 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve AİHS, Türkiye açısından bu tarihte yürürlüğe girmiştir.

⁷ AİHS m.5/1'e göre hiç kimse yasanın ön gördüğü haller dışında ve usulüne uygun olmadan özgürlüğünden yoksun bırakılamayacaktır. AİHS m.5/1,f bendine göre ise yabancının "...hakkında derdest bir sınır dışı ... İşleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması" mümkündür.

⁸ AYBAY, (2005), s. 97.

⁹ RG.11. 04. 2013, Sa. 28615.

¹⁰ YUKK m. 53/1'e göre sınır dışı etme kararı Göç İdari Genel Müdürlüğü'nün talimatı üzerine yahut re'sen valilikler tarafından alınır.

¹¹ 03.10.2016 tarihli 676 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname", RG. 29.10.2016, Sa. 29872.

¹² Y.T. Kararı, Başvuru No: 2016/22418, Karar Tarihi: 30.05.2019, RG. 09.07.2019, Sa. 30826.

tehdit oluşturduğundan bahisle sınır dışı etme kararı alınmıştır. Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru, YUKK m. 53/3 hükmünden dolayı kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle, etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün¹³ 75. maddesine göre; eğer bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu yapısal sorunun başka başvurulara da yol açtığını veya yol açacağını öngörürse pilot karar uygulaması usulünü başlatabilecektir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi ilk pilot kararını vermiştir. Çalışmamızın esas konusunu oluşturan bu pilot karara temel oluşturan başvurunun konusu, sınır dışı edilmesine karar verilmiş olan yabancının sınır dışı kararına karşı Anayasa m. 40 kapsamında etkili bir başvuru yolu bulunmadığına ilişkin olarak yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündedir. Bu bağlamda öncelikle söz konusu karara konu olan başvurunun içeriğini oluşturan olaylara değinilecektir. Sonrasında Anayasa Mahkemesinin ilk pilot karar uygulaması olması nedeniyle adını ilk defa duyduğumuz, çok aşına olmadığımız ancak Türk hukuku açısından çok da yabancı olmayan bu uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde uygulanmasına ve Türkiye açısından etkilerine değinilecektir. Nihayet Anayasa Mahkemesinin ilk pilot kararı; pilot kararın yasal dayanağı, karara konu olan yapısal sorun, ihlal edildiği tespit edilen hak/haklar ve pilot kararın bağlayıcılığı bağlamında ele alınacaktır.

I. KARARIN İNCELENMESİ

A. Olay ve Olgular

Başvurucu, 1972 doğumlu olup Rusya Federasyonu Kabardey-Balkar Özerk Cumhuriyeti vatandaşıdır¹⁴.

Başvurucu, belirlenemeyen bir tarihte yasal yollardan Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra Türk vatandaşı A.T. ile evlenmiştir. 2009 yılından itibaren Yalova'da ikamet eden başvurucunun bu evlilikten 2007, 2009, 2013 ve 2015 doğumlu dört çocuğu bulunmaktadır¹⁵.

¹³ RG.12.07.2012, Sa. 28351.

¹⁴ Y.T. Kararı, p. 11.

¹⁵ Y.T. Kararı, p. 12.

Kolluk görevlileri tarafından yapılan rutin araç kontrolünde, başvuru hakkında G-87 tehdit kodu (yurda giriş yasağı)¹⁶ olduğu anlaşılmış ve Yalova Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü'nün 30.09.2016 tarihli kararıyla YUKK m. 54/1,d bendi uyarınca kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğundan bahisle, başvuru sınır dışı edilmesine ve idari gözetim altına alınmasına karar verilmiştir¹⁷. Y.T., sınır dışı etme işleminin iptali için 31.10.2016 tarihinde Bursa İdare Mahkemesinde yürütmeyi durdurma¹⁸ talepli iptal davası açmıştır. İlgili aynı zamanda sınır dışı etme kararının YUKK m.53/3 hükmü uyarınca her an icra edilebilir olduğundan, yürütmeyi durdurma talebinin değerlendirmesinin iki haftayı bulabileceğinden ve bu süreçte sınır dışı edilmesinin önünde bir engel bulunmadığından bahisle,

¹⁶ Karar metninden giriş yasağının daha önce hangi sebeple alınmış olduğu belirtilmemektedir. YUKK'un giriş yasağına ilişkin m. 9 düzenlemesine göre “Genel Müdürlük, gerektiğinde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak, Türkiye dışında olup da kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından Türkiye’ye girmesinde sakınca görülen yabancıların ülkeye girişini yasaklayabilir. (2) Türkiye’den sınır dışı edilen yabancıların Türkiye’ye girişi, Genel Müdürlük veya valilikler tarafından yasaklanır. (3) Türkiye’ye giriş yasağının süresi en fazla beş yıldır. Ancak, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit bulunması hâlinde bu süre Genel Müdürlükçe en fazla on yıl daha artırılabilir. (4) Vize veya ikamet izni süresi sona eren ve bu durumları yetkili makamlarca tespit edilmeden önce Türkiye dışına çıkmak için valiliklere başvuruda bulunup hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların Türkiye’ye giriş yasağı süresi bir yılı geçemez. (5) 56 ncı madde uyarınca Türkiye’yi terke davet edilenlerden, süresi içinde ülkeyi terk edenler hakkında giriş yasağı kararı alınmayabilir. (6) Genel Müdürlük, giriş yasağını kaldırabilir veya giriş yasağı saklı kalmak kaydıyla yabancıların belirli bir süre için Türkiye’ye girişine izin verebilir. (7) Kamu düzeni veya kamu güvenliği sebebiyle bazı yabancıların ülkeye kabulü Genel Müdürlükçe ön izin şartına bağlanabilir”.

¹⁷ Karar metninde Y.T.’nin YUKK 54/1-d uyarınca “Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından” tehdit oluşturduğundan bahisle sınır dışı edildiği yer almaktadır. Fakat hakkında giriş yasağı olan yabancıların Türkiye’ye her nasılsa girmeleri YUKK m. 54/1-1 bendinde bir sınır dışı etme sebebi olarak düzenlenmektedir. Ayrıca hakkında giriş yasağı bulunan yabancıların ülkeye yasal yollardan girmiş olduğu düşünülemeyeceğinden m. 54/1-h bendi uyarınca ülkeye yasal giriş şartını ihlal etmiş olması da bir sınır dışı etme sebebidir. Yalova İl Göç İdaresi Müdürlüğü'nün başka hangi nedenlere kararında yer verdiğini bilememekteyiz zira AYM söz konusu kararına sadece başvuru başvurusuna temel oluşturan YUKK m.54/1-d hükmünün Y.T.’nin sınır dışı edilme nedeni olduğunu söylemektedir.

¹⁸ İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (İYUK, RG. 20.01.1982, Sa. 17580) “Yürütmenin durdurulması” başlıklı 27. maddesine göre “Danıştay da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz. Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir”.

Bursa İdare Mahkemesine başvuruda bulunduğu gün Anayasa Mahkemesine tedbir talepli olarak bireysel başvuruda bulunmuştur¹⁹. Y.T.’nin yürütmeyi durdurma talebi kabul edilmemiş ayrıca Mahkeme tarafından 21.12.2016 tarihinde²⁰ kötü muamele iddiaları hakkında bir değerlendirme yapılmaksızın davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir²¹.

B. Başvuranın İddiaları ve Koruma Talebi

Başvuran, Bursa İdare Mahkemesine verdiği dilekçesinde, Türk uyruklu olduğunu, ırkı ve dinine bağlı olduğunu, bu sebepten dolayı psikolojik ve fiziksel baskıya maruz kaldığını, sivil toplum kuruluşlarında gönüllü olarak yaptığı faaliyetler nedeniyle Rusya Federasyonu istihbarat görevlileri tarafından takibe alındığını ve yakalandığını, yakalanmasından sonra işkenceye maruz kaldığını ve bu sebeple kaçarak Türkiye’ye geldiğini beyan etmiştir²². Ayrıca, Kafkasya bölgesinde muhalif olan ve işgale direnen kesimin baskı altında bulunduğunu, Rusya Federasyonu tarafından direnen halka işkence ve kötü muamelede bulunduğunu, eğer sınır dışı edilirse sınır dışı edileceği ülke olan Rusya Federasyonunda işkenceye maruz kalma riskinin çok yüksek olduğunu ve hatta işgale karşı direnen geride kalan ailelerine yardım ettiklerinden dolayı ölüm cezası ile cezalandırılma riskinin olduğunu iddia etmiştir²³. Başvuran iddialarına dayanak olarak Rusya Federasyonunda yaşanan insan hakları ihlalleriyle ilgili olan “İnsan Hakları İzleme Örgütü’nün Kafkasya Raporu” ve Uluslararası Af Örgütü’nün raporuna ilişkin haber metinlerini de dilekçesine eklemiştir²⁴.

Anayasa Mahkemesine başvuru dilekçesinde ise dini inancı ve siyasi görüşü nedeniyle Rusya Federasyonundan kaçtığını, Türkiye’ye yasal yollarla

¹⁹ Y.T. Kararı p. 17, 20.

²⁰ Sınır dışı etme kararının alındığı tarihle ilgilinin idare mahkemesinde başvuruda bulunduğu tarih arasında bir aydan fazla bir süre bulunmakla birlikte YUKK m.53/3’e göre esas alınması gereken tarih kararın ilgiliye tebliğ edilmiş olduğu tarihtir. Bu on beş günlük dava açma süresi kararın tebliğ edilmiş sayıldığı andan itibaren hesaplanacaktır. Olayımız açısından ise Y.T. Bursa İdare Mahkemesine 31.10.2016 tarihinde sınır dışı kararının iptali amacıyla dava açmıştır. Bursa İdare Mahkemesi ise 21.12.2016 tarihinde Y.T.’nin başvurusunun reddine karar vermiştir. Yani Y.T.’nin başvurusundan elli bir gün sonra mahkemece karar verilmiştir. YUKK m. 53/3 hükmüne göre ise bu kararın en geç 15.11.2016 tarihinde verilmesi gerekmekteydi.

²¹ Y.T. Kararı, p. 17.

²² Y.T. Kararı, p.16.

²³ Y.T. Kararı, p. 19.

²⁴ Y.T. Kararı, p. 19.

giriş yaptığını, bir Türk Vatandaşı ile evli olduğunu, Rusya Federasyonuna geri gönderilmesi halinde maddi ve manevi bütünlüğünün tehlikeye düşeceğini, idare mahkemesine açtığı davanın kendiliğinden sınır dışı etme işlemi durdurulmaması nedeniyle pratikte etkili bir başvuru yolu olmadığını belirtip sınır dışı işleminin tedbiren durdurulması istemiyle bireysel başvuruda bulunmuştur²⁵.

YUKK 53/3 uyarınca haklarında sınır dışı etme kararı alınan yabancılar, -rıızaları saklı kalmak kaydıyla- on beş günlük sınır dışı kararına karşı dava açma süresince ve dava açıldıktan sonra idare mahkemesinin karar vermesi gereken on beş günlük süre zarfında sınır dışı edilemeyeceklerdir.

Ancak kanun koyucu, 2016 yılında bu fıkrada yapılan değişiklik ile birlikte “sınır dışı etme sebeplerinin niteliğine göre” bazı grup yabancılar açısından, sınır dışı kararına karşı yargı yoluna başvurulmuş olmasını, sınır dışının icrasını durdurmak için bir engel olmaktan çıkarmıştır. Buna göre YUKK m 54/1,*b,d,k* bentleri ve m. 54/2 uyarınca, haklarında sınır dışı etme kararı alınan yabancılar için sınır dışı etme kararının icrası, mahkemeye başvuru süresi olan bu on beş günlük süre zarfında veya mahkemeye başvurulmuş olması halinde mahkemenin kararına kadar ertelenmeyecek, hatta hemen icra edilebilecektir.

Sınır dışı etme kararı alınan yabancılar, sınır dışı edilecekleri ülkede yaşam haklarının ihlal edileceği yahut kötü muameleye maruz kalacakları iddiası ile gidebilecekleri etkili bir başvuru yolu bulunmadığını ve Anayasa m. 17 ve m.40’da güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğinden bahisle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmaktadır.

29 Ekim 2016 tarihinde YUKK’ta yapılan bu değişiklikten sonra haklarında sınır dışı etme kararı alınan yabancılar, Anayasa Mahkemesine sınır dışı kararının icrasının durdurulması amacıyla tedbir talepli olarak başvurular yapmaya başlamışlardır²⁶. Anayasa Mahkemesi de haklı olarak “*yabancı tedbir talebi ile başvurmamış olsa dahi*” sınır dışı kararının icrasını tedbiren durdurmaktadır²⁷.

²⁵ Y.T. Kararı, p. 38, 39.

²⁶ YUKK m. 53/3 hükmü 676 sayılı KHK ile değiştirilmeden önce iki yıldan fazla sürede yürürlükte kalmıştır. Bu süre zarfında Anayasa Mahkemesi birçok tedbir talebini, yargı yollarının tüketilmediğinden bahisle reddetmiştir. Ancak, 29.10.2016 ve 08.04.2019 tarihleri arasında Anayasa Mahkemesine aynı yönde tedbir talebi de içeren 1549 bireysel başvuru yapılmıştır. Bkz. Y.T. Kararı, p. 54.

²⁷ Y.T. Başvurusu (2016/22418) Tedbire İlişkin Ara Karar için bkz. Karar Tarihi 01.11.2016,

C. Pilot Karar Duyurusu

YUKK m. 53/3 uyarınca, m. 54/1, *b, d, k* bentleri kapsamında haklarında sınır dışı etme kararı alınan yabancılar açısından sınır dışı işlemlerinin icrası kendiliğinden durmamakla birlikte, sınır dışı kararına karşı yargı yoluna gidilebilir ve mahkeme sınır dışı kararı hakkında iptal kararı verebilir. Ancak idare mahkemesinin iptal kararı alabiliyor olması etkili yargısal koruma sağlanması açısından tek başına yeterli değildir²⁸. Anayasa Mahkemesi, hakkın ihlali kapsamında pilot karar uygulama usulüne Y.T. başvurusunu seçmiştir. Zira YUKK m. 53/3'ün KHK ile değiştirilmesinden sonra yapılan ilk başvuru Y.T. başvurusudur. Y.T. kararı aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin ilk pilot karar uygulaması olması açısından önem arz etmektedir²⁹.

Bölüm tarafından 12.06.2018 tarihinde Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 75 uyarınca pilot karar usulünün re'sen başlatılmasına karar verilmiş ve 17.04.2019 tarihinde yapılan toplantıda, Y.T. başvurusunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesi uyarınca dosya Genel Kurul'a gönderilmiştir³⁰. Anayasa Mahkemesi 09.07.2019 tarihinde yayınladığı basın duyurusu ile *“sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edilmesi ve ihlalin yapısal sorundan kaynaklanması nedeniyle”* pilot karar usulünün benimsendiğini kamuoyu ile paylaşmıştır³¹.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/ec5221ec-bd97-4d78-9460a76b1a1dfa59?wordsOnly=False> (28.08.2019). Başvuranın idare mahkemesine açmış olduğu ve halen derdest olan sınır dışı kararının iptali davası sonuçlanmadan sınır dışı edilmesinin telafisi imkânsız sonuçlar doğuracağını ifade eden Anayasa Mahkemesi, başvuranın talebini kabul etmiş ve ülkesine sınır dışı edilmesine ilişkin işlemi tedbiren durdurmuştur. Bkz. Y.T. Başvurusu Tedbire İlişkin Ara karar, p. 23,24.

²⁸ Y.T. Kararı p. 50.

²⁹ Y.T. Kararı, p. 73.

³⁰ Y.T. Kararı, p. 8,9. İçtüzüğü'nün 28. maddesinin 3. fıkrasına göre; *“...Bölümlerden birinin görülmekte olan bir başvuruya ilişkin olarak vereceği karar, Bölümlerin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecekse ya da konunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülürse ilgili Bölüm dosyadan el çekebilir. Bölüm Başkanı başvuruyu Genel Kurul önüne götürmek üzere Başkana iletir”*.

³¹ Duyuru metni için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/sinir-disi-edilme-kararına-karsi-basvurulabilecek-etkili-bir-yargi-yolu-bulunmaması-nedeniyle-etkili-basvuru-hakkının-ihlal-edilmesi-ve-ihlalin-yapısal-sorundan-kaynaklanması-nedeniyle-pilot-karar-usulünün-benimsenmesi/> (17.07.2019).

II) PİLOT KARAR UYGULAMASI

Pilot karar; “belli bir vakada Sözleşme(AİHS) ihlalinin olup olmadığının belirlendiği, ihlalin kaynağı olan aksaklığın tanımlandığı, kamu gücüne bu aksaklığın nasıl giderilebileceğine yönelik açık belirtilerin işaret edildiği ve hâlihazırda Mahkeme(AİHM) önünde duran aynı nitelikte vakaların çözümüne yönelik hukuk yollarının yaratılması veya en azından yapılandırılmasını güden karar tekniği” olarak tanımlanmaktadır³².

Pilot karar uygulaması AİHS kapsamında AİHM tarafından 2004 yılından beri uygulanmakta ve Türkiye aleyhinde pilot kararlar da alınmaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin pilot karar uygulamasını daha iyi kavramak açısından öncelikle AİHM pilot karar uygulamasını ve bu uygulamanın sonuçlarını incelemekte yarar görüyoruz.

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Pilot Karar Uygulaması

Son yıllarda AİHM giderek artan şekilde başvurular almaya başlamıştır³³. AİHM’de beklemekte olan 57.250 davanın pek çoğu ulusal düzeydeki işleyiş sorunlarından kaynaklanan ve mükerrer olarak adlandırılan davalardır³⁴. Bu başvuruların büyük bir kısmı az sayıda devletten, fakat önemli oranda temel hakların ihlalinin kaynaklanan davalardır³⁵. Bu nedenle AİHM, ulusal bazda devletleri yapısal kusurları onarmaya ve iç hukuklarını AİHS standartlarına göre tanzim etmeye teşvik etmek için mekanizmalar aramıştır³⁶. Bu nedenle

³² WİLDHABER, s. 71 (Aktaran, ŞİRİN, s. 632).

³³ GERARDS, s. 371

³⁴ FACTSHEET, s. 1, HAİDER, s. 36.

³⁵ GERARDS, s. 371.

³⁶ GERARDS, s. 371. AİHM’in ciddi şekilde artan iş yükü ile mücadele etmek için attığı en önemli adım şüphesiz 14 No’lu Protokolü hayata geçirmiş olmasıdır. 14 No’lu Protokol(İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin Denetim Sistemini Değiştiren Protokol 14/ 13 Mayıs 2004 tarihinde kabul edilerek imza ve onaya açılmış sonrasında 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir)”, AİHM’in işleyişinde hızlandırma sağlamayı ve Mahkeme kararlarının icrası aşamasında Bakanlar Komitesinin yetkilerini güçlendirmeyi amaçlayan düzenlemeler içermektedir. Protokol ilk olarak Mahkemeyi alt birimlere ayırmıştır. Bu alt birimler; Genel Kurul, Tek Yargıçlı Oluşumlar, Üç Yargıçlı Komiteler, Yedi Yargıçlı Daireler ve On Yedi Yargıçlı Büyük Dairedir. 14. Protokol’ün en önemli ve doktrinde eleştirilmiş olan yeniliği, kabul edilebilirlik (*incelenebilirlik*) koşullarının ağırlaştırılmasıdır. AİHS’in bireysel başvuruların kabul edilebilirlik koşulunu gösteren m.35/3’e göre “önemli bir ölçüde dezavantajlı bir durumdan muzdarip” olduğunu gösteremediği müddetçe şikâyet kabul edilebilir bulunmayacaktır. 14 No’lu Protokol kabul edilebilirlik koşulları hakkında eleştiriler ve Protokole ilişkin çalışmalar için bkz. GEMALMAZ, s. 209-241; AYBAY (2010), dn. 38’de yer alan yazarlar ve eserleri.

AİHM, 2004 yılında ulusal düzeyde sistematik ve yapısal bir işlevsizlikten kaynaklanan mükerrer vakalarla hızlı ve etkin bir şekilde başa çıkmak için pilot karar usulünü uygulamaya koymuştur³⁷. AİHM'in pilot karar usulünün amacı, öncelikle bu mükerrer davaların altında yatan yapısal problemi tespit etmektir³⁸. Sonra ise bu yapısal sorunun ortadan kaldırılması noktasında hak ihlalinde bulunan devlete, ihlale yol açan yapısal sorunu ortadan kaldırma noktasında yükümlülük yüklemektir³⁹.

12 Mayıs 2004 tarihli Bakanlar Komitesinin 2004/3 sayılı kararı⁴⁰ ve daha sonra 2004/6 sayılı⁴¹ "Tavsiye Kararları" pilot karar uygulamasının başlamasında AİHM'e yol gösterici olmuştur⁴². Bu tavsiye niteliğindeki kararların dayanağı olarak ise AİHM kararlarının infazı ve bağlayıcılığını düzenleyen AİHS 46. madde gösterilmektedir. AİHS m. 46/2'ye göre, Sözleşme'nin uygulanması Bakanlar Komitesi tarafından denetlenecektir. Bakanlar Komitesinin yapacağı bu denetleme sadece adil tazminatın ödenmesi noktasında değil⁴³, aynı zamanda ihlalin sona ermesini sağlamak ve zarar görenin mümkün olduğunca Sözleşme ihlali gerçekleşmeden önceki haline kavuşturmak için gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığı hususlarında da yapılacaktır⁴⁴.

Pilot karar usulü 21 Şubat 2011 yılında Mahkeme tarafından AİHM İçtüzüğüne⁴⁵ eklenmiştir. Böylelikle pilot karar usulü hukuki bir temele

³⁷ GERARDS, s. 371.

³⁸ HAİDER, s. 37,38.

³⁹ PİLOT JUDGEMENTS, s. 1.

⁴⁰ Komite "sistemik bir sorunu ortaya koyan kararlar" hakkında hazırladığı DH res 2004(3) sayılı bu tavsiye kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini "*özellikle bu durum çok sayıda başvuruyu yapılmasına neden olarsa devletlere uygun çözüm bulma yolunda ve Bakanlar Komitesi'ne kararların uygulanmasını denetlemede yardımcı olmak amacıyla, sistemik bir sorun ve bu sorunun nedenleri olduğunu düşündüğü durumları tespit etmeye*" davet etmiştir. Bkz. ALTIPARMAK, s. 66.

⁴¹ Recommendation Rec (2004) 6 of the Committee of Ministers to member States on the improvement of domestic remedies.

⁴² KARAMAN, s. 419.

⁴³ Bakanlar Komitesinin "AİHS 46. Maddesinin 2. Fıkrasının Uygulanması İçin Kabul Edilen Kurallar"ın 3. maddesinde AİHM tarafından verilen karara uyulduğunu gösteren önlemlerin alındığına dair Bakanlar Komitesine bilgi verileceği düzenlenmektedir. Bu Kurallar için bkz. LAMBERT-ABDELGAWAD, s. 50-52.

⁴⁴ ALTIPARMAK, s. 67.

⁴⁵ AİHM İç Tüzüğü, 01.06.2015, Strazburg, (www.echr.coe.int).

oturtulmuştur⁴⁶. İçtüzüğün 61. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Bir başvuruya ilişkin olayların, ilgili Sözleşmecî Taraf’ta yapısal ya da sistemik bir sorun ya da benzer başvurulara neden olan başka benzer işlevsizlikler ortaya çıkarması durumunda, Mahkeme pilot-karar uygulaması başlatabilir ve pilot-karar verebilir*”. Buna göre AİHM pilot karar uygulamasını başlatabilmesi için davalı devletin iç hukukunda yer alan ya da hiç yer almayan bir düzenlemeden yahut sistematik bir uygulamadan dolayı, dava konusu hak ihlaline benzer başka işlevsizlikler çıkma ihtimali bulunmalıdır. AİHM pilot karar usulünü başlatmadan evvel ilk olarak hak ihlali iddiasında bulunan taraftan ve davalı devletten, incelenen başvurudaki meselenin ilgili davalı devlette, böylesi bir sorunun ya da işlevsizliğin varlığından kaynaklanıp kaynaklanmadığına ve pilot karar usulüne göre başvurunun incelenmesinin uygunluğuna ilişkin görüş talep edecektir (m.61/2-a). Hemen devamında ise AİHM’nin pilot karar usulünü re’sen yahut taraflardan birinin veya her iki tarafın talebi üzerine başlatabileceği belirtilmiştir (m.61/2-b). Dolayısıyla bir önceki fıkrada düzenlenen pilot karar usulüne göre başvurunun incelenmesinin uygunluğuna ilişkin tarafların görüşlerinin AİHM açısından bağlayıcı olmadığı anlaşılmaktadır. Zira tarafların bir talebi olmasa da AİHM pilot karar usulüne re’sen başlayabilecektir. Pilot karar uygulaması için seçilen başvuru İçtüzüğün 41. maddesine⁴⁷ göre öncelikli olarak işlem görecektir (m.61/2-c).

Mahkeme pilot kararında, yapısal veya sistematik sorunun niteliğini ve diğer işlevsizlikleri göstermenin yanında ilgili davalı devletin iç hukuk düzeninde kararın hüküm fıkrasında uygun olarak alınması gereken düzeltici tedbirlerin türünü tespit edecektir (m.61/3). AİHM ayrıca bu tedbirlerin belli bir süre içerisinde yerine getirilmesini de emredebilir (m.61/4)⁴⁸. Ayrıca AİHM pilot kararında adil tazmin talebinin tamamını veya bir kısmını da saklı tutabilecektir (m.61/5)⁴⁹.

⁴⁶ KARAMAN, s. 419.

⁴⁷ 41. madde AİHM’in ele alacağı davaların sırasını düzenlemektedir. İlgili düzenlemeye göre “*Ele alınacak davaların sırası tespit edilirken, Mahkeme kendisi tarafından belirlenen ölçütler temelinde ortaya çıkan konunun önemi ve ivediliğini dikkate alır. Ancak Daire veya Daire Başkanı, belirli bir başvuruya öncelik tanımak için bu ölçütlerden ayrılabilir*”.

⁴⁸ 61. maddenin 4. fıkrasına göre “*Mahkeme, gerekli tedbirlerin niteliğini ve teşkil edilen problemin iç hukuk düzeninde çözülebileceği hızı göz önünde tutarak, pilot kararın işlevsel hükümlerinde, yukarıda 3. paragrafta belirtilen pilot-kararın hüküm fıkrasındaki tedbirlerin belirli bir süre içinde yerine getirilmesini emredebilir*”.

⁴⁹ 61. maddenin 5. fıkrasına göre “*Mahkeme bir pilot karar verirken, pilot kararda davalı Devlet tarafından alınması gereken bireysel ve genel tedbirlerin yerine getirilmesi beklentisiyle adil tazmin talebinin tamamını ya da bir kısmını saklı tutabilir*”.

AİHM uygun bulması halinde pilot kararın hüküm fıkrasında öngörölmüş olan alınması gerekli düzeltici tedbiri bekleyen diğer başvurular açısından erteleme kararı verebilecektir (m.61/6-a)⁵⁰. Ancak Mahkeme dilediği zaman ertelediği başvuruyu inceleme hakkını saklı tutmuştur (m.61/6-c). Davalı devlet tarafından ilgili kararın hüküm kısmında belirtilen tedbirlerin hiç alınmayacağı kesin olması ya da süre verilmişse sürenin geçmesine rağmen tedbirlerin alınmaması yahut alınacağına dair emarelerin bulunmaması ya da kararın hüküm kısmında belirtilen tedbirlerin alınmasının iç hukukta benzer ihlallerin meydana gelmesine engel olamaması ve neticede ilgili yapısal sorundan dolayı hak ihlallerinin devam etmesi halinde ertelemiş olduğu başvuruları AİHM incelemeye karar verebilecektir. Zira m. 61 fıkra 8'e göre *“İlgili Sözleşmeci Tarafın pilot kararın hüküm fıkrasına uygun davranmaması halinde, Mahkeme, aksi yönde bir karar vermedikçe, yukarıda 6. fıkra uyarınca ertelediği başvuruların incelenmesine yeniden devam eder”*.

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Mahkeme'nin bir Sözleşmeci Taraf 'da yapısal ya da sistemik sorunun varlığına dikkat çektiği pilot karar hususunda bilgilendirilir. Pilot karar yargılamasının başlatıldığına, pilot kararın verilmesine ve bu kararın icrasının yanında yargılamanın sonlandırıldığına ilişkin bilgi, AİHM'in web sitesinde yayınlanır (m.61/9-10).

B. AİHM Pilot Karar Örnekleri

Her ne kadar pilot karar usulüne ilişkin düzenleme 21 Şubat 2011 yılında AİHM İçtüzüğüne eklenmiş olsa da, 2004 yılında Bakanlar Komitesi tarafından verilen 2004/3 ve 2004/6 sayılı Tavsiye Kararlarına dayanılarak AİHM pilot karar uygulamasını hayata geçirmiştir. Bu bağlamda ilk pilot karar uygulamasını 2004/6 sayılı Tavsiye Kararından hemen sonra başlatmıştır. AİHM'in tavsiye kararlarına dayanarak verdiği ilk pilot karar Broniowski/Polonya kararıdır⁵¹.

⁵⁰ Başvuranlar erteleme kararından uygun bir biçimde haberdar edilecekler ve ayrıca uygun görüldüğü takdirde davalarını etkileyen bütün ilgili gelişmeler konusunda bilgilendirileceklerdir (m.61/6-b).

⁵¹ LEACH/HARDMAN/STEPHENSON/BLITZ, s. 16; Broniowski/Polonya, No. 31443/96, 22.6.2004.

1. Broniowski/Polonya Kararı

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonra Polonya'nın sınırları yeniden çizilmiş ve Bug nehrinin diğer tarafında kalanlar mülklerini terk etmek zorunda kalmışlardır⁵². Savaşın sonunda iade edilen ve o sırada Ukrayna, Belarus ve Litvanya'da bulunan Polonya vatandaşlarına yönelik tazmin işlemi başlatılmıştır. Tazminat hakkı olduğu halde mülkünü alamamasından dolayı şikâyetçi olan Polonya vatandaşı Broniowski, mülkiyet hakkının korunmasının ihlali gerekçesi ile AİHM'e başvurmuştur. AİHM yapılan inceleme neticesinde Polonya hukuk sisteminde yaklaşık 80.000 kişinin malları üzerinde serbestçe tasarruf etmelerini engelleyen "yapısal bir sorun" olduğuna kanaat getirmiştir.

Yapılan inceleme neticesinde AİHM Broniowski başvurusu hakkında pilot karar uygulaması başlatmış ve Polonya devletinden davacıların haklarını almalarını sağlamak üzere tedbirler almasını istemiştir. Bu bağlamda AİHM uygun yasal tedbirlerin alınması ve neticesinde Bug nehri davacılarının mülkiyet hakkının gereklerinin yerine getirilmesini yahut benzer başka tazmin yolu oluşturulmasını istemiş ve benzer nitelikte olan başvuruların incelenmesini ertelemiştir. AİHM'in pilot kararı üzerine Polonya 2005 yılının Temmuz ayında bir Kanun çıkarmış⁵³ ve Bug nehrinin diğer tarafında terk edilen mülklere karşılık tazminat ödenmesi hükmünü getirmiştir. AİHM bu yeni Kanun ve tazminat programının uygulamada etkin bir şekilde yürütüldüğünü tespit ettikten sonra incelemesini ertelediği 200'den fazla başvuruyu 2007 ve 2008 yıllarında düşürme kararı almıştır.

Bu kararda AİHM'in artan iş yüküne vurgu yapılmış ve yapısal ve sistematik nitelikte olan ihlallerin AİHS'in mekanizmasını tehdit eder nitelikte olduğu vurgulanmıştır⁵⁴. Mahkeme bu davada ilk defa taraf bir devletin alması

⁵² <http://aihmgunlugu.blogspot.com/2011/05/broniowski-kararından-ictuzugun-61.html> (27.07.2019).

⁵³ Broniowski kararından sonra Polonya'da çıkarılmış olan bu yasaya göre benzer durumda olan kişilerin mallarının %20'sine kadar tazminata hak kazanacağı öngörülmüş ancak bu düzenlemenin dahi mülkiyet hakkının korunmasını ihlal ettiğinden bahisle bir grup AİHM'e başvurmuştur. AİHM benzer durumda çok fazla kişi olmasını ve Ülkenin bütçesini de göz önünde bulundurmuş ve bu %20'lik oranın Sözleşme 'ye uygun olduğuna karar vermiştir, bkz. ALTIPARMAK, s. 83, dn. 124.

⁵⁴ Broniowski/Polonya Kararı p. 188, 194. ALTIPARMAK, s. 67. Yazar pilot kararları iş yükünün sonucu olarak değil Sözleşme'nin gereği olarak görülmesinin daha tutarlı bir yol olduğunu belirtmiştir. Yargıç Zupandic ise ilgili karara farklı bir gerekçe yazmıştır. Bu gerekçeye göre yargıç Pilot karar yönteminin dayanağının Sözleşme dışı kaynaklarda

gereken genel önlemler hakkında karar vermiştir⁵⁵. Bu sebeple Broniowski kararı daha sonra verilen pek çok pilot karar uygulaması açısından örnek oluşturmuştur.

2. Ümmühan Kaplan / Türkiye Kararı

Türkiye açısından Türk mahkemelerinde yapılan yargılamanın makul sürede sonlandırılmadığı⁵⁶ gerekçesiyle açılan tüm davalar açısından Ümmühan Kaplan/Türkiye⁵⁷ kararı pilot karar olarak seçilmiştir.

Başvurucu AİHS m.6/1'de⁵⁸ belirtilen makul sürelerde yargılama yapılmadığından bahisle hak ihlali yaşadığını iddia etmiştir⁵⁹. AİHM ortaya çıkan tüm eksiklikleri göz önüne aldığında Türkiye'de bu tür ihlallerin uzun yıllardan beri devam ettiğini ve eksikliğin asıl nedeninin de Türk hukuk sisteminde yer alan yapısal ve sistematik bir sorundan kaynaklandığını belirtmiştir. Mahkeme yargılama süresinin "aşırı uzun" olduğuna ve dolayısıyla makul sürede yargılamayı sonlandırma yükümlülüğünün yerine getirilmediğine ve neticeten AİHS m. 6/1'e aykırılığın bulunduğu karar vermiştir⁶⁰.

Ayrıca başvurucu Türkiye'de yargılamanın aşırı uzun sürmesine itiraz edebileceği hiçbir hukuk yolunun bulunmamasından dolayı AİHS 13.

aranmasına karşı çıkmış ve pilot kararın dayanağının Bakanlar Komitesi kararı değil AİHS'in bizzat kendisi olması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Broniowski/Polonya, p. 190, ALTIPARMAK, s. 68.

⁵⁵ LEACH/HARDMAN/STEPHENSON/BLITZ, s. 17.

⁵⁶ AİHM hali hazırda, hukuk, ceza, idari ve ticari davalar ve iş ve kadaströ mahkemeleri kararları hakkında yargılamanın uzun sürdüğüne dair kararlar vermiştir ve pek çok dava AİHM'de o tarih itibarıyla derdest bulunmaktadır. İdari dava için, bkz. Ayık / Türkiye, no.10467/02, p. 30, 21 Ekim 2008; sivil dava için, bkz. Ebru ve Tayfun Engin Çolak / Türkiye, no.60176/00, p. 107, 30 Mayıs 2006; ceza davası için, bkz. Tendik ve diğerleri / Türkiye, no.23188/02, p. 36, 22 Aralık 2005; İş Mahkemesi önündeki dava için, bkz. Hüseyin Ertürk / Türkiye, no. 54672/00, p. 32-33, 22 Eylül 2005; ticari dava için, bkz. Kadriye Sülün / Türkiye, no. 33158/03, p. 29, 6 Şubat 2007; Kadaströ Mahkemesi önündeki dava için, bkz. Veli Uysal / Türkiye, no.57407/00, p. 36, 4 Mart 2008.

⁵⁷ Ümmühan Kaplan Davası /Türkiye, Başvuru no. 24240/07, Karar 20 Mart 2012.

⁵⁸ Adil Yargılama Hakkının düzenlendiği AİHS m. 6'ya göre "Herkes medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar (...) konusunda karar verecek olan (...) bir mahkeme tarafından (...) davasının makul bir süre içinde (...) açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir."

⁵⁹ Ümmühan Kaplan/Türkiye Kararı, p. 32.

⁶⁰ Ümmühan Kaplan/Türkiye Kararı, p. 48, 49, 50.

Sözleşme'nin m. 6/1 ve 13. maddelerine aykırılık teşkil ettiğini düşünmüştür. Mahkeme Türkiye'de bu duruma ilişkin artan başvuru sayısını⁶⁶ ve çıkabilecek muhtemel ihlalleri göz önüne alarak somut olayda pilot karar uygulamasına karar vermiştir⁶⁷. Mahkeme, hali hazırda derdest olan başvurular ile kararın verildiği tarih ile Anayasa Mahkemesine Bireysel başvuru yolunun açılacağı 22 Eylül 2012 tarihleri arasında yapılacak başvurular ile ilgili olarak, bu kararın nihai hale gelmesinden sonra bir yıl içerisinde uygun ve yeterli olacak bir tazmin yolunun oluşturulmasını istemiştir⁶⁸. Ayrıca AİHM derdest bulunan ve Türk Hükümetine henüz iletilmemiş olan 2373 başvurunun ve 22 Eylül 2012 tarihine kadar yapılacak başvuruların incelenmesini ertelemiş fakat Hükümete iletilmiş olan 330 davanın normal usulle incelenmeye devam edilmesi hakkını saklı tutmuştur⁶⁹.

Ümmühan Kaplan kararında uygulanan pilot karar uygulamasının neticesinde Türkiye tazminat ödeme yolu ile dostane çözüm sağlanmasına ilişkin 6384 sayılı "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun"⁷⁰u çıkarmıştır⁷¹. İlgili Kanun'un süreye ilişkin düzenlemesine göre Kanun, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla AİHM nezdinde kaydedilmiş başvurular hakkında uygulanacaktır (m. 9)⁷². Bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra AİHM 23 Mart 2013 tarihinde verdiği bir kabul edilemezlik kararında⁷³; her ne kadar başvurunun yapıldığı tarihte uzun yargılama sürelerine ilişkin etkin başvuru yolu bulunmasa da, uzun süren yargılamalara ilişkin çözüm yolu sunan 6384

⁶⁶ Bakanlar Komitesi, Türkiye aleyhine yürütülen yargılama süresinin uzunluğuna ve bu hususta şikâyetin dile getirilebileceği etkin başvuru yolunun yokluğa ilişkin 233 dosyanın hali hazırda beklediğini belirtmiştir, Ümmühan Kaplan/Türkiye Kararı, p. 64.

⁶⁷ Ümmühan Kaplan/Türkiye Kararı, p. 63.

⁶⁸ Ümmühan Kaplan/Türkiye Kararı, p. 75.

⁶⁹ PİLOT JUDGEMENTS, s. 9, Ümmühan Kaplan/Türkiye Kararı, p. 77.

⁷⁰ RG. 19. 01. 2013, Sa. 28533.

⁷¹ 6384 sayılı Kanun'un 2. maddesinde kapsam belirtilmiştir. Buna göre Kanun sadece "a) Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı, b) Mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği", iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış başvuruları kapsamaktadır. Ancak Madde 2/2'de ise Cumhurbaşkanı kararıyla diğer ihlaller bakımından da bu Kanun hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir. Başvurunun konusu madde 2'de yazan sebeplerden birini oluşturmadığı takdirde başvuru Komisyon tarafından reddedilecektir (m. 6/1-ç).

⁷² Bu süre sadece Cumhurbaşkanınca uzatılabilecektir (m. 6/2).

⁷³ Müdür Turgut ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 4860/09, Karar 26.3.2013.

sayılı Kanun'un o an itibariyle etkin ve erişilebilir bir yol sunmadığının iddia edilemeyeceğini belirtmiş ve iç hukuk yollarının tüketilmediğinden bahisle kabul edilemezlik kararı vermiştir⁷⁴. Ayrıca AİHM ilgili kararında, 6384 sayılı Kanun ile oluşturulan iç hukuk yolunun; aynı yapısal veya uygulamaya ilişkin sorunlardan kaynaklanan ihlaller neticesinde Türkiye aleyhine yapılan makul süre ile ilgili tekrar eden şikâyetlerin incelenmesi amacıyla oluşturulan pilot karar usulünün doğrudan ve somut bir sonucu olduğunu vurgulamıştır⁷⁵. Böylelikle Türkiye tarafından getirilen bu yeni iç hukuk yolunun, benzer ve önemli sayıda başvuruyu incelemek zorunda kalacak AİHM'in iş yükünün azalmasına katkı sağlamış olduğu ve ulusal düzeyde bir çözüm sunduğu ifade edilmiştir⁷⁶.

C. Anayasa Mahkemesinin İlk Pilot Karar Uygulaması/ Y.T. Kararı

1. Yasal Dayanak

12 Eylül 2010 tarihinde Anayasa değişikliği sonucunda onaylanan 5982 sayılı “Anayasa Değişikliği Kanunu” ile Anayasa Mahkemesine doğrudan bireysel başvuru yolu hukuk sistemimize girmiştir⁷⁷. Bireysel başvuru usulüne göre, temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen kişiler diğer başvuru yollarını tükettikten sonra⁷⁸ Anayasa Mahkemesine doğrudan bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, Anayasa yargısında iptal ve itiraz yolundan farklı olarak, gerçek yahut tüzel kişilerin⁷⁹ Anayasal haklarının ihlalden dolayı diğer yargı yollarından bir sonuç elde

⁷⁴ Mahkeme ilgili kararında 6384 sayılı Kanun'un niteliğini ve kabul edilişi sırasında içinde bulunulan bağlamı dikkate almış ve iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının başvurunun yapıldığı sırada ele alınmasına bir istisna getirmiş ve başvuru tarihinden sonra ortaya çıkan bir hukuk yolunu da tüketmek gerektiğine karar vermiştir, Müdür Turgut ve Diğerleri/ Türkiye, p. 51.

⁷⁵ Müdür Turgut ve Diğerleri / Türkiye, p. 51.

⁷⁶ Müdür Turgut ve Diğerleri / Türkiye, p. 51.

⁷⁷ 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanununun 18 inci maddesiyle, 148. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin sonuna “ve bireysel başvuruları karara bağlar” ifadesi eklenerek Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri arasında bireysel başvurular hakkında karar vermek de eklenmiştir.

⁷⁸ 6216 sayılı Kanun m. 45/2'ye göre “İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir”.

⁷⁹ 6216 sayılı Kuruluş Kanunu (bkz. dn. 80) uyarınca kamu tüzel kişileri bireysel başvuruda bulunamazlar. Özel hukuk tüzel kişileri ise sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile bireysel başvuruda bulunabilir (m. 46/2).

edilememesi karşısında başvuru bir yoldur⁸⁰. Dolayısıyla bireysel başvuru yolu insan hakları ihlalini önleme de son hukuki çare olarak görülmektedir⁸¹.

Bireysel başvuru hakkında detaylı düzenleme 6216 sayılı “*Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*”un⁸² 45-51. maddelerinde yer almaktadır. Anayasa m. 148/3’e göre herkes Anayasa ile güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamında olanlardan herhangi birinin kamu otoritesi tarafından ihlal edildiğinden bahisle, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilir. Buna paralel şekilde 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin 1. fıkrasında herkesin Anayasa ile güvence altına alınan ve AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklerin⁸³, kamu gücü tarafından ihlal edildiğinden bahisle bireysel başvuruda bulunulabileceği düzenlenerek bireysel başvuru kapsamına giren hakların alanı genişletilmiştir⁸⁴.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilecek kişilere ilişkin sınırlama ise 6216 sayılı Kanun’un 46. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; “*Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından*

⁸⁰ ANAYURT, s. 690, İBA/KILIÇ, s. 108 vd.

⁸¹ DURSUN, s. 11.

⁸² RG. 03.04.2011, Sa. 27894.

⁸³ AİHS 2. maddesinde korunan “Yaşam Hakkı”nın karşılığı Anayasa’nın “Kişinin Dokunulmazlığı ve Maddi ve Manevi Varlığı” başlıklı 17. Maddesinin 1. Fıkrası (Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir) ; AİHS 3. Maddesinde yasaklanan “işkence yasağı” yine Anayasa’nın 17. Maddesinin 3. Fıkrası (Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz); AİHS 4. Maddesinde yer alan “Zorla Çalıştırma Yasağı” Anayasanın aynı adlı 18. Maddesiyle (Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır m. 18/1); AİHS 5. Maddesinde yer alan “Özgürlük ve Güvenlik Hakkı” Anayasanın “Kişi Hürriyeti ve Güvenliği” başlıklı 19. Maddesi ile; AİHS 6. Maddesinde yer alan “Adil Yargılanma Hakkı” ve “Masumiyet Karinesi” Anayasa’nın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. Maddesi ile; AİHS 7. Maddesinde yer alan “Suç ve Cezaların Kanuniliği” Anayasa’nın “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı 38. Maddesi ile; AİHS 13. maddesinde yer alan “Etkili Başvuru Hakkı” Anayasa’nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlıklı 40. maddesi ile.... Güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden bazılarıdır. Burada asıl önemli olan husus Anayasa’da koruma altına alınmış olan temel hak ve özgürlüğün AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu Ek Protokoller nezdinde bir karşılığı olması gerektiğidir.

⁸⁴ AYDIN, s. 127.

yapılabilir” (m. 46/1)⁸⁵. Yabancılar⁸⁶ açısından bireysel başvuruda bulunma hakkı, sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklar bakımından kısıtlanmıştır (m. 46/3). Sonuç olarak yabancılar, sadece Türk vatandaşlarına tanınan hakların dışında kalan haklar bakımından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabileceklerdir⁸⁷.

Bireysel başvurunun kabul edilebilir⁸⁸ olduğu yönünde karar verilmesi halinde, esas hakkında inceleme bölümler tarafından yapılacaktır (6216 S.K m.49/1). Esas inceleme neticesinde başvurucunun Anayasa ile güvence altına alınmış olan hakkının ihlal edildiğine veya ihlal edilmediğine karar verilecektir (6216 S.K m. 50/1). İhlal kararı verilmiş olması halinde ise, ihlalin ve bu ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilecektir. Bu ihlal kararının kaynağı bir mahkeme kararı ise, Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görürse, yeniden

⁸⁵ Bireysel başvuruda bulunacak kişi kural olarak “gerçek kişi” olmalıdır. Kamu tüzel kişileri hiçbir şartta bireysel başvuruda bulunamazken özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edilmiş olduğundan bahisle bireysel başvuruda bulunabilecektir (6216 S.K m. 46/2).

⁸⁶ YUKK m. 3/1,ü bendine göre yabancı “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi*” ifade etmektedir.

⁸⁷ Bireysel başvuruya ilişkin usul 6216 sayılı Kanun’un 47. maddesinde yer almaktadır. Buna göre “(1) *Bireysel başvurular, bu Kanunda ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilir. Başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İçtüzükle düzenlenir. (2) Bireysel başvurular harca tabidir. (3) Başvuru dilekçesinde başvurucunun ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır. (4) Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir. (5) Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvurucunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder. (6) Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvurucu veya varsa vekiline on beş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir”.*

⁸⁸ Kabul edilebilirlik kararı komisyonlar tarafından yapılacak inceleme neticesinde verilecektir (6216 S.K., m. 48/3). Bu karar oy birliği ile alınacaktır. Oy birliği sağlanamamış dosyalar bölümlere havale edilecektir. Kabul edilebilirlik şartları ve bu şartlara ilişkin usul ve esaslar İçtüzüğün ilgili maddelerinde yer almaktadır (m. 48/5).

yargılama yapılmak üzere dosyayı mahkemeye geri gönderecek; eğer yeniden yargılama yapılması hususunda yarar olmadığı saptanırsa, başvuru lehine tazminata hükmedilir veya genel mahkemelerde dava açma yolu gösterilir (6216 S.K m. 50/2)⁸⁹.

6216 sayılı kanunda pilot karar usulüne ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Konunun düzenlenmesi “*Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü*” 75. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre; bölümler tarafından, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığının tespit edilmesi ve bu yapısal sorunun başka başvurulara da yol açtığı öngörülmesi yahut bu yönde tespit yapılması halinde “*pilot karar usulü*” uygulamaya geçirilebilir (İçtüzük, m. 75/1). Pilot karar usulünde, konuya ilişkin bölüm tarafından bir karar pilot karar olarak seçilecektir. Pilot karar usulü re’sen bölüm tarafından, Adalet Bakanlığı’nın istemi üzerine veya başvuru talebi ile başlatılabilir. Y.T. kararında pilot karar usulünün 12.06.2018 tarihinde re’sen başlatılması yönünde bölüm tarafından karar verilmiştir⁹⁰. Görüldüğü üzere, pilot karar uygulamasının yasal dayanağı 6216 sayılı kanun değil tıpkı AİHM’in pilot karar uygulamasında olduğu gibi mahkemenin içtüzüğünde yer alan düzenlemedir⁹¹.

2. Yapısal Sorun

Anayasa Mahkemesi tarafından pilot karar usulü uygulanmasının nedeni; yapısal bir sorun nedeniyle başvurunun yapılması ve bu sorun var olduğu sürece başvuruların devam edecek olmasıdır. Bölüm, almış olduğu pilot kararında yapısal sorunun ne olduğunu ve bu sorunun nasıl giderileceğini belirtmelidir (İç Tüzük m. 75/4). Bu bağlamda Y.T. kararına konu olan yapısal sorunun tespit edilmesi gerekmektedir.

⁸⁹ “(3) Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir. (4) Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir. (5) Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir”. 6216 S.K m.50/3,4,5.

⁹⁰ Y.T. Kararı, p. 8. Anayasa Mahkemesi ilgili ara kararı Adalet Bakanlığına ve İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne göndermiş ancak bahsi geçen kurumlar tarafından mahkemeye bir görüş bildirilmemiştir.

⁹¹ Mahkemelere ait olan yargısal sorunu çözme yetkisinin Mahkeme tarafından çıkarılan içtüzük ile idareye devredilmesini kuvvetler ayrılığı prensibine aykırı bulan görüş için bkz. KANADOĞLU, s. 236-237.

Hakkında YUKK m. 54/1-d kapsamında “*Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar*” kapsamında olduğundan bahisle 30.09.2016 tarihinde Yalova Valiliği İl Göç İdaresi tarafından sınır dışı etme kararı alınan Y.T., idare mahkemesine 31.10.2016 tarihinde iptal davası açtığı gün tedbir talebi⁹² ile birlikte Anayasa Mahkemesine de bireysel başvuruda bulunmuştur⁹³. Anayasa Mahkemesi 01.11.2016 tarihinde tedbir talebini kabul etmiş ve tedbire ilişkin ara kararını vermiştir⁹⁴.

Bir yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınabilmesi, YUKK m. 54’te yer alan sebeplerden⁹⁵ en az birinin varlığının idarece tespit edilmiş olmasına

⁹² 6216 sayılı Kanun m. 49/5’e göre Anayasa Mahkemesi başvuranın temel haklarının korunmasını zorunlu gördüğü tedbirlere kendiliğinden veya başvuranın isteği üzerine karar verebilir. Tedbir kararı alındıktan sonra Anayasa Mahkemesi altı ay içerisinde esas hakkında karar vermek durumundadır. Altı ay içerisinde esas hakkında karar verilmediği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır. Anayasa Mahkemesinin tedbir kararı hakkında detaylı bilgi için bkz. EROL, s. 55-88; TURAN/GÜLHAN KOÇ, s 337-359.

⁹³ Y.T. Kararı, p. 21.

⁹⁴ Y.T. Başvurusu Tedbire İlişkin Ara Karar, p. 26, 27.

⁹⁵ Sınır dışı etme kararı alınması için gerçekleşmiş olması gereken sebepler YUKK m. 54’de “*tahdidî*” olarak sayılmıştır. Bu madde kapsamında belirtilen sebepler dışında kalan başkaca bir sebep ile yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacaktır. Aksi halde bu idari işlem sebep unsuru yönünden sakat bir işlem olarak kabul edilir ve iptali gerekir. YUKK m. 54/1’de sayılan sebeplerin varlığının kesinliği halinde idare yabancı hakkında sınır dışı etme kararı almalıdır. İdareye bu bağlamda yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alıp almama konusunda takdir yetkisi verilmemiştir. YUKK m. 54/1’e göre şu yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır: “*a) 5237 sayılı Kanunun 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 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 ı) Hakkında Türkiye’ye giriş yasağı 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”.*

YUKK m. 54/2. fıkra kapsamında kalanlar açısından ise idareye takdir yetkisi verilmiştir.

bağlıdır. Hakkında bu sebeplerden birine dayanılarak sınır dışı etme kararı alınan yabancı, kararın kendisine tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde sınır dışı etme kararına karşı idare mahkemesinde iptal davası açabilecektir (YUKK m.53/3). Sınır dışı etme kararına karşı yargı yoluna başvurmak “kural olarak” sınır dışı etme kararının icrasını kendiliğinden durduracaktır. Dolayısıyla yabancı, mahkemenin karar verme süresi olan on beş günlük süre⁹⁶ boyunca sınır dışı edilemeyecektir. YUKK m. 53’ün 676 sayılı KHK ile değiştirilmemiş olan hükmünde, sınır dışı işlemine karşı yargı yoluna başvurulmuş olması halinde herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin sınır dışı işleminin icrası durmaktaydı. Bunun için ilgilinin iptal talebine ek olarak yürütmenin durdurulması talebinde bulunmasına gerek bulunmaktaydı. 676 sayılı KHK ile birlikte, sınır dışı kararına karşı yargı yoluna başvurulması için öngörülen on beş günlük sürede ve sınır dışı kararına karşı yargı yoluna başvurulması halinde mahkemenin karar vermesi gereken on beş günlük sürede, yabancının sınır dışı edilmeyeceği yasağına önemli bir istisna getirilmiştir. KHK ile yapılan değişiklik ile birlikte YUKK m. 53/3’ün son hali şu şekildedir: “*Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde 54 üncü maddenin birinci fıkrasının*

Bu kimselerden olduğu tespit edilen yabancı hakkında idare sınır dışı etme kararı alıp almama konusunda takdir yetkisine sahiptir. YUKK m. 54/2’ye göre: “(2) (Değişik: 3/10/2016-KHK-676/36 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/31 md.) Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir”. YUKK m. 54/2 hükmü 676 sayılı KHK ile önemli bir şekilde değişmiştir. KHK ile değişmeden evvelki halinde “Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında, sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabilir” hükmü yer almaktaydı. Bu bağlamda uluslararası koruma statü sahibi olan veya statü sahibi olmak için başvurmuş olan yabancıların sınır dışı edilmesi normalden daha zor şartlar taşımaktaydı. Fakat 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklik ile uluslararası koruma statü sahibi ve başvuru sahibi yabancıların sınır dışı edilebilmeleri kolaylaştırılmıştır denilebilir.

⁹⁶ YUKK m. 53/3’de yer alan on beş günlük sürelerin Anayasa m. 2, 10, 36 ve m. 142’ye aykırı olduğundan bahisle Ankara 1. İdare Mahkemesinin açmış olduğu iptal davası Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. E. 2016/37, K. 2016/135, T. 14. 07. 2016; Karar için bkz. RG. 23.09.2016, Sa. 29836.

(b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç, yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez”⁹⁷. Görüldüğü üzere dava açma süresinde ve yargı yoluna başvurulması halinde yabancı sınır dışı edilemeyeceği kuralına “sınır dışı etme sebebine göre” iki grup istisna getirilmiştir. Birinci grup YUKK m. 54/1. fıkrasının b,d,k bentlerinden her hangi birine dayanarak hakkında sınır dışı etme kararı alınanlar, ikinci grup ise m. 54/2. fıkra hükmüne dayanarak haklarında sınır dışı etme kararı alınanlar. Bu düzenleme ile birlikte bu iki grup yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alındığı andan itibaren icra edilebilir hale gelmiştir.

YUKK m. 54/1’e göre haklarında sınır dışı etme kararı alınan:

“b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar”⁹⁸;

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”⁹⁹ birinci grup yabancıları, YUKK m. 54:

“2) Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir”¹⁰⁰ kapsamında kalan yabancılar ise ikinci grup yabancıları oluşturmaktadır.

⁹⁷ 676 sayılı KHK’nın 35. maddesine göre; “4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına hâlinde ibaresinden sonra gelmek üzere ; 54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç, ibaresi eklenmiştir”. Sonrasında 7070 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun” (Bkz. RG. 08.05.2018, S. 30354) 30. Maddesi ile değişiklik yapmadan bu ifadeyi YUKK m. 53/3’e eklemiştir.

⁹⁸ Detaylı bilgi için bkz. KUŞCU, s. 96-102.

⁹⁹ Bu sınır dışı etme sebebi 6458 sayılı Kanun’a 676 sayılı KHK’nın 36. maddesi ile eklenmiştir.

¹⁰⁰ Bu fıkra 676 sayılı KHK ile 03.10.2016 tarihinde değişikliğe uğramıştır. 7070 sayılı Kanun ile de aynen kabul edilmiştir. Bu tarihten evvel ilgili hüküm: “Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında, sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabilir” şeklinde düzenlenmişti.

Anayasa'nın 40. maddesinde Anayasa'da güvence altına alınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvuru imkânının sağlanmasını isteme hakkı yani "etkili başvuru hakkı" güvence altına alınmaktadır¹⁰¹. Etkili başvuru hakkı AİHS kapsamında ise 13. madde ile güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. 676 sayılı KHK ile değişikliğe uğramadan evvel sınır dışı kararına karşı yargı yoluna başvurulmuş olmasının sınır dışı kararının icrasını kendiliğinden durdurması Türkiye aleyhine AİHM tarafından verilmiş olan mahkûmiyet kararlarının¹⁰² bir yansıması olarak değerlendirilmiş ve doktrin tarafından AİHS m. 13 kapsamında etkili başvuru yolu hakkının tamamlayıcısı olarak görülmüştür¹⁰³. Zira AİHM etkili başvuru yolu kavramının otomatik olarak durdurucu etkisi olan bir başvuru yolunun varlığını gerektirdiğini Türkiye açısından ilk olarak "*Abdolkhani ve Karimnia / Türkiye*" davasında belirtmişti¹⁰⁴.

YUKK öncesi dönemde¹⁰⁵ sınır dışı kararına karşı yargı yolu ayrıca düzenlenmemekte Anayasa m. 125 kapsamında¹⁰⁶ genel hükümler çerçevesinde

¹⁰¹ İlgili düzenlemeye göre: "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/16 md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*".

¹⁰² Sınır dışı kararına karşı yargı yoluna başvurulmuş olmasının tek başına sınır dışı kararının yürütmesini durdurulmamasından dolayı Türkiye hakkında AİHS m. 13'e aykırılıktan verilen mahkûmiyet kararları hakkında çeşitli örnekler için bkz. *Abdolkhani ve Karimnia / Türkiye Kararı* (Başvuru No: 30471/08, 22.09.2009), p. 108; *Tehrani ve Diğerleri / Türkiye* (Başvuru No: 32940/08, 41626/08, 43616/08, 13.04.2010), p. 66; *Keshmiri / Türkiye* (Başvuru No: 36370/08, 13.04.2010), p. 23,24.

¹⁰³ EKŞİ, (2012), s. 163; DOĞAN, s. 127, BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 245; DARDAĞAN KİBAR, s. 68,69.

¹⁰⁴ *Abdolkhani ve Karimnia / Türkiye Kararı*, p. 108. Detaylı bilgi için bkz. EKŞİ, (2010), s. 65 vd.

¹⁰⁵ YUKK öncesi dönemde yabancıların sınır dışı edilmesini düzenleyen iki temel Kanun bulunmaktaydı. İlki "Yabancıların İkametleri ve Seyahatleri Hakkında Kanun" diğeri ise "Pasaport Kanunu" idi. Her iki Kanunda da sınır dışı işlemine karşı yargı yoluna ait bir düzenleme bulunmamaktaydı. YUKK öncesi dönemde yargı yoluna ilişkin detaylı inceleme için bkz. AYBAY, (2003), s.159-163; GÖĞER, s. 74; DURAN, s. 16-29.

¹⁰⁶ Anayasa'nın 125. maddesine göre "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*".

“İdari Yargılama Usul Kanunu”¹⁰⁷ (İYUK) hükümleri uyarınca sınır dışı kararına karşı idare mahkemesinde iptal davası açılabilirdi. İdari yargı yolunda dava açılmış olması veya temyiz yoluna başvurulmuş olması kural olarak söz konusu idari işlemin icrasını kendiliğinden durdurmamaktadır (İYUK m. 27/1). İdari işlem hakkında yürütmenin durdurulması talebinin ayrıca davacı tarafından istenmesi gerekmektedir. Danıştay veya idare mahkemesi, idari işlemin icrasının telafisi imkânsız ve geri dönülemez sonuçlara yol açacağına kanaat getirirse ve idari işlem açıkça hukuka aykırı ise bu durumda idari işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verecektir (İYUK m. 27/2). YUKK öncesi dönemde sınır dışı kararına karşı genel hükümler çerçevesinde yargı yoluna başvurulmuş olmasının kendiliğinden sınır dışı kararını icrasını durdurması, AİHM tarafından AİHS m. 13 kapsamında *etkili başvuru hakkının* sağlanmaması olarak yorumlanmış ve Türkiye hakkında m. 13’e aykırılık sebebiyle mahkûmiyet kararları verilmiştir¹⁰⁸. Bu hususu göz önünde bulunduran kanun koyucu YUKK ile sınır dışı edilen yabancılar açısından yargı yoluna ilişkin yeni bir düzenleme getirmiş ve yargı yoluna başvurma hakkını “kendiliğinden” durdurucu etkiye sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak 676 sayılı KHK ile birlikte bu uygulamadan vazgeçilmiş “*otomatik durdurucu etki*” belli grup için ortadan kaldırılmıştır¹⁰⁹. Böylelikle AİHM tarafından Türkiye’ye yöneltilmiş olan AİHS m. 13 kapsamında etkili başvuru hakkı bulunmadığı iddiası yeniden gündeme gelmektedir. Olayımızda söz konusu olan yapısal sorun da aslında bundan ibarettir.

YUKK m. 53/3 idare mahkemelerinin sınır dışı kararının iptali talebi hakkında verdiği kararların “*kesin*” olduğunu belirtmiş, böylelikle sınır dışı kararına karşı idare mahkemesi kararının temyizi yolu kapatılmıştır¹¹⁰. İdare mahkemesinin sınır dışı kararının iptali hakkında kararı ile birlikte ilgili olağan kanun yollarını tüketmiş olmakta ve bu tarihten itibaren otuz gün içerisinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilmektedir

¹⁰⁷ RG. 20.01.1982, Sa. 17580.

¹⁰⁸ Bkz. dn 97.

¹⁰⁹ Hatta bu belli grup yabancıların durumunun YUKK öncesi dönemden daha kötü olduğunu da söyleyebiliriz. Zira YUKK öncesi dönemde genel hükümler çerçevesinde yapılan yargılamada dava açma süresi İYUK m. 7/1 uyarınca yazılı bildirim yapılmasından itibaren atmış gün olarak düzenlenmiştir. YUKK m. 53/3’e göre ise bu süre sadece on beş gündür.

¹¹⁰ Sınır dışı kararının iptali davaları sonucu verilen idare mahkemesi kararlarının temyiz incelemesinden yoksun oluşu hakkında yapılan eleştiriler için bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 246; ÇİÇEKLİ, s. 176.

(6216 S.K. m. 47/5)¹¹¹. Olağan kanun yollarının tüketilmemesi yani ilgili hukuki sorun için öngörülmüş olan olağan kanun yoluna başvurulmaması yahut başvurulmuş ise sonucunun beklenmemesi hallerinde kural olarak Anayasa Mahkemesi tarafından olağan kanun yollarının tüketilmediğinden bahisle başvuruya ilişkin “*kabul edilemezlik*” kararı verilecektir¹¹². Ancak Anayasa Mahkemesine göre temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine ilişkin iddiaların ileri sürülebileceği bir başvuru yolunun mevzuatta öngörülmüş olması tek başına yeterli değildir aynı zamanda bu başvuru yolunun uygulamada da etkili olması gerekmektedir¹¹³. Ayrıca A.A ve A.A. Kararında ortaya koyduğu üzere, yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri süren ve sınır dışı edileceği ülkede işkence göreceği iddiasında bulunan kişilerle ilgili; sınır dışı etme kararının bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, bu denetim süresince sınır dışı kararının icra edilmemesi ve yargılama süresince tarafların etkili katılımının sağlanması yönünde bir takım usuli güvenceler getirmektedir¹¹⁴. Bu usuli güvencelerin neticesi olarak ilgili hakkında yaşam hakkı ve kötü muamele iddiası söz konusu olduğunda bu iddialara karşı dava açma süresinde ve dava açıldıktan sonra yargılama sonuçlanana kadar otomatik olarak sınır dışı işleminin engellenmesi gerekmektedir¹¹⁵. Anayasa Mahkemesine göre idari ve yargısal makamların yürütmesi kendiliğinden durmayan sınır dışı işlemini başvuru halinde iptal edebilme kapasitelerine sahip olmaları etkili bir yargılama sağlanması konusunda yalnız başına bir güvence sağlamamaktadır¹¹⁶.

¹¹¹ 6216 sayılı Kanun’un 47. maddesinin 5. fıkrasına göre; “*Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvurusunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder*”.

¹¹² Kabul edilebilirlik kararı komisyonlar tarafından verilmektedir. Komisyon bu kararı oy birliği ile almalıdır. Oy birliği sağlanamadığı hallerde başvuru bölümlere havale edilmelidir (6216 S.K. m. 48).

¹¹³ Y.T. Kararı, p. 45. Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında ortaya koyduğu etkili başvuru hakkına ilişkin ilkeleri Y.T. Kararında ilgili Paragrafta tekrar etmiştir. Bu ilkeleri ortaya koyduğu kararları: A.A ve A.A Kararı, Başvuru No: 2015/3941, Karar T. 01.03.2017, Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, Başvuru No: 2016/5604, Karar T. 24.05.2018, kararlarıdır.

¹¹⁴ Y.T. Kararı p. 48, A.A ve A.A Kararı, p. 62.

¹¹⁵ Y.T. Kararı p. 49.

¹¹⁶ Y.T. Kararı, p. 50.

Somut dava yönünden ortaya çıkan durum idare mahkemesinin uygulamasından veya mevzuatı yanlış yorumlamasından kaynaklanmamakta YUKK m. 53/3 hükmünde 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklikten kaynaklanmaktadır¹¹⁷. Başvurucunun idare mahkemesine açtığı davanın sonucu beklenirken sınır dışı edilme riskini ortadan kaldıran yasal bir güvencenin bulunmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği, ihlalin ise mevzuattan kaynaklanan değişiklik sonucu ortaya çıktığı sonuca varılmış ve Anayasa m. 17 ile bağlantılı olarak 40. madde ile güvence altına alınmış olan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir¹¹⁸.

3. İhlalin Ortadan Kaldırılması için Alınması Beklenen Tedbirler

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 1. fıkrasına göre başvurusunun hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi halinde ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir fakat yerindelik denetimi yapılamaz ve idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin nedeninin belirlenmesi gerekmektedir¹¹⁹. İhlal idari eylem ve işlemlerden, yargısal işlemlerden veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir¹²⁰. Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçların nasıl giderileceğine hükmederken idarenin veya yargısal makamların ve yasama organının yerine geçecek şekilde işlem tesis edemez¹²¹.

İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını temin eden yollardan biri olarak pilot karar usulü de öngörülmüştür¹²². Anayasa Mahkemesinin pilot karar usulünü benimsemesindeki en önemli amaç, benzer nitelikte başvuruların tamamının ihlalle sonuçlanması yerine idari mercilerce çözüme kavuşturulması ve böylelikle ihlalin kaynağının ortadan kaldırılmasını sağlamaktır¹²³. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi pilot kararında öngördüğü

¹¹⁷ Y.T. Kararı, p. 60. Anayasa Mahkemesi ayrıca bu değişikliği Anayasa m. 17 /1,2. fıkralarla güvence altına alınmış olan yaşam hakkı ile Anayasa m. 40 bağlamında etkili başvuru hakkına ve Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına uygun bulmamıştır.

¹¹⁸ Y.T. Kararı, p. 61, 62.

¹¹⁹ Y.T. Kararı, p. 67.

¹²⁰ Y.T. Kararı p. 67.

¹²¹ Y.T. Kararı p. 66.

¹²² Y.T. Kararı, p. 69.

¹²³ Y.T. Kararı, p. 71.

yapısal sorunun ortadan kaldırılması ve benzer başvuruların¹²⁴ ortadan kaldırılması için belirli bir süre öngörüp bu süre zarfında diğer başvuruların incelenmesini erteleyebilecektir¹²⁵.

YUKK m. 53/f.3'de 676 sayılı KHK ile 29.10.2016 yılında yapılan değişiklik ile birlikte YUKK m. 54/f.1, *b/d/k* bentleri kapsamında sınır dışı edilmelerine karar verilen kişiler, idari mercilerce mahkemelere başvurmalarına olanak tanınmadan veya mahkemeye başvurmuşlarsa mahkemenin kararı beklenmeden ülke dışına çıkarılabileceklerdir. Y.T. hakkında YUKK m. 54/f.1, *d* bendine istinaden kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğundan bahisle sınır dışı edilme kararı alınmış olmakla Anayasanın 17. maddesinde güvence altına alınmış olan yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı ile bağlantılı olarak 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır¹²⁶. İhlal bir yasama işlemi olan “kanun hükmünden” kaynaklanmaktadır¹²⁷.

İhlale yol açan kanun hükmü yürürlükte olduğuna göre, Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararı verilmesi ve ilk derece mahkemesi tarafından yeniden yargılama yapılması, ihlali ve sonuçları ortadan kaldırmayacak ve aynı yapısal sorundan dolayı yapılacak başvuruların önüne geçilemeyecek ve Anayasaya aykırı bir şekilde sınır dışı işlemi uygulanmaya devam edilecektir¹²⁸. Bu nedenlerde YUKK m. 53/3. fıkrasının değişiklikten önceki haline getirilmesi veya hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması halinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılması, yapısal sorunu ortadan kaldıracak ve benzer nitelikte başvurular yapılmasını engelleyecektir¹²⁹. Bu amaçla kararın bir örneği yasama organına bildirilmiştir¹³⁰.

¹²⁴ YUKK 53. maddesinde 676 sayılı KHK ile yapılan yukarıda izah ettiğimiz değişiklikten sonra Anayasa Mahkemesine bu maddeden dolayı mağduriyet yaşadığını öne sürülerek yapılan ilk başvuru Y.T. Başvurusu olmakla birlikte bu başvurudan sonra YUKK m.53'ün değiştirilmesinden dolayı yaşanan mağduriyetlere ilişkin benzer nitelikte 1545 başvuru bulunmaktadır ve sayıları her geçen gün artmaktadır. Bkz. Y.T Kararı, p. 73.

¹²⁵ Y.T. Kararı p. 72.

¹²⁶ Y.T. Kararı, p. 73.

¹²⁷ Y.T. Kararı, p. 74.

¹²⁸ Y.T. Kararı, p. 75.

¹²⁹ Y.T. Kararı, p. 76.

¹³⁰ Y.T. Kararı p. 76. Bu karara Anayasa Mahkemesi üyesi M. Emin KUZ ek gerekçe göstererek

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m.75/f.5'e göre mahkeme, pilot karar ile birlikte bu karara konu olan yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir¹³¹. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, 29.10.2016 tarihinden 08.04.2019 tarihine kadar yapılmış olan 1545 başvuru ile birlikte bu tarihten sonra gelmeye devam edecek aynı mahiyetteki başvuruların incelenmesinin bir yıl süre ile ertelenmesine¹³² ve ilgililerin bu hususta bilgilendirilmesine karar vermiştir¹³³.

4. Pilot Kararın Bağlayıcılığı

Yapısal sorunu gidermek amacıyla yasama organı tarafından 13 Eylül 2019 tarihi itibarıyla henüz bir girişimde bulunulmamıştır. Peki, yasama organı Anayasa Mahkemesinin pilot kararında belirttiği tedbirleri alıp yapısal soruna neden olan kanun hükmünü ortadan kaldıracak mıdır? Kısaca yasama organı Anayasa Mahkemesi kararında yer alan tedbir talebine uymak zorunda

katılmıştır. Kuz gerekçesini kısaca “...söz konusu yapısal sorunun çözümü için 6458 sayılı Kanunun 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında değişiklik yapılması hususunda yasama organına yapılan çağrının, 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte olan düzenlemeye dönülmesi, yani anılan fıkranın -değişiklikten önceki hâle getirilmesi ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılması- (§ 76) tamamen yasama organının takdir yetkisi içinde bulunmakla beraber; mutlak olarak böyle bir düzenleme yapılması yönünde çağrı şeklinde anlaşılmasında gerektiğinin ve yapılacak düzenlemeyle anılan kişiler bakımından farklı bir düzenleme getirilirken sözü edilenlerin etkili başvuru hakkının korunmasını sağlayacak başka hükümler de getirilebileceğinin açıklığa kavuşturulmasında yarar bulunmaktadır” şeklinde belirtmiştir. Sayın üye oybirliği ile alınmış olan bu karara katılmakla birlikte kararda yer alan ihlali ve sonuçlarını giderici tedbirlerin yasama organı tarafından bağlayıcı olmadığını, ihlali, sonuçlarını ve yapısal sorunu giderici başka tedbirler de alınabileceğini belirtmiştir.

¹³¹ Y.T. Kararı p.77'ye göre; “...yasama organı tarafından yapılacak düzenleme yeni başvuruları engelleyecek olsa da Anayasa Mahkemesi önünde bekleyen ve sayısı giderek artan şimdilik 1.545 başvurunun çözümü için yeterli olmayacaktır. Bu konuda mevcut başvurulara çözüm sağlayan geçici bir hüküm getirilmesi veya idare tarafından daha önce alınan sınır dışı etme kararlarının kaldırılması/geri alınması/yeniden değerlendirilmesi ya da başkaca bir çözüm bulunması gerekmektedir. Bu nedenle kararın bir örneğinin ve mevcut başvurular listesinin bilgi ve takdiri için Adalet Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne gönderilmesi gerekir”.

¹³² Anayasa Mahkemesi “İncelenmesi Pilot Karar Uyarınca Ertelenen Başvurulara Ait Liste”yi yayınlamıştır. Listede “1632” adet başvuruya yer verilmiştir. Alınan pilot kararın gereğinin yerine getirilmesi amacıyla oluşturulan ve kötü muameleye maruz kalma ve yaşamının tehlikeye gireceği ülkeye sınır dışı edilme kararının şikâyet konusu edildiği bireysel başvurulara ait liste için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/incelenmesi-pilot-karar-uyarinca-ertelenen-basvurulara-ait-liste/> (02.09.2019).

¹³³ Y.T. Kararı p. 78.

mıdır? Bu sorulara yanıt vermek için öncelikle bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı meselesinin ele alınması gerekmektedir.

2010 yılında 5982 sayılı kanun ile Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklik ile genel esasları belirtilen Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, 6216 sayılı kanunla ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile somutlaştırılmış ve 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren bireysel başvuru yolu işlemeye başlamıştır¹³⁴. Anayasa m. 153/VI'da Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin; "*Anayasa Mahkemesi kararları, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını gerçek ve tüzel kişileri bağlar*" hükmüne 5982 sayılı kanunla bireysel başvuru kararlarını kapsayıcı ya da kısıtlayıcı nitelikte olacak bir ekleme yapılmamıştır. Doktrin tarafından Anayasa m. 153'de bir değişikliğe gitme ihtiyacının duyulmaması, diğer Anayasa Mahkemesi kararları gibi bireysel başvuru kararlarının da bağlayıcı olduğu şeklinde yorumlanmıştır¹³⁵.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarının sübjektif (*bireysel*) ve objektif (*genel*) iki tür etkisi bulunmaktadır¹³⁶. Anayasa Mahkemesi ihlal kararında başvurucuya ilişkin somut bir önlem alınması yahut bir işlem yapılmasına, bu bağlamda tazminat kararına veya tekrar yargılama yapmak üzere kararın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilebilir. Bu bireysel başvuru kararının sübjektif yönünü göstermektedir. Bireysel başvuru kararlarının objektif yönü ise benzer nitelikte olan ve hakları ihlal edilmiş bulunan veya henüz ihlal edilmemiş olan kişiler açısından hakların korunmasını ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesinin pilot kararı bireysel başvuru kararlarının objektif etkisini oluşturmaktadır. Zira pilot kararında Anayasa Mahkemesi hak ihlalinin yapısal bir sorundan kaynaklandığını belirtmekte ve benzer nitelikte olan başvurulardan birini -ihlale yol açan Kanun değişikliğinden sonra yapılan ilk başvuru olmasından dolayı Y.T. başvurusunu- pilot karar olarak seçmektedir¹³⁷.

¹³⁴ GÖZTEPE ÇELEBİ, s. 95.

¹³⁵ GÖZTEPE ÇELEBİ, s. 96; KARAN, (2017), s. 11; KARAKAŞ, s. 17. Aksi yönde bkz. KÖKÜSARI, s.14. Yazar bağlayıcılık konusunda Anayasa 153. maddesine dayanılmasının, kararların etkisi konusunda da bu maddeye dayanılması sonucunu doğuracağından bahisle, bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığının Anayasa m. 153'e dayandırılmasını doğru bulmamaktadır. Yazar'a göre; Anayasa Mahkemesi'nin belirli bir ihlal kararının bağlayıcılığının dayanağı, bir konunun yahut ihlal iddiasının nihai olarak sonuca bağlanmasından dolayıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı açısından ayrıca bkz. KARAN, (2018); BIRTANE, s. 179-188.

¹³⁶ KARAN, (2017), s. 12; GİAKOUMOPOULOS, s. 39.

¹³⁷ KÖKÜSARI, s. 43. Yazar pilot kararların diğer ihlal kararları gibi sadece başvuran

Y.T. başvurusu açısından ihlale yol açan yapısal sorun henüz yürürlükte olan bir kanun hükmüdür. Bu hüküm yürürlükte olduğu sürece, benzer nitelikte olup incelenmesi ertelenen başvuruların sayısı artmaya devam edecektir. Bu bağlamda pilot karar uygulamasının sonucu olarak ihlalin ortadan kaldırılması ve tekrar aynı kanun hükmünden dolayı ihlal kararı verilmemesi için, yapısal sorunu gidermesi gereken merci yasama organıdır. Yasama organı Anayasa Mahkemesi'nin kendisine "tavsiye ettiği" tedbirlerden birini uygulayabilir ya da yapısal sorunu giderecek başka kalıcı tedbirler alınmasına hükmedebilir. Eğer yasama organı tarafından ihlali giderici nitelikte bir tedbir alınmaz ve yapısal soruna çözüm bulunmazsa, Anayasa Mahkemesi ertelemiş olduğu benzer nitelikte başvurular hakkında toplu olarak karar verir¹³⁸. Mahkeme gerekli görmesi halinde erteleme süresinin sona ermesini beklemeksizin ertelediği başvuruları gündeme alarak karar verebilir¹³⁹.

AIHM'in pilot kararlarla taraf devletlere emrettiği özel ve genel tedbirlerin ilgili devlet açısından bağlayıcı nitelikte olması gibi Anayasa Mahkemesinin pilot kararları da diğer bireysel başvuru kararları gibi bağlayıcı niteliktedir¹⁴⁰. Kararların bağlayıcı olmasının bir sonucu olarak, hukuk devleti olmanın gereğinin yapılması bağlamında kararların icrası noktasında yasama, yürütme ve yargının üzerine düşeni yapacağı konusunda şüphe duymamak gerekir¹⁴¹. Bir yüksek mahkeme olan Anayasa Mahkemesi kararına uyarak işlem yapılması, bireysel nitelikte olan ihlal kararlarının yanında genel bir sorun ve hak ihlali olduğunu ortaya koyan pilot kararlar açısından da öneme sahiptir. Zira Anayasa Mahkemesi pilot kararı ile ortada yapısal bir sorun olduğunu ortaya koymuş ve bu sorunun kaynağını da halen yürürlükte olan bir kanun hükmü olarak belirtmiştir. Yukarıda detaylı bir şekilde açıkladığımız kanun değişikliğinden kaynaklı hak ihlalinin ortadan kaldırılması için yasama organı tarafından ilgili hüküm bir an önce değiştirilmeli ve eski hale getirilmeli yahut etkili başvuru hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmesi amacıyla uygun bulunan sair düzenlemeler yapılmalıdır. Hukuk devleti olmanın bir gerekliliği olarak pilot karara uyulması gerekmektedir.

açısından hüküm doğurmadığını, benzer durumda olanları da kapsar nitelikte olduğunu belirtmiş ve sadece herkes için değil yapısal sorundan dolayı hakkı ihlal edilmiş olan kimseler bakımından sınırlı bir etki doğuracağını ifade etmiştir.

¹³⁸ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, m. 75/1.

¹³⁹ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, m. 75/5.

¹⁴⁰ KÖKÜSARI, s. 15.

¹⁴¹ KARAKAŞ, s. 16.

Zira mahkeme kararlarına uyulmayan, saygı duyulmayan bir yerde ne yargının bağımsızlığından ne hukuk devletinden söz etmek mümkündür.

SONUÇ

Temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından Anayasamızda eşitlik prensibi benimsenmekte, vatandaş ve yabancı ayrımı yapılmamaktadır. Anayasa ile tanınmış olan temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir (Anayasa m. 40). Öte yandan Anayasa m. 16'da temel hak ve hürriyetlerin yabancılar açısından "*milletlerarası hukuka*" uygun olarak kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda sınır dışı etme işlemi kişi hürriyeti ve güvenliği ilkesini koruma altına alan Anayasa m. 19 ve yerleşme ve seyahat özgürlüğünü güvence altına alan Anayasa m. 23 hükümlerine, yabancılar açısından getirilmiş olan bir sınırlama niteliği taşımaktadır.

Sınır dışı işlemine ilişkin hükümler YUKK'ta yer almakta ve detaylı bir şekilde sınır dışı etme işlemi tüm yönleriyle düzenlenmiş bulunmaktadır. YUKK m. 53/3 sınır dışı kararına karşı gidilebilecek kanun yolunu öngörmüş bulunmaktadır. Ancak hâlihazırda Anayasa m. 16'ya uygun olarak temel hak ve hürriyetlere kanun ile getirilmiş bir sınırlama olan sınır dışı etme kararına karşı, bir kanun yolunun düzenlenmiş olması tek başına m. 40 kapsamında etkili başvuru yolu bulunduğu anlamına gelmemektedir. Bu başvuru yolunun etkili bir yol olduğundan bahsedebilmek için sınır dışı etme kararının hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi ve bu değerlendirme yapılırken taraflara mümkün olduğunca kendilerini savunma hakkı tanınması gerekmektedir. Yürürlükte bulunan YUKK m. 53/3 hükmü tüm sınır dışı edilen yabancılar için yargı yolu öngörmüş olmakla birlikte, sınır dışı kararının icrasının yargı yoluna başvuru süresinde ve yargı yoluna başvurulmuş olması halinde, dava sonuçlanana kadar ertelenmesi bakımından "*sınırlayıcı*" niteliktedir. Bu bağlamda YUKK m. 54/1,b/d/k ve m.54/2 kapsamında sınır dışı kararı alınan yabancılar açısından, yargı yoluna başvuru süresinde veya dava sonuçlanana kadar sınır dışı kararının icra edilmesi ve bu kimselerin ülke dışına çıkarılması mümkündür. Bu kimseler açısından, sınır dışı kararının hukuka uygunluğunun denetlenmesi sırasında, savunma hakkının etkili bir şekilde kullanılmaması veya sınır dışı kararının hukuka uygun bulunmayıp iptal edilmesi gibi nedenlerle telafisi güç sonuçlar doğabilecektir.

Anayasa Mahkemesi, YUKK m. 53/3 kapsamında sınır dışı kararına

karşı öngörölmüş olan yargı yolunun, sınır dışı kararının icrasının ertelenmesi açısından “sınırlayıcı” nitelikte olmasını, Anayasa m. 40 kapsamında etkili bir başvuru yolu olarak görmemiştir. Bu bağlamda aynı hüküm neticesinde aynı hak ihlali sebebiyle yapılan bireysel başvuruların sayının artması sebebiyle, tüm başvurular açısından ayrı ayrı karar vermek yerine pilot karar usulü benimsenmiştir. YUKK m. 53/3’de yapılan bu sınırlamadan sonra Anayasa Mahkemesine yapılmış ilk başvuru kararı olmasından dolayı Y.T. başvurusu pilot karar olarak seçilmiştir. Mahkeme YUKK m. 53/3’ü hak ihlaline neden olan yapısal bir sorun olarak görmüş ve yasama organından bu soruna çözüm bulunması için tedbir alınmasını istemiştir. Yasama organı yapısal sorunu giderinceye kadar bir yıl süre ile aynı sebepten kaynaklı ihlallerin incelenmesini ise ertelemiştir. Yasama organı pilot karara uyararak, yapısal soruna neden olan kanun hükmünün yol açtığı / açacağı mağduriyetleri gidermek/önlemek amacıyla, Anayasa Mahkemesi tarafından benzer başvuruların ertelendiği bir yıllık sürenin geçmesini beklemeksizin gerekli tedbirleri almalıdır. Gerekli tedbirlerin alınmaması, benzer nitelikte başvuruların sayısının artmasına ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin iş yükünün katlanmasına ve Anayasa m. 40 kapsamında etkili başvuru hakkının ihlalinin devam etmesine, telafisi güç mağduriyetlerin yaşanmasına sebebiyet verecektir.

KAYNAKÇA

ALTIPARMAK, Kerem: “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?” 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? Yayına Hazırlayan: Kerem Altıparmak, **Ankara Barosu Yayınları**, Ankara, 2009, s. 60-107.

ALTUĞ, Yılmaz: **Yabancıların Hukuki Durumu**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Menteş Matbaası, İstanbul, 1971.

ANAYURT, Ömer: **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

AYBAY, Rona: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler Ve 14. Protokol”, **TBB Dergisi**, Sa. 88, 2010, s. 225-260.

AYBAY, Rona: “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme”, **T.C**

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No. 4, 2003(2), İstanbul, s. 141-172.

AYBAY, Rona: **Yabancılar Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.

AYDIN, Öykü Didem: “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, 2011, s. 121-170.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, **TBB Dergisi**, 2013(108), s. 211-258.

BERKİ, Osman Fazıl: **Devletler Hususi Hukuku Cilt: 1 “Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku**, 6. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1966.

BERKİ, Osman Fazıl: **Devletler Hususi Hukuku**, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956.

BİRSEN, Kemaleddin: **Devletler Hususi Hukuku Cilt: 1, Tabiiyet-Yabancıların Hukuku**, İstanbul Bozkurt Matbaası, İstanbul, 1936.

BİRTANE, Şermin: **Etkili Bir Başvuru Yolu Olarak Bireysel Başvuru**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2019.

ÇELİKEL, Aysel/ ÖZTEKİN GELGEL Günseli: **Yabancılar Hukuku**, Yenilenmiş 24. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

ÇİÇEKLİ, Bülent: **Yabancı ve Mülteci Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

DARDAĞAN KİBAR, Esra: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, C. 11, No. 2, 2011, s. 53-74.

DOĞAN, Vahit: **Yabancılar Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

DURAN, Lütfi: “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 2, 1980, s. 3-32.

DURDUN, Halil İbrahim: **Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda**

Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

EKŞİ Nuray: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia – Türkiye Davası**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

EKŞİ, Nuray: **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

EKŞİ, Nuray: **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

EROL, Gonca: “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Tedbir” **TBB Dergisi**, 2017(130), s. 55-88.

FACTSHEET, **Pilot judgments**, Press Unit, January 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf (24.07.2019).

GEMALMAZ, H. Burak: “Aihm Yargısında Yeni Dönem: Protokol No. 14’le Getirilen Yeni Kabul edilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış” **MHB**, C. 31, s. 209-241.

GERARDS, Janneke: “**The pilot judgment procedure before the European Court of Human Rights as an instrument for dialogue**”, M. Claes & P. Popelier (eds.), *Constitutional Conversations Antwerp*: Intersentia, 2012, s. 371-395, https://www.researchgate.net/publication/228184640_The_Pilot_Judgment_Procedure_Before_the_European_Court_of_Human_Rights_as_an_Instrument_for_Dialogue (E.T. 11.03.2020).

ĞIAKOUMOPOULOS, Christos: “The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights and the role of Constitutional Courts”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 33, 2016, s. 35-42.

GÖĞER, Erdoğan: **Yabancılar Hukuku**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.

GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece: “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 33, Ankara, 2016, s. 93-118.

HAİDER, Dominik: **The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights**, *Martinus Nijhoff Publishers*, Leiden-

Boston, 2013.

İBA, Şeref/KILIÇ, Abbas: **Anayasa Yargısı Dersleri**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

KABAALIOĞLU, Haluk/EKŞİ Nuray/: “Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmeleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 24, Sa. 1-2, 2004, s. 503-522.

KANADOĞLU, Korkut: **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

KARAKAŞ, Işıl: “Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 33, 2016, s. 13-17.

KARAMAN, Ebru: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, **İUHFM**, C. LXXII, Sa. 1, 2014, s. 411-434.

KARAN, Ulaş: “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını**, İstanbul, 2017.

KARAN, Ulaş: **Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

KÖKÜSARI, İsmail: “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı Ve Etkisi”, **EBYÜHFD**, C. XXII, Sa. 1-2, 2018, s. 1-56.

KUŞCU, Döndü: **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth: “The Execution Of Judgments Of The European Court Of Human Rights”, **Council of Europe Publishing**, Human rights files, No. 19.

LEACH, Philip/HARDMAN, Helen/STEPHENSON, Svetlana/K.BLITZ, Brad: **Responding To Systemic Human Rights Violations: An Analysis of “Pilot Judgments” of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level**, Intersentia, 2010.

SEVİÇ, Muammer Raşit: **Devletler Hususi Hukuku (Giriş, Vatandaşlık ve**

- Yabancılar Hukuku**), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- SEVİĞ, Muhammed Reşit/SEVİĞ, Vedat Reşit: **Devletler Hususi Hukuku**, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1962.
- SEVİĞ, Vedat Reşit: **Türkiye'nin Yabancılar Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.
- ŞİRİN, Tolga: **Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Alman Hukuku ile Mukayeseli Bir İnceleme**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- TURAN, Hüseyin/ GÜLHAN KOÇ, Muharrem: "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruda Sağlık Nedeniyle Tedbir Uygulaması", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sa. 22, Y. 6, 2015.
- WILDHABER, Luzius: "Pilot Judgments In Cases of Structural Systemic Problems on the National Level", **The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions**, Rüdiger Wolfrum & Ulrike Deutsch (ed.), Berlin, Springer Verlag, 2009.
- YÖRÜK, Abdülhak Kemal: **Devletler Hususi Hukuku Kitap: 2, Ecnebilerin Hukuki Vaziyeti**, Tan Matbaası, İstanbul, 1937.

SOSYAL MEDYADA KULLANILAN CAPS'LERİN TELİF HUKUKU BOYUTU VE YASAL DÜZENLEMELERİN YETERLİLİĞİ

Pelin KARAASLAN*

ÖZ

Resim, fotoğraf, film kesiti veya karikatür çizimlerinin esprili bir yazıyla tamamlanmış hali olarak tanımlayabileceğimiz caps'ler hem iletişimin hem de mizahın yeni bir türü olarak dijital kültürdeki yerini çoktan almıştır ve kullanımı özellikle de sosyal medyada yaygınlaşmaktadır. Pek çok yeni olgu gibi caps'ler de bir takım hukuki sorunları beraberinde getirmektedir. Bu makalede, tek başına değerlendirildiğinde Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında korunan ve başkalarının izinsiz kullanılması yasaklanan görsellerin, caps görünümünü aldığı telif hukukundaki yerinin ne olacağı tartışılacaktır. Bazı sanat tarihçilerinin sanatın yeni bir formu olarak değerlendirdikleri caps'lerin FSEK kapsamında başlı başına bir "eser" olarak görülüp görülemeyeceği ve caps'e konu olan görsellerin izin almaksızın kullanımının hangi hallerde mümkün olabileceği, çalışmada cevap aranacak sorulardır. Bu bağlamda özellikle, caps'lerin "parodi" ya da "alıntı" niteliğine sahip olup olmadığı tartışılacak ve yeri geldikçe de FSEK'in, başta internet ortamında olmak üzere dünya genelinde hızla değişmekte olan kültür anlayışına cevap vermekte ne kadar yeterli olduğuna değinilecektir.

***Anahtar Kelimeler:** Telif hakları, sosyal medya, caps, dijital mizah, remix kültürü*

THE COPYRIGHT ASPECT OF SOCIAL MEDIA MEMES AND ADEQUACY OF THE LEGAL PROVISIONS

ABSTRACT

Internet memes which we may define as pictures, photographs, film sections or caricature drawings as complemented by a witty inscription have already taken their place in the digital culture as a new form of both communication and humor and they are being increasingly used especially in the social media. As many other new notions, memes bring about some legal problems. In this study, we will discuss the

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
e-posta: pkaraaslan@anadolu.edu.tr,
ORCID: 0000-0001-5695-192X.
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775447

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 26/11/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 16/07/2020

copyright framework for memes containing visual elements protected by the Law on Intellectual and Artistic Works ("FSEK") and prohibited from being used by others without permission of right holder. We will try to find answers to the questions of whether memes, which some art historians consider as a new form of art, may be qualified as "work" under the scope of FSEK and under which circumstances it is possible to use a copyright protected image as a meme without the permission of right holder. In this context, we will especially discuss whether the memes may be regarded as a "parody" or "citation" and the extent to which FSEK is adequate to respond to the understanding of culture that is changing rapidly worldwide, especially in internet environment.

Key Words: *Copyrights, social media, memes, digital humor, remix culture*

GİRİŞ

Caps'ler, herhangi bir görselin, kimi zaman duygu ve düşünceleri karşı tarafa aktarmak, kimi zaman da yalnızca insanları gülümsetmek üzere belirli bir yazı ile tamamlanması prensibine dayanan ve daha çok internet ortamında görmeye alışkın olduğumuz motiflerdir¹. Bazı Türkçe kaynaklarda² "caps" kavramının "*capture*" sözcüğünden türediği belirtilmekteyse de ilgili kaynaklarda buna dair bir belgelendirme yer almamaktadır. Kanımızca caps ifadesinin "resim, film vb. altındaki yazı" şeklinde tercüme edilebilecek, İngilizce "*caption*" sözcüğünden kaynaklanması ihtimali daha olasıdır. Avrupa ülkeleri ise caps kavramını ifade etmek üzere "*internet meme*" ya da sadece "*meme*" sözcüklerini kullanmaktadır³.

İnternetin her an kolayca ulaşılabilen bir araç haline gelmesi ve böylelikle sosyal medya kullanımının yaygınlaşması, caps'leri oldukça popüler hale getirmiştir. Öyle ki, sosyal medya kullanıcılarının daha iyi ve daha mizahi caps üretebilme ya da bir caps'i ilk kullanan kişi olma hevesi, ülkemizde ve diğer ülkelerde tek işlevi caps üretmek olan belirli internet platformlarının (*meme generator*) kurulmasına neden olmuştur⁴.

¹ KAHYA, s. 1022.

² AKTAŞ, s. 6; DEMİRCİ, s. 36; KIRIK/SALTIK, s. 105.

³ Bkz. BONETTO, s.989; HOLZHAUER, (<http://nulawreview.org/extralegalrecent/copyright-and-social-media-what-does-it-meme>, erişim: 26.11.2019); MAIER, s. 397 vd.; "*meme*" sözcüğünün kökenine dair açıklamalar için ayrıca bkz.: SALTIK, s. 52; AKTAŞ, s. 6.

⁴ Bir örneği için bkz. (<https://imgflip.com/memegenerator>, erişim: 26.11.2019); Türkiye'deki

Caps'lere konu olan görseller resim, fotoğraf, film kesiti veya karikatür çizimleri gibi çok çeşitli kaynaktan beslenebilir. Söz konusu “kaynak görsel” meşhur bir resim, ünlü bir kimsenin fotoğrafı, tanıdık bir filmden kesit olabileceği gibi, daha önce herkesçe pek bilinmeyen bir görsel ile de örtüşebilir⁵. Kullanılan görselin niteliğinin caps’i üreten kişi tarafından bilinmediği durumlara da rastlamak mümkündür. Nitekim “*socially awkward penguin*” adıyla dünya çapında meşhur olan caps buna örnektir. Gündelik hayatta yaşanan utanç verici durumları ifade ederken kullanılan bu caps’te görsel olarak yer alan, şaşkın bir bakışa ve komik bir duruşa sahip penguen, Antartika’da fotoğrafı çekilmiş bir adalie penguenidir. Caps’i yapan kişi, fotoğrafın esasında George F. Mobley adında bir National Geographic fotoğrafçısına ait olduğunu, adı geçen şahıs kendisinden €785 tutarında telif ücreti talep ettiğinde öğrenmiştir⁶.

Sosyal medyada kullanılan caps’lerin telif hukuku boyutu çeşitli ülkelerde bir süredir tartışılmaktadır⁷. Çalışmamızın da konusunu oluşturan bu tartışma, esasında yalnızca caps’lerin kullanımına indirgenen değil, genel olarak dünyada yükselen *remix*-kültürüne ilişkin sorular barındırmaktadır. “*Remix-kültürü*” ile kastedilen, dijital teknolojilerin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan ve var olan eserlere yeni bir boyut kazandırmaya yönelik faaliyetlerdir⁸. “*Sampling*” ve “*mash-up*”¹⁰ çalışmaları gibi pek çok olgu artık bu kültürün

örneklerden biri için bkz. (<https://www.bobiler.org/>, erişim: 26.11.2019); ayrıca bkz. KIRIK/SALTIK, s. 109.

⁵ Çeşitli örnekleri için bkz. DEMİRCİ, s. 37 vd.; ayrıca bkz. (<https://images.app.goo.gl/gjQpXriRtG6WhHJ4A>, erişim: 26.11.2019)

⁶ İlgili görseller ve haber için bkz. (<https://www.techdirt.com/articles/20150908/00155432189/getty-images-goes-copyright-trolling-after-meme-penguins.html>, erişim: 26.11.2019)

⁷ Bu konudaki çalışmalar için bkz. MAIER, s. 397 vd.; PATEL, s. 235 vd.; LANTAGNE, s. 387 vd.

⁸ PÖTZLBERGER, s. 675; KAYNAK/KOÇ, s. 394; ayrıca bkz. (https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2015/03/article_0006.html, erişim: 26.11.2019).

⁹ Müzikte *sampling* yani “örnekleme”, genellikle bir başkasına ait olan müzik/ses kaydının içerisinden ritim, melodi, söz veya diğer sesleri içeren bir kesitin alınıp bir başka ses kaydının içerisine entegre edilerek yeniden kullanılmasıdır, CZYCHOWSKI, § 9 Rn. 79.

¹⁰ *Mash up*, genellikle farklı kişilere ait olan şarkı, video vb. içerikteki eserlerin özgün bir nitelikte bir araya getirilmesi, yeni bir tasarım ile sunulması şeklinde tanımlanabilir. Danger Mouse’a ait 2004 yılında piyasaya sürülen ve şarkıcı JayZ ile The Beatles grubunun şarkılarının özgün bir biçimde bir araya getirilmesi ile oluşturulan The Grey Albümü, *mash up* türünün en bilinen örneklerindedir, PÖTZLBERGER, dipnot: 102.

bir parçasıdır¹¹. Dolayısıyla caps kullanımı da oluşan bu yeni kültür akımına dair resmin yalnızca küçük bir bölümüdür. Ne var ki bu konuyla ilgili henüz tam olarak yol gösterici bir mahkeme kararı bulunmamakta, kapsamlı bir çalışmaya da rastlanmamaktadır.

Bu makalede caps’ler ile ilgili iki temel soruya cevap aranacaktır. Bunlardan ilki, başkalarına ait telif hakkı içeren görselleri izin almaksızın caps’e dönüştüren ve paylaşan kimsenin bu eyleminin eser sahibinin haklarına getirilen sınırlamalar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. İkincisi ise caps’lerin başlı başına bir “eser” olarak nitelendirilmesinin ve bunlar üzerinde telif hakkı elde edilmesinin mümkün olup olmayacağıdır.

Ülkemizde telif hakları, 05.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) ile korunmaktadır. Anılan sorulara da esasen bu Kanun kapsamında cevap aranacaktır. Bu nedenle çalışmanın ilk bölümünde, FSEK’in sağladığı korumanın konusu, kapsamı ve sınırları hakkında kısaca bilgi verilecektir. Soruların tartışıldığı ikinci ve üçüncü bölümlerde yeri geldikçe, FSEK’in, başta internet ortamında olmak üzere dünya genelinde hızla değişmekte olan kültür anlayışına cevap vermekte ne kadar yeterli olduğuna da değinilecektir. Sosyal medya aktörlerinin yani içerik, yer ve erişim sağlayıcılarının olası bir telif hakkı ihlalinden sorumlu tutulup tutulmayacağı hususu¹² ve internet ortamında fikri hakların korunmasına uygulanacak hukuk¹³ gibi konular ise çalışmada incelenmeyecektir.

I. FSEK’İN SAĞLADIĞI KORUMANIN KONUSU, KAPSAMI VE SINIRLARI

Caps’lere konu olan görseller, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında “eser” niteliğinde olabileceği gibi Kanun’da düzenlenen eser dışındaki koruma konularından birine ilişkin de olabilir. Her iki duruma yönelik korumanın kapsamı ve sınırları aşağıda ayrı ayrı ele alınmıştır.

A. “ESER” KORUMASI

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun sağladığı korumanın temel konusunu eser niteliğindeki fikri ürünler oluşturur. Eser, FSEK m. 1/B hükmünde,

¹¹ PÖTZLBERGER, s. 675.

¹² Bu konuya dair bir inceleme için bkz. ATEŞ, (2013), s. 72 vd.; ayrıca bkz. GEZDER, s. 1 vd.; BAŞPINAR/KOCABEY, s. 229 vd.

¹³ KAPLAN, s. 1 vd.

“sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat ürünü” olarak tanımlanmıştır. Hususiyet, bir fikri ürünün korunması için gereken sübjektif unsur olup fikrin, sahibine özgü bir düşünsel çaba ile belli kalıplar içinde somutlaştırılması anlamına gelir¹⁴. Bu kalıplar, Kanun’da “ilim ve edebiyat eseri”, “musiki eser”, “güzel sanat eseri” veya “sinema eseri” şeklinde sınırlı olarak sayılan dört eser kategorisidir¹⁵. Kategorilerinin her biri Kanun’da örneklendirilmiştir (FSEK m. 2-5). Dolayısıyla kategoriler sınırlı olmakla birlikte kendi içerisinde esnektir. Değişen sanat ve teknoloji anlayışı gibi gelişmelere bağlı olarak her bir kategorinin içinde yeni eser türleri ortaya çıkabilir. Ancak, bazı eser türleri için kanunda ek bazı koşullar aranmakta ve bir fikri ürünün bu eser türüne dâhil olabilmesi için bu koşulları da sağlaması gerekmektedir. Örneğin güzel sanat eserlerinde bedî yani estetik nitelik (FSEK m. 4), bilimsel eserlerde ilmi veya teknik özellik (FSEK m. 2/b), sinema eserlerinde ise çekim tekniğine uygunluk¹⁶ kriterleri aranan ek koşullardandır.

Eser sahibi, eseri meydana getiren kişidir (FSEK m. 1/B-b). Eser sahibinin hakları Kanun’da manevi ve mali haklar olarak iki başlıkta düzenlenmiştir. Bu hakları kullanma yetkisi kural olarak doğrudan ve yalnızca eser sahibine aittir. Eser sahibinin manevi haklarının başında, esere aleniyet kazandırma hususunda karar verme ve eserin kamuya sunulma zamanı ile sunuluş tarzını belirleme yetkisini veren “umuma arz hakkı” gelir (FSEK m. 14). Bunun yanında eser sahibinin, kendi adı veya takma adı ile yahut adsız olarak eseri umuma sunma veya yayımlama yetkisi de bulunmaktadır (FSEK m. 15). Eserde veya eser sahibinin adında kısaltma, ekleme gibi çeşitli değiştirmeler yapılmasını engellemek de eser sahibinin manevi hakları arasında sayılmıştır (FSEK m. 16).

Mali haklar ise bir eseri işleme, çoğaltma, o eserden temsil suretiyle faydalanma ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla eseri umuma iletme ve yayma hakkının yalnızca eser sahibine ait olmasını ifade eder (FSEK m. 21-25). Bununla birlikte eser sahibi, sahip olduğu mali haklar üzerinde sözleşme yapabilir ya da tasarrufta bulunabilir. Sözleşme

¹⁴ Hususiyet kavramına ilişkin farklı görüşlere genel bir bakış için bkz. BOZGEYİK, s. 171 vd.; ayrıca bkz. BELLİCAN, (2008), s. 67 vd.

¹⁵ KILIÇOĞLU, (2019), s. 119; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 64.

¹⁶ GÜNEŞ, s. 58.

ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır (FSEK m. 52).

FSEK, bir eseri işleme hakkının yalnızca eser sahibine ait mali nitelikte bir hak olduğunu ifade etmekle birlikte “işlenme eser” kavramına da ayrıca yer vermiştir. FSEK m.1/B-c hükmüne göre işlenme eser, diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle bağımsız olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsullerini ifade etmektedir. Bağımsız olmama unsuru, işlenme eser meydana getirilirken amaçlananın yeni bir orijinal eser meydana getirmek değil, istifade edilen eserin farklı bir şekilde ifade edilmesi olduğunu göstermektedir¹⁷. Bu nedenle işlenme eser, asıl eserin taşıdığı hususiyeti yansıtmaya devam etmelidir¹⁸. Ayrıca işlenme eserden söz edebilmek için eserin işlenmiş halinin de FSEK’te yazılı eser kategorilerinden birine dâhil olması gerekir¹⁹. İşlemenin asıl eser sahibi dışında biri tarafından yapılması halinde ise bunun başlı başına FSEK’in sağladığı telif korumasından yararlanabilmesi için asıl eser sahibinin izni aranır²⁰. Zira FSEK m. 6’nın son fıkrası, “*istifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan işlenmeler bu kanuna göre eser sayılır*” demektedir. Başka bir eserin taşıdığı hususiyetten yararlanılarak ortaya çıkartılan işlenme bir eserin, FSEK’in sağladığı manevi ve mali haklardan yararlanması, istifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirecektir. Bu nedenle işleyen, asıl eserin sahibinden işleme hakkını FSEK m. 52’ye uygun bir sözleşmeyle devralmalıdır. Ancak eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen ve eserin mahiyet ve hususiyetini bozan her türlü değiştirmeleri menedebilir (FSEK m. 16/ III).

Her ne kadar eser sahipliği, kişiye tekel niteliğinde mutlak haklar bahşetmekteyse de söz konusu haklara kamu düzeni, kamu yararı ve özel menfaat düşünceleri ile çeşitli sınırlandırmalar getirilmiştir²¹. Kamu düzeni

¹⁷ ARSLANLI, s. 30; AYİTER, s. 66; EREL, s. 43.

¹⁸ ARSLANLI, s. 30; PİROĞLU, s. 30; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 737.

¹⁹ Öğretideki baskın görüş, işlenme eser ile istifade edilen eserin esasen aynı kategoride yer alması gerektiğini ileri sürmektedir (bkz. örn. ARSLANLI, s. 34; AYİTER, s. 67; ÖZTAN, s. 172). Kanaatimizce bu sınırlayıcı yaklaşımı, telif mevzuatını çağın gereklerine ayak uyduracak dinamikliğe getirmeye yönelik çalışmalar yapıldığı günümüzde terk etmek gerekir.

²⁰ BOZBEL, s. 104.

²¹ Bu konuyu bütünüyle ele alan bir çalışma için bkz. UYGUR, s. 1 vd.

düşüncesiyle getirilen sınırlamalar FSEK m. 30'da düzenlenmiş olup eserin genel emniyet veya adli amaçlara hizmet maksadıyla yayımını ve çoğaltılmasını mümkün kılmaktadır.

Özel menfaat düşüncesiyle yani kişiye özgü kullanımları mümkün kılmak amacıyla getirilen istisnai hükümler ise örneğin kişilere eseri kâr amacı gütmeksizin, şahsi kullanım amacıyla çoğaltılabilme yetkisi sağlamakta (FSEK m. 38) ya da umumî yollar, caddeler ve meydanlara temelli kalmak üzere koyulan güzel sanat eserlerinin, resim, fotoğraf ve benzeri yöntemler ile çoğaltılma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlanmasına izin vermektedir (FSEK m. 40).

Kamu yararı amacıyla getirilen istisnalar da çok çeşitlidir. Mevzuat ve içtihatlarla veya nutuklara yönelik istisnalar (FSEK m. 31-32); yayımlanmış bir eserin tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsiline imkân tanıyan istisna (FSEK m. 33); eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler oluşturulmasına yönelik istisna (FSEK m. 34) ile gazete içeriği ve haber istisnası (FSEK m. 36-37) buna örnektir. İktibas serbestisi de yine kamu yararı amacıyla getirilen istisnalar kapsamında düzenlenmiş olup eserlerden kaynak göstererek yararlanabilmeyi mümkün kılmaktadır (FSEK m. 35).

Eser sahipliğinden doğan haklar, kamu yararı, kamu düzeni ve özel menfaat düşünceleri yanında, hükümete eserden faydalanma konusunda çeşitli yetkiler getirmek suretiyle de belirli şekilde sınırlandırılmıştır (FSEK m. 42-47). Ayrıca eser üzerindeki haklar süre yönünden de kısıtlanmıştır. Eser üzerindeki koruma, eser sahibi hayatta olduğu sürece ve onun ölümünden sonra 70 yıl devam etmektedir (FSEK m. 27).

FSEK m. 23'te "*Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez*" şeklinde yer alan "tükenme ilkesi"²² ise yayma hakkına istisna getirmemekte; yalnızca bu hakkın kapsamını ortaya koymaktadır.

B. ESER DIŞINDAKİ KORUMA KONULARI

Her ne kadar FSEK fikri yaratıcılığın ürünü olan eser ve dolayısıyla eser sahibini korumaktaysa da "fikri çaba" özelliği göstermeyen, bu nedenle de

²² Bu konuda bir çalışma için bkz. YILDIZ B., s. 579 vd.

eser sayılmayan; ancak aynı eserlerde olduğu gibi sahibine dair hususiyet içeren “ad ve alametler; mektup, hatıra ve benzeri yazılar; resim ve portreler ile ses” gibi manevi değerler de Kanun’da düzenlenerek koruma altına alınmıştır. Bu çalışmanın konusu bakımından özel önem arz eden resim ve portreler ile ilgili olarak FSEK m. 86’te “*eser niteliğinde olmasalar bile resim ve portrelerde tasvir edilenin; tasvir edilenler ölmüşse ve ölümün üzerinden on yıl geçmemişse FSEK m.19 hükmünde belirtilen kişilerin muvafakati olmadan söz konusu resim veya portre teşhir veya farklı şekillerde umuma arz edilemez*” ifadesi kullanılmış ve böylece, resim ve portreler üzerinde, eser sahibinin haklarının yanında tasvir edilenin de hakkı olduğu ortaya konmuştur²³. Buna riayet edilmemesi halinde hukuki ve cezai sorumluluğun doğacağı, ilgili kanunlara yapılan atıflar ile bildirilmiştir²⁴. Ancak FSEK m. 86/II hükmü ile bu duruma bir istisna getirilmiştir. Buna göre; resim veya portrede tasvir edilen kişinin toplumun siyasi ve sosyal hayatında rol oynayan biri olması ya da resmin tasvir edilenin katıldığı resmî törenlerde, geçitlerde veya genel toplantılarda çekilmesi durumunda veya günlük olaylara ilişkin resimlerle, radyo ve film haberlerinin varlığı halinde söz konusu resim ya da portreler, tasvir edilenin rızası aranmaksızın kullanılabilir. Öte yandan Kanun, yayımın caiz olduğu hallerde dahi olası bir kişilik hakkı ihlalinin TMK m. 24 hükmünün uygulanmasına engel olmayacağını belirtmektedir. TMK m. 24, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceğini ve kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğunu düzenlemektedir.

TMK m. 24’te düzenlenen “kişilik hakkına haksız saldırı” hükmüne yapılan atıf, eser sayılmayan ama buna rağmen FSEK’te düzenlenen resim, portre, ad-alamet, ses gibi unsurlara sağlanan hakkın kapsamının, varsa somut olaydaki hukuka uygunluk nedenleri çerçevesinde belirleneceğini göstermektedir. Kişilik hakkı ile çatışan basın özgürlüğü, sanat özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin somut olaydaki ağırlığı, FSEK’in sağladığı korumayı sınırlandırabilecektir²⁵.

²³ ÖZTAN, s. 767; bu bağlamda, fotoğrafı çekilen ya da resmedilen kişinin görüntü üzerindeki hakkını, bu görüntüyü tespit eden kişinin fikri çaba üzerindeki hakkı ile birbiriyle karıştırmamak gerekir, KILIÇOĞLU, (2013), s. 1589 vd.

²⁴ FSEK m. 86’da “Borçlar Kanunu’nun 49 uncu maddesi” şeklinde yapılan atıf, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 58 şeklinde anlaşılmalıdır.

²⁵ Kişilik hakkına dâhil değerlere müdahalede hukuka uygunluk nedenleri için bkz. BÖRÜ, (2017), s. 261 vd.

II. CAPS'İN ESER SAHİBİ HAKLARINA ETKİSİ

Caps'lerin, eser sahipliğinden doğan (veya eser dışındaki koruma konularına ilişkin) haklara etkisi bağlamında tartışılacak soru, başkalarına ait telif hakkı içeren görselleri izin almaksızın caps'e dönüştüren ve paylaşan kimsenin bu eyleminin, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlamalar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan ve başkalarınca izinsiz kullanılması yasaklanan tüm görseller gibi caps'e konu olan resim, fotoğraf, porte, film kesiti gibi materyaller de şayet koşulları varsa FSEK m. 30-47 arasındaki hükümlerde düzenlenen telif hakkı sınırlamalarına tabi olup söz konusu sınırlamaların hepsini özel olarak ele almaya ihtiyaç yoktur. Eser sahibine tanınan hakların sınırları içerisinde düzenlenen “*alıntı serbestisi*” ile FSEK'te açıkça zikredilmeyen “*parodi istisnası*” ise caps'ler bakımından özel olarak incelenebilecek niteliktedir. Ancak bunu incelemeye geçmeden önce, eserler için sağlanan ve yukarıda kısaca açıklanan telif korumasından internette serbestçe ulaşılabilen görsellerin ne ölçüde yararlandığını tespit etmekte fayda vardır. Zira başkalarına ait olan ve caps üretmek için kullanılan görsellerin çoğu, bir kez sahibi tarafından internet ortamında diğer kullanıcılar ile paylaşılmış olan ve sonrasında diğer internet kullanıcıları tarafından kolaylıkla erişilebilen niteliktedir. Kaynak görselin telif korumasından yararlanmadığı bir durumda kullanım istisnalarından bahis açmaya gerek yoktur.

A. İNTERNETTE SERBESTÇE ULAŞILABİLEN GÖRSELLER BAKIMINDAN TELİF HAKKININ KAPSAMI

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre eser niteliği taşıyan fotoğraf, video gibi görseller, sahibine yukarıda açıkladığımız hakları sağlamaktadır. Bir görsel eserin, sahibi tarafından veya onunun izniyle sosyal medya mecralarında paylaşılmasının, mali haklardan hangisinin kapsamında kaldığını belirlemek önem taşır. Zira eser sahibinin mali haklarından olan ve “bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını herhangi bir yolla piyasaya sürme²⁶” şeklinde tanımlanan “yayma hakkı”, tükenebilir bir haktır²⁷. “Paylaşmak” fiilinin telif hukuku anlamında “yaymak” niteliğinde olduğu kabul edilecek olursa, bir kez sahibinin rızası ile internet ortamında diğer kullanıcılar ile paylaşılmış bir görsel için yayma hakkının kullanılmış bulunduğu ve bunun

²⁶ SULUK/KARASU/NAL, s. 94.

²⁷ Bkz. Bölüm I.A.

diğer kullanıcılar tarafından yeniden paylaşılmasının da “yayma hakkının tükenmesi” kapsamında kaldığı düşüncesi akla gelebilir. Zira Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD), bilgisayar programları açısından tükenme ilkesini kabul eden “*UsedSoft*” Kararının²⁸ yorum yoluyla internetten hak sahibinin rızası ile indirilen diğer eserler için de uygulanabilirliği (dijital tükenme) bir süredir öğretilde sorgulanmaktadır²⁹.

Ancak, bir görsel eseri internet üzerinden paylaşmak, bunu FSEK m. 25 kapsamında “umuma iletmek” anlamına gelir³⁰. Yayma hakkı için Kanun'da düzenlenen tükenme ilkesi umuma iletim bakımından söz konusu değildir. ABAD'ın da bu duruma örnek bir kararı mevcuttur³¹. “*Cordoba Davası*” olarak anılan bu karara konu olan olayda, İspanya'nın Cordoba şehrinin fotoğrafçı Dirk Renckhoff tarafından çekilen bir fotoğrafı yine onun izniyle bir seyahat acentesinin internet sitesinde paylaşılmış ve fotoğraf için herhangi bir teknik erişim sınırlandırması uygulanmamıştır. Daha sonra bu fotoğraf, söz konusu siteden indirilip fotoğrafçının izni olmaksızın başka bir internet sayfasında yeniden yayınlanmıştır. Olayla ilgili olarak ABAD, fotoğrafın paylaşılmasını “umuma iletim” olarak nitelendirmiş ve söz konusu görselin eser sahibinin izniyle herhangi bir ikazda bulunulmadan açık erişime sunulması durumunda dahi bu kimsenin izni dışında yeniden paylaşılacağı kanısını ortaya koymuştur. ABAD'a göre yapılan paylaşımın, fotoğrafı ilk kez internete yükleme ile aynı teknik prosedür üzerinden yani internet aracılığı ile yapılıyor olması “iletim” fiilinin gerçekleşmiş kabul edilmesi bakımından önem taşımamaktadır; zira iletim bu kez toplumun yeni bir kesimine yönelik yapılmaktadır.

ABAD'ın bu kararı, herhangi bir gerçek kişinin görüntüsünü içermeyen bir fotoğrafı konu alması bakımından da önem taşımaktadır. Bir kişiyi tasvir etmeyen; yalnızca manzara, panorama, hayvan resmi gibi bir görsel içeren eserlerin de internet ortamına bir kez yüklenmiş olsalar dahi kamunun ortak malı sayılmayacağını ortaya koyan bu karar, Avrupa Birliği hukukunda telif haklarının internet ortamında korunmasını oldukça güçlendirmiştir ve Türk

²⁸ ABAD, 3.7.2012- C-128/11, CELEX 62011CJ0128; ayrıca bkz. SULUK/KARASU/NAL, s. 15.

²⁹ Bkz. AKSU, (2016), s. 1 vd.; SULUK/KARASU/NAL, s. 15 vd.

³⁰ KAYNAK/KOÇ, s. 394, yazarlar temel olarak bu görüşü savunmakla birlikte, paylaşmak fiilinin yaymak fiilini de akla getirebileceğini ileri sürmüştür; ayrıca bkz. BOZBEL, s. 143.

³¹ ABAD (2. Daire), 7.8.2018 – C-161/17, GRUR 2018, Heft 9, s. 911.

Hukukunda da benimsenmelidir³². Aksi halde fotoğraf eserleri üzerindeki haklar, internetin sağladığı ve sınırlarına ulaşmanın oldukça güç olduğu sanal ortamda oldukça savunmasız bırakılmış olacaktır.

İnternette serbestçe ulaşılabilen görsel eserlerin kullanımı ile ilgili ortaya atılan diğer bir görüş, söz konusu görseller ile jenerik (yaygın) ad haline gelen, bir diğer ifadeyle kullanıldığı ürününün adıyla özdeşleşen markaların hukuki akıbeti arasında bir kıyas mekanizmasının işletilebileceğini ileri sürmektedir³³. Bu görüşe katılmamaktayız. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 26/I-b hükmünde yer alan ve marka sahibinin fiillerinin veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olarak markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad hâline gelmesi halinde markanın iptal edilebileceği düzenlemesini içeren hükmün hiçbir şekilde telif hakkı ihlali iddialarında def'i olarak kıyasen uygulanabilir bir yönü yoktur. Her şeyden önce markanın, tescilli olduğu belirtilmeden yaygın ad izlenimi verecek şekilde yayımlanmasına sahibinin göz yumması ve gerekli tedbirleri almaması halinde bu markanın ayırt ediciliğini kaybettiğinden söz edilebilirse de bir eserin artık sahibinin hususiyetini taşımadığından söz etmek hiçbir zaman mümkün olmaz. Bu nedenle, bir eserin sahibi tarafından internet ortamında hâlihazırda yayınlanmış olması esere sağlanan korumanın kapsamını daraltmaz. Sahibinin izni olmadan eser niteliğindeki bir görseli caps olarak kullanıp paylaşabilmenin tek yolu, FSEK'te öngörülen ve eser sahibinin haklarına istisna getiren düzenlenmelerden birinin varlığını somut olayda tespit etmekten geçer.

³² Nitekim bu görüş, bir kişinin görüntüsünü içeren fotoğraflar bakımından halihazırda ceza hukuku açısından benimsenmiştir. Gerçekten de Yargıtay yakın tarihli bir kararında, Facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde kullanıcının “herkese açık” olarak erişime sunduğu fotoğraflarının, bilgisi dışı paylaşılmasını Türk Ceza Kanunu'nun 136/1. Maddesindeki “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçu kapsamında değerlendirmiş (Yargıtay 12.CD., E. 2017/150, K. 2017/6231, T. 13.09.2017 - kazancı) ve böylelikle daha önceki bir tarihe ilişkin, “herkese açık bir profilde paylaşılan fotoğraflara kolaylıkla ulaşılabilirdi, fotoğrafın kullanıldığı yerin ortak alan olduğu, buradan alınmasının hukuk aykırı olmadığı” görüşünden (Yargıtay 12.CD., E. 2015/4349, K. 2016/5349, T.30.03.2016 - kazancı) caymıştır. Sosyal medya üzerinden kullanıcıların yaptığı paylaşımların kendi iradeleri ile siteye yüklenmesi sonucu daha sonra bu kişisel verilerin başka hesaplarca kişilik hakkına saldırı niteliğinde ele geçirilmesi, saklanması ve transferi halinde, bu işlemleri hukuka uygun kılan kişisel veri sahibinin rızasının geçerli olup olmadığının tespitine yönelik bir çalışma için ayrıca bkz. ATASOY, s. 269 vd.

³³ Prof. Dr. Leonhard Dobush tarafından ileri sürülen görüşe yer verilen yazıya erişim için bkz. (<https://netzpolitik.org/2015/urheberrecht-auf-memes-getty-images-der-socially-awkward-penguin-und-eine-loesung-aus-dem-markenrecht/>, erişim: 26.11.2019); ayrıca bkz. (<https://www.zeit.de/digital/internet/2015-09/getty-images-urheberrecht-meme-socially-awkward-penguin/seite-2>, erişim: 26.11.2019).

B. ALINTI SERBESTİSİ

Caps, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, *remix* kültürünün bir parçasıdır. Bu kültürün bir diğer parçasını da “*sampling* (örnekleme)” oluşturmaktadır³⁴. Genellikle bir başkasına ait olan müzik/ses kaydının içerisinde ritim, melodi, söz veya diğer sesleri içeren birkaç saniyelik kesitin alınıp bir başka ses kaydının içerisinde biçimlendirilerek yeniden kullanılması şeklinde karşımıza çıkan örnekleme, ABAD’ın 29.7.2019 tarihli bir kararına konu olmuştur.³⁵ Bu kararda Divan, gerekli izin ve yetkiler temin edilmeksizin başkasına ait bir müzik eserinden alınan örneklemenin, “sanat özgürlüğü” kapsamında hukuken caiz kılınabilmesi için söz konusu örneklemenin yeni oluşturulan müzik parçasında tanınamayacak durumda olması (*nicht wiedererkennbar*) gerektiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte ABAD, yeni müzik parçasında tanınır, fark edilebilir nitelikte olan örnekleme (*Sampling mit Wiedererkennungseffekt*) için tüm hukuki çıkış yollarını kapatmamış; bu nitelikte olan çalışmaların “Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılması hakkında 22 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi madde 5/3d” ile düzenlenen “alıntı serbestisi” kapsamında hukuka uygun kılınabileceğini ileri sürmüştür. ABAD’a göre, kime ait olduğu belirtilmek suretiyle başkasına ait bir eserin ondan izin almaksızın kullanımına izin veren “alıntı serbestisi” ilkesinin temel uygulanabilirlik koşulu, atfı yapılan eser ya da çıktının, bir ifadeyi ortaya koymak, bir fikri savunmak gibi bir olguya ya da düşünsel bir tartışmaya hizmet etmesidir. Şayet başkasına ait müzik parçasından bir kesitin kullanımı, söz konusu kesit ile yeni oluşturan müzik parçası arasında bir etkileşim yaratmayı amaçlamaktaysa ve alıntı serbestisinin düzenlendiği hükümlerdeki diğer koşullar da sağlanıyorsa, *sampling*’in de alıntı olduğundan söz etmek mümkündür.

Peki ABAD’ın bu bakış açısı, “caps” olgusuna da aktarılabilecek midir? Bir başka deyişle, eser sahibinin izni almaksızın bir görselin caps oluşturmak amacıyla kullanımı, görselin kime ait olduğunun belirtilmesi halinde “alıntı” olarak nitelendirilebilir mi?

FSEK’te alıntı, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalardan biri olarak, “iktibas serbestisi” başlığı altında m. 35’te düzenlenmiştir. Buna göre

³⁴ Bu hususta bkz. dipnot 9.

³⁵ ABAD (Büyük Daire), 29.7.2019 – C-476/17 (Pelham GmbH ua/Ralf Hütter ua), GRUR 2019, Heft 9, s. 929.

bir eserden alıntı yapabilmek sadece “alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması; yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması; alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve içeriği aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması; ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi hallerinde” mümkündür.

Görüldüğü gibi ulusal mevzuatımızda alıntı serbestisi oldukça dar kapsamlı düzenlenmiştir. Zira alıntıyı barındırabilecek olan mecrâ FSEK’te düzenlenen ve korunan dört eser türü olarak belirlenmiş ve alıntının amacı da kanıtlama ve aydınlatma, diğer bir anlatımla “bir düşünceye alt yapı oluşturma” şeklinde sınırlandırılmıştır. Kanun’a göre alıntının yalnızca eserden esere yapılabiliyor olması³⁶, alıntı serbestisinin caps’ler için bir hukuka uygunluk nedeni sayılmasının önünü kesmekte³⁷ ve kanımızca FSEK’in internet ve sosyal medya kültürüne cevap vermekte yetersiz olduğunu göstermektedir. Zira günümüzde duygu ve düşüncelerini geniş kitlelerle ulaştırmak isteyen kişiler için en büyük araç, eser üretmekten ziyade, sosyal medya mecralarında kendilerine ayrılan yerlere birkaç cümle yazı yazmak ya da çeşitli görseller ilişktirmektedir. FSEK’teki dar düzenlemeye bakıldığında, bir yazara ait meşhur bir sözü ya da beğenilen bir fotoğrafı sahibini belirterek de olsa alıntılanmak ve bir başkasıyla paylaşmak mümkün değildir. Zira alıntıyı barındıran içerik çoğu kez bir “eser” niteliğine ulaşmamaktadır. Oysaki Avrupa Birliği uygulamalarında durum böyle değildir. Alıntıyı barındıran içeriğin telif koruması altında bulunan bir eser veya materyal olup olmamasının alıntı serbestisi açısından önem taşımadığına dair ABAD’ın 2011 yılında verdiği bir kararın akabinde³⁸ pek çok AB ülkesi alıntı serbestisini ulusal mevzuatlarında “*yayınlanmış bir çalışma, alıntı amacıyla ve kullanıma dair özel sebebinin haklı kıldığı koşul ve ölçüde çoğaltılabilir, dağıtılabilir, yayınlanabilir, kamuya açıklanabilir ve halka açık konferanslar, performanslar ve gösteriler için kullanılabilir*” şeklinde düzenlemiş, alıntının hangi zemin üzerinde yapılması gerektiği ile ilgili kısıtlayıcı bir usul benimsememiştir³⁹. Kanımızca benzer

³⁶ Kanunda yer alan bu düzenleme öğreti tarafından da desteklenmektedir, bkz. ÖZTAN, s. 451.

³⁷ Caps’lerin eser niteliği için bkz. Bölüm III.

³⁸ ABAD, 1. 12. 2011- C-145/10 Eva-Maria Painer/Standard Verlags GmbH u.a., Painer/Standard, GRUR 2012, Heft 2, s.166.

³⁹ Konuyla ilgili olarak bkz. METZGER, s. 118; LÜFT, § 51 Rn. 8.

bir düzenleme, değişen toplumun gereklerini karşılayan bir hüküm olarak FSEK'te yer bulmalıdır. Bu takdirde, caps'leri bir alıntı olarak nitelendirmek ve sahibini belirtmek kaydıyla görseli izin almaksızın kullanılabilir kılmak mümkün hale gelebilecektir. Öte yandan bu tür bir düzenlemenin varlığında dahi sosyal medyada gördüğümüz her türlü caps için alıntı serbestisinin şartlarının sağlandığından söz etmek güçtür. Zira “alıntı” bir ifadeyi ortaya koymak, bir fikri savunmak gibi bir olguya ya da düşünsel bir tartışmaya hizmet etmek üzere yapılır. Sosyal medyada kullanılan caps'lerin birçoğunda, görsel ile üzerine iliştilen yazı arasındaki etkileşim, hukuken korunan bir ifade amacına (örneğin sanatsal, toplumsal ya da siyasi bir mesaj, hiciv vs.) hizmet edecek boyuta çıkmamakta, yalnızca muhatabında bir tebessüm bırakmaktadır⁴⁰.

C. PARODİ İSTİSNASI

Ele alınması gereken diğer bir husus da caps'lerin bir parodi olup olmadığıdır. Hukuki açıdan parodi, var olan bir eserin karakteristik tarzının taklit edilmesi⁴¹ ya da gülünç bir şekilde eleştiri ya da alay konusu yapılması halinde söz konusu olup⁴² kimi AB üyesi ülkelerin hukukunda⁴³ “parodi istisnası” adı altında serbest kullanım iznine tabi tutulmuştur. Bu şekilde bir düzenleme FSEK'te yer almamaktadır. Ancak Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Taslağının 11. maddesinde, kamu yararı amacıyla getirilen sınırlamalar bölümüne eklenmek üzere “MADDE 34/C” hükmü getirilmiş ve bu hükümde “*Alenileşmiş bir eserin karikatür, parodi veya pastiş amacıyla kullanılması serbesttir.*” ifadesi kullanılmıştır⁴⁴. Kanımızca isabetli olan bu hüküm, parodi niteliğindeki caps'lerin kullanımının önünü açacaktır. Öte yandan FSEK'in mevcut halinin de parodi tanımına uyan caps'lerin kullanımına belirli ölçüde izin verdiğine yorum yoluyla ulaşılabileceği kanısındayız. Yukarıda da belirtildiği üzere FSEK m. 86, eser niteliğinde olmayan resim veya portreler üzerinde görüntüsü kullanılan kişinin kişilik hakkı olduğunu ifade etmiş ve bu hakka yönelik olası bir ihlalde TMK m. 24 hükmünün uygulanacağını belirtmiştir. Kişilik hakkının,

⁴⁰ Benzer şekilde MAIER, s. 397.

⁴¹ SULUK/KARASU/NAL, s. 76.

⁴² ÖZTAN, s. 199; TEKİNALP, s. 142.

⁴³ Çeşitli ülkelerin hukukunda parodi istisnasının düzenlenişine yönelik genel bir bakış için bkz. TOSUN, s. 312 vd.; YILDIZ O.A., s. 163 vd.

⁴⁴ Kanun tasarısı için bkz. (<https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi>, erişim: 26.11.2019); ayrıca bkz. KÜÇÜKALİ, s. 83.

hukuka aykırı saldırılar karşısında korunmasını amaçlayan bu hüküm, bir yandan tasvire konu olan kişi veya kişilerin haklarını güçlendirmekte, bir yandan da görsel üzerindeki hakkın, basın özgürlüğü, sanat özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi hukuka uygunluk nedeni yaratan temel hak ve özgürlüklerin somut olayda baskın gelmesi yoluyla sınırlanabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasa m. 26 ve AİHS m. 10 herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğunu hüküm altına almıştır. Parodi de bir ifade biçimidir⁴⁵ ve somut bir olayda ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı yalnızca resim ve portreler bakımından ve tasvir edilen kişinin “genel kişilik hakkı” yönünden değil, FSEK kapsamında eser niteliği taşıyan her türlü fikri ürün bakımından değerlendirilmelidir⁴⁶. Nitekim kişinin kendi görüntüsü üzerindeki kişilik hakkı hâlihazırda TMK m. 24 kapsamında korunabiliyorken, FSEK’te bu duruma ilişkin özel bir hükmün yer alma sebebi de kanun koyucunun resim ve portreleri eser ile yakından ilişkili yaratımlar olarak değerlendirmesidir⁴⁷. Bu anlamda kişilik hakkı ihlali için kabul edilen hukuka uygunluk nedenlerini eser sahipliğinden doğan haklar bakımından da gözetmek kanımızca yerinde olur⁴⁸.

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı yalnızca kişilik hakkının zedelenmesi durumunda değil genel olarak haksız fiil sorumluluğunda gözetilmesi gereken bir durum olduğu için parodi, eser sahibinin manevi hakları yanında mali haklarına, dolayısıyla işleme hakkının münhasırlığına da istisna teşkil edebilecektir. Zira eser sahibinin mali haklarına tecavüz, FSEK m. 70/II’de yapılan atıf gereği genel haksız fiil hükümlerine tabidir⁴⁹.

⁴⁵ Bkz. ABAD, 03.09.2014 - C-201/13, GRUR 2014, Heft 10, s. 972; Parodi ve caps’lerin bir ifade biçimi olması, 17.5.2019 tarih ve 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazarda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Direktifi’nde düzenlenen “Artikel 17 (Taslak metindeki şekliyle Artikel 13)” hükmünün çokça eleştirilme nedenlerinden biri olmuştur. “Upload-Filter” düzenlemesi olarak da bilinen bu hükümde, çevrimiçi içerik paylaşım hizmeti sağlayan platformlara (örn. Youtube) yüklenen içeriğin telif hakkı içeren herhangi bir materyal ile eşleşip eşleşmediğini denetleyecek bir filtre kurma zorunluluğu getirmiştir. Belirli bir algoritma ile çalışan bu filtrenin yüklenen içeriğin bir parodi ya da caps olup olmadığını ayırt edemeyecek olması nedeniyle ifade özgürlüğünün kısıtlandığı öne sürülmüş ve yükleme filtresi bir “sansür makinası” olarak anılmaya başlanmıştır. Söz konu düzenlemeye yönelik değerlendirmeler için bkz.: GERPOTT, s. 420 vd.

⁴⁶ Bu yönde ATEŞ, (2007), s. 303; SULUK/KARASU/NAL, s. 76; ayrıca bkz. TOSUN, s. 310.

⁴⁷ BÖRÜ, (2013), s. 398 vd.; KILIÇOĞLU, (2019), s. 148.

⁴⁸ Buna karşın TMK m. 23, 24, 25’te yer alan esasların, sadece eser sahibinin şeref ve haysiyetine yönelik ihlaller bakımından uygulama alanı bulduğuna dair görüş için bkz. AKSU, (2010), s. 147 vd.

⁴⁹ DURGUT, s. 1084 vd.

Parodi niteliği taşıyan bir caps'in ifade ya da duruma göre sanat özgürlüğünün bir yansıması olup olmadığı değerlendirilirken caps'e konu olan görselin niteliğini de gözetmek gerekir. Sıradan bir kişinin tasvirini içeren ve kamusal alan dışında çekilmiş olan ya da kamusal alanda çekilse dahi ilgili kişinin odak nokta haline getirildiği bir görselin parodi amaçlı kullanımında, caps'i yapan kişinin ifade veya sanat özgürlüğünün görselde yer alan kişinin kişilik hakkından üstün geldiğini ileri sürmek mümkün gözükmemektedir. Buna karşın topluma mâl olmuş kişilerin fotoğrafına ya da herhangi bir kişinin görüntüsünü içermeyen fotografik bir esere yönelik hiciv, eleştiri vs. amaçla yapılan parodinin ifade ya da sanat özgürlüğünden istifa etmesi olanağı mevcuttur⁵⁰.

Öte yandan, orijinal eserin tamamını veya bir kısmını alıp ona farklı bir amaç veya karakter kazandıran her türlü çalışma orijinal eser hakkında mesaj iletme çabası gütmemekte, dolayısıyla parodi niteliği taşımamaktadır. Çoğunlukla caps'ler, kullandıkları görselleri eleştirmeye değil, bu görseller aracılığı ile bambaşka durumlara ilişkin kişiselleştirilmiş ve eğlenceli dijital mesajlar sunmaya hizmet etmektedir. Bir Yargıtay kararında yer alan karşı oy yazısında parodi, "*eserden izinsiz yararlanma, ondan bir çıkar sağlama değil de insanları gülümsetme maksadını taşıyan kullanımlar*" olarak tanımlanıp telif hakkına istisna tutulmak istenmişse de⁵¹ kanımızca bu tanım parodi için oldukça geniştir ve bu tarz bir kullanımın serbest bırakılması ancak ABD'de "*fair use*" yani adil kullanım istisnası şeklinde var olan hükmün bir benzerinin hukukumuzda getirilmesiyle mümkün olabilir⁵². Adil kullanım, telif hakkına konu eserlerin, telif hakkı sahibinden izin istenmeden, kısıtlı olarak kullanılmasına imkân veren bir doktrin olarak tanımlanmakta ve kullanımı, parodide olduğu gibi orijinal eserin alaycı bir şekilde tenkit edilmesine noktasına indirgememektedir. Dolayısıyla adil kullanım, görselin kullanım nedeninin doğrudan görsel ile ilgili olmadığı, bilakis görselin yalnızca aracı niteliğinde olduğu; ticari amaç taşımayan, parodiyi de kapsayan kullanımları işaret eder⁵³.

⁵⁰ Kişilik hakkına müdahalede hukuka uygunluk nedenleri için bkz.: BELLİCAN, (2010), s. 547 vd.

⁵¹ Yargıtay, 11. H.D, E. 2014/13080, K. 2015/9632, T. 29.9.2015 (kazancı).

⁵² Fair use doktrini ve bu doktrininin caps'ler için uygulanabilmesi için caps'in niteliği ve kullanım amacının önem taşıdığına dair GÜNEŞ, s. 290; PATEL, s. 252 vd.; LANTAGNE, s. 414 vd.

⁵³ Bu konuda ayrıca bkz. TOSUN, s. 312.

Kanaatimizce, yükselişe geçmiş olan “*remix* kültürü” ve dijital teknolojilerin de buna eşlik etmesi, eserlerin dönüştürülmesine daha geniş ölçekte hukuki zemin sağlayan “adil kullanım” sisteminin mevzuatımıza açıklıkla yerleştirilmesini gerekli kılmaktadır. Bununla birlikte, sistemin sınırlarını da iyi belirlemek gerekir. Zira bu yeni kültür anlayışı, telif istisnalarına yönelik yeni gereksinimler doğurmakla birlikte, eser sahipliğinden doğan hakları ve kişilik hakkını saldırılara daha açık hale getirmektedir. Dolayısıyla adil kullanım, internette herkesçe ulaşılacak görsellerin ticari olmayan ve yalnızca gülümsetmeyi amaçlayan şekilde kullanılabileceği “her hali” hukuka uygun duruma getiren bir doktrin olma anlamını asla taşımamalıdır. Eser sahibinin şeref ve haysiyetinin zedelenmemesi, kullanılan görsel aracılığıyla toplumdaki herhangi bir kesimin küçük düşürülmemesi ya da aşağılanmaması, parodi dâhil tüm adil kullanım halleri kapsamında gözetilmelidir⁵⁴.

III. CAPS’İN ESER NİTELİĞİ

Sosyal medyadaki “caps” olgusu pek çok kişiyi, özellikle de gençleri daha iyi, daha düşündürücü, daha komik vs. nitelikteki caps’leri üretme yarışına itmiştir. Bu konudaki başarı ölçütü de genellikle caps’in ne kadar çok insan tarafından beğenildiği ve paylaşıldığıdır. Peki ya bir kişi tarafından üretilen caps, bir başka kişi tarafından ticari, mesleki ya da salt paylaşım dışında kalan başkaca bir amaç için kullanılmak istenirse caps’i üreten kişi bu caps üzerinde hak sahibi olduğunu iddia edebilecek midir? Telif hakkı açısından soruya olumlu cevap verebilmek için söz konusu caps’in FSEK’in sağladığı korumadan yararlanması, yani caps’in eser mahiyetinde olması gerekir.

Tek başına değerlendirildiğinde, FSEK kapsamında korunan ve başkalarının izinsiz kullanılması yasaklanan resim, fotoğraf, porte, film kesiti gibi görsellerin, caps görünümünü aldığı başlı başına telif korumasından yararlanıp yararlanamayacağı sorusu bağlamında akla, önceki bir eserden faydalanmak suretiyle oluşturulan ve bu esere nispetle bağımsız olmayan “işlenme eser” kavramı gelmektedir. Ancak işlenme dahi olsa “fikri eser” kavramından söz etmek, her şeyden önce caps ile ortaya koyulan düşünsel ürünün salt bir iletişim aracı olmaktan çıkıp sahibinin hususiyetini yansıtan bir olgu olduğunu ortaya koymaktan geçmektedir⁵⁵. Kanaatimizce caps’lerin büyük bölümü, hususiyet unsuru nedeniyle işlenme eser olma niteliğinden mahrum kalmaktadır. Zira caps’te kullanılan görsel başkasına ait olduğu

⁵⁴ TOSUN, s. 313.

⁵⁵ Bkz. yukarıda bölüm I.A.

için hususiyeti sağlayacak tek unsur görsele iliştirilen yazı ve bununla görsel arasındaki etkileşimdir. Yazının da çoğu kez birkaç satırı geçmediği göz önünde bulundurulduğunda, hususiyet taşıyan bir caps elde edebilmenin önemli ölçüde orijinallik ve yaratıcılık gerektirdiği görülecektir. Düşük kaliteli esprilerin, herkeşçe her gün kullanılabilen deyim vb. ifadelerin bu çıtayı atlaması güçtür.

Oluşturulan caps'in kurgusu belli bir hususiyet taşısa dahi, işlenme eser kavramından söz edebilmek için caps'in ayrıca Kanun'da yazan dört eser türünden birine dahil olması yani "ilim ve edebiyat eseri", "musiki eser", "güzel sanat eseri" veya "sinema eseri" olarak nitelendirilmesi gerekir. Kanun'da fotografik eserler, karikatürler ve tipler "güzel sanat eserleri" kategorisi içerisinde örneklendirilmiştir (FSEK m. 4). Kanımızca caps'ler de niteliği itibariyle bu örnekler ile (özellikle de karikatürle)⁵⁶ benzeşmektedir. Ancak caps'i güzel sanat eseri olarak nitelendirmek için bunun estetik de olması yani "göze hoş gözükmeye çabası"⁵⁷ göstermesi gerekmektedir. Göze hoş gözükmeye çabasının eserden anlaşılabilmesi, aynen hususiyette olduğu gibi caps'in salt bir iletişim kurgusu olmaktan öteye geçmesini ve bunun da görsel ile mesaj arasındaki etkileşimin orijinallliği ile sağlanmasını gerektirir. Gerçek anlamda bir kurgu, mizah, nükte ve benzer şekilde sanat ile harmanlanmış zihinsel beceri içermeyen caps'ler "işlenme eser" niteliğini taşımayacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde de belirttiğimiz gibi, işlenme eser sahipliğinden doğan hakların kullanılması, istifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar gelmemesi şartına bağlıdır. Dolayısıyla işlenme eser niteliği kazanma hususunda gerekli çıtayı atlayabilen caps'lerin dahi FSEK'in sağladığı umuma arz hakkından ya da mali haklardan yararlanabilmesi için istifade edilen eser sahibinin izninin alınması ya da izinsiz kullanımı mümkün kılan alıntı ya da parodi serbestisi gibi istisnaların mevcut olması gerekir. Nitekim "bir başkasının eserinden serbest kullanım hakkı kapsamında yararlanılarak ortaya çıkartılan işlenme eserin asıl eser sahibinin izni olmaksızın da kullanılabilmesi" düzenlemesini getiren Alman Federal Telif Hakları Kanunu (UrhG) m. 24 benzeri bir hüküm FSEK'te yer almamaktadır⁵⁸.

⁵⁶ Zira karikatürlerde de görsel bir figür ile metin kutuları, konuşma ve düşünce balonları gibi yazınsal efektler genellikle bir aradadır (krş. YILDIZ O.A., s. 92).

⁵⁷ Göze hoş gözükmeye çabasının "estetik olma" unsurunun varlığı için yeterli ve gerekli görme hususunda katıldığımız görüş için bkz. USLU, s. 140.

⁵⁸ Serbest yararlanma hakkının Türk Hukuku bakımından da kısmen gözetilebileceği yönünde bkz. ÖZTAN, s. 186 vd.

Kaldı ki ABAD'ın müzikte *sampling* hakkında verdiği, yukarıda izah edilen ve “*remix*” hakkının sınırlarını çizen kararından sonra Almanya’da hâkim olan görüş, bu kararda ortaya konan kriterlerden daha fazla serbest yararlanma hakkı sağlayan (UrhG) m. 24 hükmünün artık uygulanmasına imkân olmadığı yönündedir⁵⁹. Dolayısıyla işlenme eserden bağımsız bir eser gibi yararlanabilmenin tek yolu, istifade edilen eser sahibinden izin almaktan ya da telif hakkına getirilen istisnaların mevcudiyetini somut olayda ortaya koymaktan geçmektedir.

Gerekli izin alındığı ya da istisnalar mevcut olduğu takdirde caps, işlenme eser olarak başlı başına telif hakkından yararlanabilir. Nitekim bir başkasına ait “*Tardar Sauce*” isimli bir kedinin fotoğrafına dair hakları sahibinden devralıp, söz konusu kedinin resmini “*Grumpy Cat*”⁶⁰ adıyla dünya çapında bir caps fenomenine dönüştüren şirketin, caps’leri içecek ambalajları ve t-shirtler üzerinde ticari amaçla kullanan başka bir işletmeye karşı açtığı ve marka ve telif hakkı ihlaline dayandırılan davadan 710.000 Amerikan Doları tutarında tazminat hakkı elde etmesi, şu an dünyada caps’lerin izinsiz kullanılmasına yönelik en ünlü dava olarak bilinmektedir⁶¹.

SONUÇ

Sosyal medyada kullanılan ve başkalarına ait görseller içeren caps’lerin birbirlerinden oldukça farklılık göstermesi; kiminde ciddi bir yaratıcılık ve/veya hicvi ya da mizahi unsurlar göze çarparken kiminin basit bir iletişim aracı olması caps’lerin telif hukukundaki yerine dair son sözün genel geçer bir dille ifade edilmesine engel olmaktadır.

Başkalarına ait telif hakkı içeren görselleri izin almaksızın caps’e dönüştüren ve paylaşan kimsenin bu eyleminin, görsel ile üzerine iliştilen metin arasındaki etkileşimin meşru bir ifade amacına hizmet eder tarzda kurgulandığı caps’ler bakımından “alıntı” niteliği taşıyabileceği akla gelebilirse de “alıntı serbestisi” istisnasının uygulanması FSEK’in mevcut haliyle çok mümkün gözükmemektedir. Zira FSEK’e göre alıntı, eserden esere yapılabilmektedir. Caps’ler ise çoğu kez bağımsız eser niteliğini taşımamaktadır. FSEK’te telif hakkına getirilen “alıntı serbestisi” istisnasının,

⁵⁹ SCHONHOFEN, s. 433; ENGELS/LENNART, (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=53dd9906-9afd-471b-adf6-6577f94e5de1>, erişim: 26.11.2019).

⁶⁰ Görsel için bkz. (<https://knowyourmeme.com/memes/grumpy-cat>, erişim: 26.11.2019).

⁶¹ Haber için bkz. (<https://www.lotemplolaw.com/2018/02/blog-2/grumpy-cat-wins-copyright-infringement-lawsuit/>, erişim: 26.11.2019).

alıntıyı barındıran içeriğin telif koruması altında bulunan bir eser veya materyal olup olmaması önem taşımayacak şekilde yeniden düzenlenmesi hem AB Hukukuna uygunluk yaratacak hem de dünya genelinde yükselen ve caps'lerin de içinde yer aldığı *remix* kültürünü hukuka uygun ölçülerde canlı tutacaktır.

Dijital çağ ve *remix* kültürü ayrıca, FSEK kapsamında “adil kullanım istisnası” getirilmesini de gerekli kılmaktadır. Zira mevcut ulusal mevzuat, yorum yoluyla yalnızca “eserin karakteristik tarzının taklit edilmesi ya da gülünç bir şekilde eleştiri ya da alay konusu yapılması” anlamını taşıyan parodilere izin vermektedir. Bu anlamla sınırlı olmaksızın ve ticari bir çıkar taşımaksızın eserden izinsiz yararlanılmasını meşrulaştırma fonksiyonu olan adil kullanım doktrini, yeni kültürel gereksinimlere cevap vermekte ve bunun da “adil” şekilde yapılacağını, diğer bir ifadeyle asıl görsel sahibinin manevi haklarını aşırı derecede zedeleyecek ya da mali haklarını sömürecek tarzda yapılamayacağını garanti altına almaktadır.

Gerekli izinlerin alındığı veya istisnaların sağlandığı caps'lerin başlı başına “eser” niteliği taşıdığı kabulü ise caps ile ortaya koyulan düşünsel ürünün salt bir iletişim aracı olmaktan öte, sahibinin hususiyetini yansıtan bir olgu olduğunu ortaya koymaktan geçmektedir. Caps'te kullanılan görsel başkasına ait olduğu için hususiyeti sağlayacak tek unsur görsele iliştilen yazı ve bununla görsel arasındaki etkileşimdir. Yazının da çoğu kez birkaç satırı geçmediği göz önünde bulundurulduğunda, hususiyet taşıyan bir caps elde edebilmenin önemli ölçüde orijinallik ve yaratıcılık gerektirdiği görülecektir. Düşük kaliteli esprilerin, herkesçe her gün kullanılabilen deyim vb. ifadelerin bu çitayı atlaması güçtür.

KAYNAKÇA

- AKSU, Mustafa: “İnternet Üzerinden Yayılan Eserlerde Tükenme İlkesi? (Dijital Tükenme İlkesi?)”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C. 2, Sa. 1, 2016, s. 1-22. [AKSU, (2016)]
- AKSU, Mustafa: “Eser Taratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 121-158. [AKSU, (2010)]
- AKTAŞ, Özgür: “Bir İletişim Yöntemi Olarak Caps/Memes”, **İnönü Üniversitesi Sanat ve Tasarım Dergisi**, C. 6, Sa. 14, 2016, s. 1-14.
- ARSLANLI, Halil: **Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri**, Sulhi Garan Matbaası, 1954.
- ATASOY, Kemal: “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, Sa. 3, 2016, s. 269-301.
- ATEŞ, Mustafa: **Fikri Hukukta Eser**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007. [ATEŞ, (2007)]
- ATEŞ, Mustafa: “Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukları”, **Fikri Mülkiyet Yıllığı 2013**, ed. Tekin MEMİŞ, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 59-113. [ATEŞ, (2013)]
- AYİTER, Nuşin: **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Sevinç Matbaası, 2. Baskı, Ankara, 1981.
- BAŞPINAR, Veysel/KOCABEY, Doğan: **İnternette Fikri Hakların Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- BELLİCAN, Cüneyt: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından Hususiyet Kavramı”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, Sa. 1, 2008, s. 67-90. [BELLİCAN, (2008)]
- BELLİCAN, Cüneyt: “Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I**, İstanbul 2010, s. 535-592.

[BELLİCAN, (2010)]

BONETTO, Giacomo: "Internet Memes as Derivative Works: Copyright Issues under EU Law", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, C. 13, Sa. 12, 2018, s. 989-997.

BOZBEL, Savaş: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

BOZGEYİK, Hayri: "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 25, Sa. 3, 2009, s. 170-222.

BÖRÜ, Şafak Parlak: "Esra Kararı Işığında Bir Hassas Denge Değerlendirmesi: Kişilik Haklarının Korunması vs. Sanat Özgürlüğü", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, Sa. 2, 2017, s.249-296. [BÖRÜ, (2017)]

BÖRÜ, Şafak Parlak: **Fotoğraf Üzerindeki Haklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013. [BÖRÜ, (2013)]

CZYCHOWSKI, Christian: **Handbuch des Urheberrechts**, ed. LOEWENHEIM Ulrich, 2. Baskı, Münih, 2010.

DEMİRCİ, Esra: "Capslerin Manipülasyon Gücü ve Empatiyi Yok Ediş Üzerine Eleştirel İnceleme", **Akademik Platform**, 2015, s. 33-39.

(<https://docplayer.biz.tr/7789548-Capslerin-manipulasyon-gucu-ve-empatiyi-yok-edisi-uzerine-elestirel-inceleme.html>, erişim: 26.11.2019)

DURGUT, Ramazan: "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan Cilt I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1075-1095.

ENGELS, Stefan/LENNART, Alsace: "EuGH-Entscheidung zum Sampling läutet Ende der freien Benutzung im Urheberrecht ein", 2019. (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=53dd9906-9afd-471b-adf6-6577f94e5de1>, erişim: 26.11.2019)

EREL, Şafak N.: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1988.

GERPOTT, Torsten J.: "Artikel 17 der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie: Fluch oder Segen?", **Multimedia und Recht (MMR)**, 2019, Heft 7,

s. 420-426.

GEZDER, Ümit: **İçerik Sağlayıcının ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

GÜNEŞ, İlhami: **Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2015.

HOLZHAUER, Maya Fe: “Copyright and Social Media: What Does it Meme?”, **Northeastern University Law Review**, 2018.

(<http://nulawreview.org/extralegalrecent/copyright-and-social-media-what-does-it-meme>, erişim: 26.11.2019).

KAHYA, Yalçın: “Bir İletişim Aracı Olarak Mizah: Sosyal Medyada Spor Temalı ‘Caps’ Kültürü”, **Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi**, 2018, C. 6, Sa. 15, s. 1020-1030.

KAPLAN, Yavuz: **İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

KAYNAK, Selva/KOÇ Serhat: “Telif Hakları Hukuku’nun Yeni Macerası: Sosyal Medya”, **Cyprus International University Folklor/Edebiyat Dergisi**, C. 21, Sa. 83, 2015/3, s. 389-410.

KILIÇOĞLU, Ahmet: **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitapevi, 5. Baskı, Ankara, 2019. [KILIÇOĞLU, (2019)]

KILIÇOĞLU, Ahmet: “Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alamatleri Üzerindeki Haklar”, **Yaşar Üniversitesi E – Dergisi Özel Sayı (Armağan)**, Vol: 8, 2013, s. 1585-1636. [KILIÇOĞLU, (2013)]

KIRIK, Ali Murat/SALTIK, Rabia: “Sosyal Medyanın Dijital Mizahı: İnternet Meme/Caps”, **Atatürk İletişim Dergisi**, Sa. 12, 2017, s. 99-118.

KÜÇÜKALİ, Canan: “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanun Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 135, 2017, s. 83.

LANTAGNE, Stacey M.: “Famous On The Internet: The Spectrum Of Internet Memes And The Legal Challenge Of Evolving Methods Of Communication”, **University Of Richmond Law Review**, C. 52, Sa. 2, 2018, s. 387-424.

- LÜFT, Stefan: **Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)**, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, Münih, 2019.
- MAIER, Henrike: “Meme und Urheberrecht”, **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax)**, 2016, Heft 19, s. 397-398.
- METZGER, Axel: “Der Einfluss des EuGH auf die gegenwärtige Entwicklung des Urheberrechts”, **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)**, 2012, Heft 2, s. 118-126.
- ÖZTAN, Fırat: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- PATEL, Ronak: “First World Problems: A Fair Use Analysis of Internet Memes”, **UCLA Entertainment Law Review**, C. 20, Sa. 2, 2013, s. 235-256.
- PIROĞLU, Ünsal: “Eserin İşleme Hakkı ve Benzeri Kavramlarla İlişkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, Sa. 78, 2013, s. 28-37.
- PÖTZLBERGER, Florian: “Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts”, **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)**, 2018, Heft 7, s. 675-681.
- SALTIK, Rabia: **Sosyal Medyayla Değişen Mizah Anlayışı: İnternet Memes**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.
- SCHONHOFEN, Sven: “Die unendliche Geschichte um Metall auf Metall - Urheberrechtliche Zulässigkeit von Sampling vor dem EuGH”, **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax)**, 2019, Heft 19, s. 432-434.
- SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2018.
- TOSUN, Yağın: **Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- USLU, Ramazan: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku'nda Eser Kavramı**, Seçkin

Yayıncılık, Ankara, 2003.

UYGUR, Atiye: **Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004.

YAVUZ, Levent/ALICA, Türkan/MERDİVAN, Fethi: **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt 1**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2014.

YILDIZ, Burçak: “Eser Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsuz’e Armagan**, Turhan Yayınevi, Ankara 2003, s. 579-616.

YILDIZ, Ozan Ali: **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Çizgi Romanlar**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

(<https://imgflip.com/memegenerator>, erişim: 26.11.2019)

(<https://www.bobiler.org/>, erişim: 26.11.2019)

(<https://images.app.goo.gl/gjQpXriRtG6WhHJ4A>, erişim: 26.11.2019)

(<https://www.techdirt.com/articles/20150908/00155432189/getty-images-goes-copyright-trolling-after-meme-penguins.html>, erişim: 26.11.2019)

(https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2015/03/article_0006.html, erişim: 26.11.2019)

(<https://netzpolitik.org/2015/urheberrecht-auf-memes-getty-images-der-socially-awkward-penguin-und-eine-loesung-aus-dem-markenrecht/>, erişim: 26.11.2019)

(<https://www.zeit.de/digital/internet/2015-09/getty-images-urheberrecht-meme-socially-awkward-penguin/seite-2>, erişim: 26.11.2019)

(<https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi>, erişim: 26.11.2019)

(<https://knowyourmeme.com/memes/grumpy-cat>, erişim: 26.11.2019)

(<https://www.lotempiolaw.com/2018/02/blog-2/grumpy-cat-wins-copyright-infringement-lawsuit/>, erişim: 26.11.2019)

188 SAYILI ILO BALIKÇILIK İSTİHDAM SÖZLEŞMESİ İŞİĞİNDA İŞ HUKUKUNDA BALIKÇILIK

Hatice Duygu ÖZER*

ÖZ

Balıkçılar, iş sözleşmesiyle çalışan ancak diğer çalışanlara göre farklı çalışma ortamı ve koşullarına tabi olan işçilerdir. Yapmakta oldukları işin doğası gereği ortaya çıkan farklılık, bu grupta çalışanların hangi iş mevzuatına tabi olacaklarını belirlemede güçlük arz edebilmektedir. Çalışmamızda öncelikle balıkçılık faaliyetinin sınırları çizilerek, balıkçıların tabi olduğu hükümler değerlendirilecektir. Ardından uluslararası hukuk metinlerinde özellikle de ILO'nun 188 sayılı Balıkçılık İstihdam Sözleşmesi'nde balıkçılık faaliyetini yürüten işçilerin çalışma yaşamından doğan haklarını düzenlemek için getirilen kurallar ele alınacaktır. Henüz ülkemizin taraf olmadığı yeni tarihli sözleşmede yer alan hükümlerle iç hukukumuzdaki balıkçılara ilişkin düzenlemeler kıyaslanarak 188 sayılı ILO Sözleşmesinin ülkemiz mevzuatına olası katkıları değerlendirilecektir. Çalışmamızın kapsamını çok genişletmemek için balıkçı gemilerinde çalışmak için aranan asgari koşullar konusu ile sınırlı tutulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Balıkçılık, 188 sayılı ILO Sözleşmesi, Deniz İş Hukuku, İş Hukuku, Gemiadamı

FISHERIES IN LABOR LAW IN THE LIGHT OF ILO WORK IN FISHING CONVENTION NO. 188

ABSTRACT

Fishermen are workers who work under a labor contract but are subject to different working conditions comparing with the other workers. This difference, which causes due to the nature of the work they are doing, may have difficulty in determining which labor legislation employees will be subject to. In this study, first of all, the limits of fishing activity will be drawn and the law to which they will be determined will be depend on accordingly. Then, international law texts, in particular the ILO's Work in Fishing Convention No. 188, will focus on the rules for regulating the rights of workers engaged in fishing. The possible contributions of the ILO Convention No. 188 to the legislation of our country will be evaluated by comparing the provisions of this new dated convention

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
e-posta: hdozer24@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-6341-6172

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775464

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 05/10/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/06/2020

to which Turkey is not a party of the Convention and the regulations introduced for fishermen in our internal legislation. The evaluation will be limited to the minimum requirements for working on fishing vessels in order not to expand the scope of our study.

Key Words: *Fishery, ILO Convention 188, Maritime Labor Law, Labor Law, Seaman*

I. Giriş

Çalışma hayatında birbirinden farklı pek çok sektörde faaliyet gösterilmektedir. Özellikle çalışma koşulları, işin yapıldığı yer gibi etkenler dikkate alındığında, her sektörün kendine mahsus ihtiyaçları bulunmaktadır. İş mevzuatımız ortak hukuk kuralları getirebilmek amacıyla genel düzenlemeler içermekte ve 4857 sayılı İş Kanunu ülkemizdeki pek çok işyerinde uygulanan yürürlükteki genel kanun olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözü edilen kanun dışında, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu gibi kanunlar kapsamına giren kişiler bakımından kendilerine has düzenlemeler içeren özel kanunlar da bulunmaktadır. Benzer ihtiyaçlardan dolayı, Tarım İş Kanunu, Hava İş Kanunu gibi kanunların da bir an önce hazırlanıp uygulamaya konulması gerekmektedir.

Çalışmamızda, çalışma koşulları ve işin yapıldığı yer itibariyle diğer çalışma biçimlerinden farklılık arz eden balıkçılık sektöründe çalışanlar ele alınacaktır. Kavram olarak hangi çalışanların “balıkçı” olarak nitelendirildiği tespit edildikten sonra, çalışma ilişkileri bakımından balıkçıların hangi kanun kapsamına dahil olacakları belirlenecektir. Ülkemizdeki balıkçılık sektöründe yaygın olarak uygulanan çalışma türlerinin iş hukuku açısından değerlendirilmesi yapılarak, balıkçı kavramının iş hukuku açısından hukuki niteliği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızda ikinci olarak, (Uluslararası Çalışma Örgütü/International Labor Organization) ILO'nun yeni tarihli 188 sayılı Balıkçılık İstihdam Sözleşmesi¹ incelenerek, uluslararası hukukta balıkçılık sektöründe çalışanlara tanınan iş hukukuna ilişkin haklar ele alınacaktır. Henüz iç hukukumuzda dahil

¹ ILO'nun 2007 yılında kabul ettiği, 16.11.2017 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Balıkçılık İstihdam Sözleşmesi, henüz ülkemiz tarafından onaylanmamıştır. Anılan Sözleşme, çalışmamızda bundan böyle “188 sayılı Sözleşme” olarak ifade edilecektir.

edilmemiş olan 188 Sayılı sözleşmedeki esaslar ile balıkçılar için getirilen mevcut düzenlemeler değerlendirilerek, mevzuatımızdaki eksik yönler tespit edilmeye çalışılacaktır. Ancak 188 sayılı Sözleşme, içerdiği konular itibariyle oldukça geniş olduğundan, çalışmamızda sadece balıkçı gemilerinde çalışmak için aranan asgari koşullar konusu ile sınırlı olarak bir değerlendirme yapılacaktır.

II. Temel Kavramlar

A. Balıkçılık Sektörü

Balıkçıların çalışma hayatına ilişkin haklarını ortaya koyabilmek için öncelikle balıkçılık sektörünün sınırlarının ortaya konulması gerekmektedir. Sektör, genellikle avcılık ve su ürünleri yetiştiriciliği olarak anılmakta ve üst kavram olarak su ürünleri üretimi ifade edilmektedir². Burada belirtmek gerekir ki, çalışmamızda su ürünleri üretiminin tamamında çalışanlar değil, sadece balık avcılığı yapmakta olanların çalışma yaşamından kaynaklanan hak ve yükümlülükleri ele alınacaktır. Dünya genelinde kayda değer bir işgücü istihdamına sahip olan bu sektörde, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü'nün (FAO)³ verilerine göre, 90'lı yıllarda 15 milyon tam zamanlı, 13 milyon yarı zamanlı kişi çalışırken, balıkçılık ve su ürünleri yetiştiriciliği üretiminde ise yaklaşık toplam 36 milyon kişi çalışmaktadır. 2000'li yıllara gelindiğinde ise, yaklaşık 27 milyon kişinin dünya genelinde yalnızca balık avında istihdam edildiği görülmektedir. Bu sektörden elde edilen üretim, FAO verilerine göre, 2017 yılı itibariyle, yaklaşık 172, milyon tona ulaşmıştır. Bu üretimin 92,5 milyon tonu (balık) avcılığından elde edilmiştir⁴.

Dünya toplam balıkçılık üretiminin %55'ni yakalama balıkçılığı (93,7 milyon ton), %45'ni kültür balıkçılığı (76,6 milyon ton) oluşturmakta

² EMİROĞLU, s.82-86.

³ Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü (FAO), Birleşmiş Milletler çatısı altında, gerek gelişmiş ve gerekse gelişmekte olan ülkelerde açlıkla mücadelede ve yoksulluğun önlenmesinde uluslararası düzeydeki çabaların önderliğini yürüten BM kuruluşudur. Bu görevin yanı sıra gelişmekte olan ülkelerin doğal kaynaklarını korumak suretiyle tarımsal kapasitelerini yükseltmek, ormancılık ve balıkçılık faaliyetlerini desteklemek, gıda güvenliğini temin etmek ve sürdürülebilirliğini sağlamaktır. Örgüte 194 devlet üye olup, Türkiye 1948'den bu yana üyedir, (https://www.tarimorman.gov.tr/ABDGM/Menu/66/Bm-Gida-Ve-Tarim-Orgutu-_fao_erişim_tarihi, 27.08.2019.)

⁴ İstatistikî veriler için Kaynak:FAO, T.C. Tarım ve Orman Bakanlığı Su Ürünleri İstatistikleri, <https://www.tarimorman.gov.tr/BSGM/Belgeler/Icerikler/Su%20%C3%9Cr%C3%BCnleri%20Veri%20ve%20D%C3%B6k%C3%BCmanlar%C4%B1/Su-%C3%9Cr%C3%BCnleri-%C4%B0statistikleri.pdf>, erişim tarihi 28.08.2019.

ve bu üretimi gerçekleştiren ülke sıralaması ise, Çin, Endonezya, Amerika Birleşik Devletleri, Hindistan, Peru ve Rusya Federasyonu olarak karşımıza çıkmaktadır⁵. Türkiye 700 bin ton civarındaki toplam üretim ile listede ancak 30. sırada yer almaktadır⁶.

Dünya genelinde sürdürülen deniz balıkçılığını faaliyet gösterilen coğrafi alan itibariyle hukuki açıdan dört farklı başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar; kıyı balıkçılığı (kısa mesafe balıkçılığı), sahil balıkçılığı (orta mesafe), uzun menzil balıkçılığı ve nihayet açık deniz balıkçılığıdır⁷. Dünya balıkçılığının büyük bir çoğunluğu uzun menzil ve açık deniz balıkçılığı iken, Türkiye'deki balıkçılığın büyük bir kısmı kıyı balıkçılığı -ki kıyı balıkçılığında sefer süresi gidip geliş en çok 24 saattir- çok az bir kısmı da sahil balıkçılığıdır⁸. İstanbul ve Marmara, Ege, Akdeniz, Karadeniz Bölgeleri Deniz Ticaret Odasının yaptığı bir başka ayrıma göre ise, ülkemiz karasularında yapılmakta olan balıkçılık (Kıyı balıkçılığı) Artisanal Balıkçılık (Uzatma ağları, kıyı sürüklenme ağları, pareketa, dalyan ve (Kıyı ötesi) Endüstriyel Balıkçılık (Gırgır-trol) olarak ikiye ayrılmaktadır⁹.

Türkiye açısından balıkçılık sektörü incelendiğinde, toplam su ürünleri kaynaklarımızın yüzey alanları itibariyle orman alanlarımızdan fazla, tarım alanlarımıza ise hemen hemen eşit olduğu görülmektedir. Su ürünleri üretiminin yaklaşık %73,9'u deniz ürünleri, %6,7'si içsu ürünleri ve %19,5'u da yetiştiricilik ürünlerinden oluşmaktadır¹⁰. Elde edilen su ürünleri miktarı ise, 2018 yılı verilerine göre toplam 628 bin ton olup, bunun 314 bin tonunu balıkçılık oluşturmaktadır¹¹.

⁵ TATAR/ADALI/ÖZER, s. 515.

⁶ İstanbul ve Marmara, Ege, Akdeniz, Karadeniz Bölgeleri Deniz Ticaret Odası Deniz Sektörü 2017 Yılı Raporu, İstanbul 2018, s. 272, https://www.denizticaretodasi.org.tr/Media/SharedDocuments/sectorraporu/2017_sektor_tr.pdf. erişim tarihi 26.08.2019.

⁷ Açık deniz balıkçılığı, 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesinin 86. maddesinde tanımlanan açık deniz ifadesi gereği, bir kıyı devletinin karasuları, bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge ve takımda suları dışında bulunan deniz alanlarında yapılan balıkçılıktır, (CİN, s.39).

⁸ YENİGÜN, s. 190.

⁹ İstanbul ve Marmara, Ege, Akdeniz, Karadeniz Bölgeleri Deniz Ticaret Odası 2014 Yılı Deniz Sektörü Raporu İstanbul -2015, s. 247.

¹⁰ TATAR/ADALI/ÖZER, s 516.

¹¹ Kaynak: FAO, T.C. Tarım Ve Orman Bakanlığı Su Ürünleri İstatistikleri, <https://www.tarimorman.gov.tr/BSGM/Belgeler/Icerikler/Su%20%C3%9Cr%C3%BCnleri%20Veri%20ve%20D%C3%B6k%C3%BCmanlar%C4%B1/Su-%C3%9Cr%C3%BCnleri->

Türkiye’de balıkçılık faaliyetleri 1970’li yıllara kadar çoğunlukla zanaat balıkçılığı ya da küçük ölçekli gündelik balıkçılık olarak yürütülmekteydi. 1971 yılında Su Ürünleri Kanunu’nun¹² yürürlüğe girmesiyle birlikte teknolojik gelişmelerin de katkısıyla balıkçılık önemli bir gelişme kaydetmiştir¹³. Sektördeki gelişim sürecinin ardından Türkiye’de su ürünleri üretimi, hem deniz hem de iç sularda yapılan avcılık ve yetiştiricilik (kültür balıkçılığı) üretimi olarak iki biçimde gerçekleşmektedir. Deniz avcılığı, geleneksel (küçük) balıkçılık ve endüstriyel (ticari) balıkçılık olmak üzere iki farklı tipte yapılmaktadır. Geleneksel balıkçılık çoğunlukla 12 metreden küçük teknelerle yapılan kıyı balıkçılığı olarak tanımlanırken, endüstriyel balıkçılık faaliyetleri ise 12 metrenin üzerinde gırgır ve trol denilen balıkçı tekneleriyle gerçekleşen kıyı ötesi balıkçılığıdır¹⁴.

B. Balıkçılık ve İlgili Diğer Kavramlar

1. Balıkçılık

Balıkçılık kavramının Türk Dil Kurumu sözlüğünde yapılan tanımı denizlerde, göllerde ve akarsularda balıkların ve diğer deniz canlılarının çeşitli yöntemlerle avlanması olarak karşımıza çıkmaktadır. Balıkların yanısıra midye, karides, istakoz, pavurya, istiridye hatta balina gibi deniz memelilerinin avlanması da balıkçılık kapsamına girer. Gölet, havuz ya da denizlerdeki suni tesislerde balık ve diğer deniz hayvanlarının üretilmesi de balıkçılığın bir parçasıdır¹⁵.

188 sayılı ILO Sözleşmesi’nde ise, ticari balıkçılığın tanımı şu şekilde verilmiştir; “geçimlik balıkçılık ve rekreasyonel(hobi) balıkçılık hariç, nehir, göl veya kanallardaki balıkçılık faaliyetleri dahil tüm balıkçılık faaliyetleridir.” (m. 1/a). Ticari balıkçılığa ilişkin bir diğer tanım ise, “balık ve diğer deniz ürünlerini pazarlama amacıyla okyanuslardan, denizlerden, nehirlerden ve göllerden yakalama faaliyeti” biçiminde yapılmıştır¹⁶.

%C4%B0statistikleri.pdf, erişim tarihi 28.08.2019.

¹² 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu, RG. 04.04.1971, 13799.

¹³ TANTOĞLU, s. 3.

¹⁴ ULUKAN, s. 117-118. Yazarın belirttiğine göre, çalışan sayısı küçük gırgır teknelerinde 10-15, büyük teknelerde ise 30-40 kişiye ulaşmaktadır.

¹⁵ <https://tr.wikipedia.org/wiki/Bal%C4%B1k%C3%A7%C4%B1k>, erişim tarihi 26.08.2019.

¹⁶ DOĞANYILMAZ ÖZBİLGİN/TOK, s. 139.

188 sayılı Sözleşme'nin 2/a maddesinde kapsama ilişkin yapılan belirlemede bu sözleşmenin aksi belirtilmedikçe ticari balıkçılar ve balıkçı teknelerine uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle tanım olarak da sadece ticari balıkçılık üzerinde durulmuştur. Tanımda yer alan geçimlik balıkçılık ile rekreasyonel balıkçılık özü itibariyle bir bağımlı çalışma olgusu içermediğinden, inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

Rekreasyonel (hobi) balıkçılığın ilgili tebliğde yapılan tanımı şu şekildedir; spor yapmak ve hoş vakit geçirmek amacıyla yapılan balıkçılık faaliyetidir¹⁷. Benzer bir biçimde, 2015/523 AB Direktifinde¹⁸, “rekreasyon, turizm veya spor gibi deniz canlıları gibi su kaynaklarını kullanan ticari olmayan balıkçılık faaliyetleri” olarak tanımlanmıştır. Geçimlik balıkçılık ise, hobi amaçlı olarak yapılan balıkçılık faaliyetinden farklı olarak, balıkçılık yapan kişinin ailesi ve yakınlarının beslenmesinde kullanılmak üzere yapılan balıkçılıktır¹⁹. Sık rastlanılan ve zanaatkarlık olarak adlandırılan bu balıkçılık faaliyetinde küçük ölçekli balık satışları da yapılmaktadır²⁰. Söz konusu balıkçılıkta aslanan avlanan balığın satılması değil, ailenin kullanımı için tüketilmesidir²¹.

2. Balıkçı

Çalışmamızda “balıkçı” olarak kullandığımız kavram, uluslararası metinlerde değişik biçimlerde ifade edilmektedir²². 188 sayılı Sözleşme'nin 1/e maddesinde ise balıkçı şu şekilde tanımlanmıştır; “Balıkçı gemisinde herhangi bir konumda çalışan ve ücretli ya da tutulan balık üzerinden pay alma biçiminde gelir elde eden, kılavuz kaptan, balıkçılık gözlemcisi ve limanda görev yapan diğer kamu görevlileri dışında kalan bu mesleği icra eden kişiler”dir.

¹⁷ 2/2 Numaralı Amatör (Sportif) Amaçlı Su Ürünleri Avcılığını Düzenleyen Tebliğ Yayımlandığı R.Gazete: 21.08.2008-26974.

¹⁸ Council Regulation (EU) 2015/523 Of 25 March 2015.

¹⁹ Amatör, sportif balıkçılık tanımları için bkz. 2 Numaralı Amatör (Sportif) Amaçlı Su Ürünleri Avcılığını Düzenleyen Tebliğ (Tebliğ No: 2008/49).

²⁰ Subsistence Fishing, World Fisheries Trust 2008 http://www.worldfish.org/GCI/gci_assets_moz/Fact%20Card%20-%20Subsistence%20Fishing.pdf, erişim tarihi, 26.08.2019.

²¹ ILO Working Paper No. 315, ”The flexibility Clauses of the Work in Fishing Convention, 2007 (No. 188)”, s. 12.

²² Bu kavramla ilgili olarak, ILO “*fisherman*” ve “*sea fisherman*” kavramlarını kullanırken, FAO, “*fisher*”, IMO (Uluslararası Denizcilik Örgütü), “*fishing vessel personnel*” kavramını tercih etmektedir, (Fishing Sector Report, s. 3)

Ancak bu tanım, balıkçı gemisinde doğrudan balıkçılık faaliyetiyle uğraşmayıp da, örneğin navigasyonla uğraşan bilim adamı niteliğinde personelin kapsam dışında kalmasına yol açmaktadır²³. Sözleşmeye henüz taraf olmadığımızdan, bizim hukukumuzda balıkçı kavramını balıkçı gemisinde faaliyet gösteren tüm çalışanlar olarak anlamak mümkündür²⁴.

2006 tarihli Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'nin 2/1-f maddesinde ise, benzer bir kavram olarak denizci (seafarer) tanımı şu şekilde yapılmıştır; *denizci, bu Sözleşmenin uygulandığı bir gemide herhangi bir konumda çalışan herhangi bir kişidir.*"

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar denizci ve balıkçı kavramları benzer kavramlar olsalar da, balıkçılık faaliyetinin 2006 Deniz Çalışma Sözleşmesi'nin kapsamında olmadığı hatırlandığında, inceleme konumuz açısından denizci kavramının balıkçı kavramını da içine alan çok geniş bir anlama sahip olduğu söylenebilir.

Deniz İş Kanunu m. 2/B'de, "Bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere "gemi adamı" denir." ifadelerine yer verilmiştir²⁵. Tanım, yukarıda balıkçı olarak tanımladığımız kişilerin de deniz iş hukuku açısından gemi adamı sayılacağı sonucunu ortaya çıkarmaktadır²⁶.

Ticari amaçlı olarak yapılan balıkçılık faaliyetini gerçekleştiren balıkçı kavramı, Balıkçı Barınakları Yönetmeliği'nin²⁷ 3. maddesinde, "*Ticari amaçla deniz ve iç sulara su ürünleri istihsal eden kaptan, balıkçı reisi, balıkçı ve tayfa gibi gerçek kişiler ile tüzel kişileri, bunların ortak ve çalışanları ile su*

²³ CARBALLO PÍ-NEIRO, s. 25.

²⁴ Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik'in 4/1-a maddesi ışığında.

²⁵ Benzer bir şekilde, RG., 30328 sayı ve 10.02.2018 tarihli Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nin 3/s maddesinde de, "Geminin kaptanı, zabıtları, yardımcı zabıtları, stajyerleri, tayfaları ve yardımcı hizmet personeli" olarak tanımlama yapılmıştır.

²⁶ Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nde ayrıca gemi adamları yeterlilik dereceleri bakımından sınıflara ayrılmıştır. Bu sınıflamada balıkçı sınıfı gemiadamları da yer almaktadır. Balıkçı sınıfı gemiadamlarının yeterli isim ve dereceleri ise, "balıkçı gemisi güverte tayfası, "balıkçı gemisi kaptanı", "açık deniz balıkçı gemisi kaptanı" olarak belirlenmiştir. (m.4/5). Ancak aşağıda da değinileceği üzere, *Gemi Adamlarının İkamet Yerleri, Sağlık ve İşlerine Dair Yönetmelik*'de balık avı ve benzeri işlerde faaliyet gösteren gemilerde çalışan gemi adamlarının bu yönetmelik kapsamında olmayacağı belirtilmiştir.

²⁷ RG., 22846, 13.12.1996.

ürünleri yetiştiricileri” olarak tanımlanmıştır. Bu konuda bir başka tanım da doğrudan balıkçı kavramı olmasa da “balıkçı gemilerinde çalışanlar” olarak yapılmıştır. Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik²⁸in 4/1-a maddesinde yer verilen tanım ise şu şekilde yapılmaktadır; “Limanda görev yapan personel ve kılavuz kaptanlar hariç, yardımcı olarak çalışanlar ve stajyerler dahil gemide çalışan kişi”.

3. Balıkçı Gemisi

Balıkçı gemisinin²⁹ tanımı, Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik’in 4/1-a maddesinde şu şekilde yapılmıştır; *“Ticari amaçla denizden balık veya diğer canlıları avlamakta veya avlayıp işlemekte kullanılan, Türk Bayrağı taşıyan gemi”*. Söz konusu yönetmelik, 23/11/1993 tarihli ve 93/103/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi’ne³⁰ paralel olarak hazırlanmıştır. Anılan Direktifte yapılan balıkçı teknesi tanımı ise, *“Denizden ticari maksatlı balık veya diğer yaşam kaynaklarını çıkararak ve işleyen veya sadece tutan, Üye bir Devletin bayrağını taşıyan veyahut Üye bir Devletin yetki alanı altında kayıtlı herhangi bir deniz taşıtı”* olarak yapılmıştır. Balıkçı gemisini tanımlayan bir diğer Yönetmelik ise, *Balıkçı Gemilerinin Emniyeti Hakkında Yönetmelik³¹ olup, benzer tanım şu şekilde yapılmıştır; “Ticari olarak balık veya başka deniz canlıları yakalamak için teçhiz edilmiş olan veya kullanılan herhangi bir gemi”*dir. Konuya deniz iş hukuku açısından bakıldığında, gemi kavramının açık bir tanımına Deniz İş Kanunu’nda yer verilmediği ancak Türk Ticaret Kanunu’nda bir tanımın bulunduğu görülmektedir³².

²⁸ RG., 28741, 20.08.2013.

²⁹ Ülkemizde ticari avcılık yapan balıkçı gemisi sayısı 17165’tir. Ancak bunların sadece 1 491 tanesi endüstriyel balıkçı gemisidir. Balıkçı filosunda etkin avcılık yapan grup, gırgır ve trol gemileridir. Toplam üretimin %90’ı bu grup tarafından karşılanmakta olup bu gemilerin boyları 12 metreden başlayarak 50 metreye kadar ulaşabilmektedir, (TANTOĞLU, s. 5).

³⁰ 23.11.1993, Official Journal, L 307/1. Balıkçı Teknelerinde Çalışma Konusundaki Asgari Emniyet ve Sağlık Gerekliliklerine İlişkin Konsey Direktifi.

³¹ RG. 26089, 23.02.2006.

³² TTK.m.931’e göre, *“Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından “gemi” sayılır. (2) Suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın “ticaret gemisi” sayılır.”*

188 sayılı Sözleşme m. 1/g’de yapılan balıkçı gemisi tanımı ise, “*ticari balıkçılık amacıyla kullanılmakta olan veya kullanılma biçimine bakılmaksızın, mülkiyet biçiminden bağımsız olarak, herhangi bir nitelikte olan herhangi bir gemi veya tekne*” biçiminde yapılmıştır.

Bilindiği üzere, deniz iş hukukunda gemilerin büyüklüğüne göre çeşitli sınıflandırmalar yapılmaktadır. Örneğin Deniz İş Kanunu kapsamına 1. maddesi gereği “*yüz ve daha yüksek grostonilatoluk gemiler*” girmektedir. Bu durumda daha küçük balıkçı teknelerinin kanun kapsamı dışında kalacağı sonucu ortaya çıkmaktadır³³. Böylece ileride inceleneceği üzere özellikle beşten az gemi adamının çalıştığı ve yüz grostonilatodan küçük balıkçı teknelerinde çalışanların hangi kanun kapsamına dahil olacakları sorusu akla gelmektedir. Oysa 188 sayılı Sözleşmede gemilere yönelik bir büyüklük sınırlaması bulunmamakta, büyük küçük tüm balıkçı gemileri amatör ve sportif amaçlı balıkçılık yapmadıkları müddetçe sözleşme kapsamına dahil olabilmektedir³⁴. Bu husus, Sözleşme m. 2/3’de, taraf devletlerin bu sözleşme kapsamındaki korumadan 24 metreden daha küçük balıkçı gemilerinde çalışanları da yararlandırmaya karar verebileceği yönünde ifade edilmektedir.

III. Balıkçılıkla İlgili Uluslararası ve Ulusal Mevzuat

A. Uluslararası Denizcilik Örgütü Sözleşmeleri

IMO (Uluslararası Denizcilik Örgütü/International Maritime Organization), Birleşmiş Milletler, deniz taşımacılığının emniyet ve güvenliğinden ve gemilerin deniz ve atmosfer kirliliğinin önlenmesinden

³³ DİK.m.1/2 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde de deniz iş kanunu uygulama alanı bulacaktır. Ülkemizdeki balıkçı gemileri incelendiğinde, genellikle bir gemide çalışanlar Kocareis, makinist, aşçı, palacı ve kamarot çoğu zaman bir kişiden oluşurken teknelerin büyüklüğüne göre ortalama olarak botçu 1-3 kişi, ırgatçı 1-3 kişi, hamlacı ve mantarcı 2-3 kişi, torcular 8-15 kişiden oluşmaktadır. Bu kişiler aynı zamanda balık tekneye alındığında kasalama işini de üstlenmektedirler. (ULUKAN, s. 130). Sonuç olarak küçük çaplı balıkçı teknelerinde dahi 5 personelden fazla kişi görev yaptığından, ileride de değinileceği gibi pek çok balıkçı Deniz İş Kanunu kapsamına dahil olmaktadır.

³⁴ ILO verilerine göre, balıkçı gemilerinde çalışanların %90’ı 24 metrenin altında olan gemilerde çalışmaktadır, bkz. (Decent Working Conditions Safety and Social Protection-Work in Fishind Convention No:188, Recommendation 199 Booklet 2007, s. 3, https://www.ilo.org/sector/Resources/publications/WCMS_161209/lang--en/index.htm, erişim tarihi 29.08.2019).

sorumlu olan uzmanlaşmış bir kuruluştur³⁵. Bazı balıkçı gemileri aynı zamanda deniz taşımacılığı da yapmakta olduklarından, IMO Sözleşmeleri balıkçılık sektörünü de ilgilendirebilmektedir.

IMO Sözleşmeleri içinde anılması gereken ilk kaynak 1977 tarihli Torremolinos Protokolü'dür. Balıkçı Teknelerinin Emniyeti için Torremolinos Uluslararası Sözleşmesine ilişkin Torremolinos Protokolünün 2 Nisan 1993 tarihinde kabul edilmiştir. Bu protokolda 24 metre ve üzeri balıkçı gemileri için tasarım, yapım ve ekipmanlarla ilgili kurallar ve prensipler bulunmaktadır. Türkiye bu protokolü esas alarak, "Balıkçı Gemilerinin Emniyeti Hakkında Yönetmelik"i kabul etmiştir³⁶.

Balıkçı gemilerinin güvenliğini arttırmak için IMO'nun yıllardır yaptığı çalışmalar, 2012 tarihli Cape Town Sözleşmesi'ne de temel oluşturmuştur. Sözleşmede açık denizlerde seyreden büyük balıkçı gemilerinde güvenliği sağlamak için gerekli tedbirlere yer verilmekte ve stabilite, gemi inşa, mürettebatı koruyucu önlemler vb. konular ele alınmaktadır. Bu sözleşmeyle, özellikle büyük balıkçı filosuna sahip ülkelerin 1993 tarihli Torremolinos Protokolü'nü uygularken karşılaştıkları sorunların ortadan kaldırmak ve balıkçı gemilerinin güvenliğini sağlamaya yönelik uluslararası standartlar belirlenmesi amaçlanmaktadır³⁷.

Bunların dışında, ülkemizin de taraf olduğu üç temel IMO Sözleşmesi (MARPOL³⁸, SOLAS³⁹, STCW⁴⁰) de bulunmaktadır. Ancak bu sözleşmeler doğrudan balıkçıların çalışma esaslarına ilişkin düzenlemeler değildir.

³⁵ <http://www.imo.org/en/About/Pages/Default.aspx>, erişim tarihi, 19.09.2019. 1958 yılında IMO Sözleşmesi yürürlüğe girmiş olup, aynı yıl Türkiye de IMO'ya üye olmuştur. Üyelüğümüz halen devam etmektedir.

³⁶ DOĞANYILMAZ ÖZBİLGİN/TOK, s. 140.

³⁷ IMO'dan Haberler İMEAK Deniz Ticaret Odası Eylül (2017) Bülteni, http://www.vda.org.tr/upload/duyuru/Eyl%C3%BC1%20b%C3%BC1ten_2017.pdf, erişim tarihi 29.08.2019.

³⁸ 1978 Protokolü ile Değişik 1973 Tarihli Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme.

³⁹ 1974 Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi.

⁴⁰ 1995 Balıkçı Gemileri Personelinin Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme.

B. Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri

1. 2006 Denizcilik Çalışma Sözleşmesi (Maritime Labour Convention-MLC)

“Denizcilik Çalışma Sözleşmesi 2006”, ILO Genel Konferansınca 7 Şubat 2006 tarihinde kabul edilip, 20.08.2012’de yürürlüğe girmiştir⁴¹. Ülkemiz açısından da “*Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*” 25.03.2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir⁴². Sözleşme, gemiadamları bakımından denizcilikle ilgili kapsamlı çalışma, ilke ve haklar getirmekte, yaşam ve çalışma koşullarını iyileştirmekte, kişisel haklar ve yasal çözüm yolları hususunda daha iyi bilgilendirilmelerini ve her düzeyde gelişmiş bir sosyal diyalog tesis edilmesini sağlamaktadır⁴³. Sözleşmenin bir diğer önemli özelliği ise, 1920 ile 1996 yılları arasında denizcilik sektöründe çalışmayla ilgili kabul edilmiş 37 ILO sözleşmesini yürürlükten kaldırmış olmasıdır⁴⁴.

Gemiadamlarına yasal koruma sağlamayı hedefleyen bu temel sözleşme, kargo ve yolcu gemilerinde çalışan gemiadamlarıyla balıkçı gemilerinde çalışanlar arasında karşılaştıkları çalışma koşulları açısından farklılık olduğu için, balıkçı gemilerinde çalışan gemiadamlarını kapsam dışında tutmuş ve bunun yerine ILO tarafından ticari balıkçılık faaliyetinde çalışanlara yönelik ayrı bir sözleşme olan 188 sayılı Balıkçılık Çalışma sözleşmesi düzenlenmiştir.

2. Diğer ILO Sözleşmeleri

ILO’nun balıkçılık sektörüne yönelik olarak kabul ettiği ilk metin, 1920 yılında onaylanmıştır. Daha sonrakiler ise, 1959 ve 1966 yıllarında kabul edilmiştir⁴⁵. Yukarıda da belirtildiği gibi 2006 Denizcilik Çalışma

⁴¹ Denizcilik Çalışma Sözleşmesi, 2006’nın yürürlüğe girmesi için gerekli olan dünya toplam gemi tonajının %33’üne sahip en az 30 ILO üyesi Devlet tarafından onaylanması koşulu, 20.08.2012 tarihinde karşılanmış ve Sözleşme bu tarih itibarıyla 30 ülke için yürürlüğe girmiştir.

⁴² RG. 30018, 25.03.2017.

⁴³ Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun genel Gereğesi, s. 23. Ayrıca bkz. ALGANTÜRK LIGHT, s. 269-275.

⁴⁴ SÜZEL, s. 181.

⁴⁵ ILO Work in Fishing Convention and Recommendation, 2007 Action Plan 2011–2016, International Labour Office Genova, 2011, s. 2,

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_161220, erişim tarihi, 04.10.2019.

Sözleşmesi'nin kabulünün ardından denizcilik sektörüne yönelik 37 sözleşme yürürlükten kalkmıştır. Doğrudan balıkçılık alanına ilişkin olarak hazırlanan diğer ILO sözleşmelerinin bir kısmı da 188 sayılı Sözleşmenin yürürlüğe girmesinin ardından sözleşmenin 46. maddesi uyarınca yürürlükten kalkmıştır. Bunlar; 112 sayılı Balıkçılıkta Asgari Yaşa ilişkin ILO Sözleşmesi⁴⁶, 113 sayılı Balıkçılar İçin Tıbbi Muayeneye ilişkin ILO Sözleşmesi⁴⁷, 114 sayılı Balıkçıların Sözleşme Hükümlerine İlişkin ILO Sözleşmesi, ⁴⁸ 126 sayılı Balıkçı Gemilerinde Mürettebatın Konaklamasına İlişkin ILO Sözleşmesi⁴⁹dir. Bir kısmı ise hala yürürlüktedir. Bunlardan biri 166 sayılı Gemiadamlarının Ülkelerine Geri Gönderilmesine İlişkin Sözleşme⁵⁰dir. Bir diğeri, 125 sayılı Balıkçıların Yetkinlik Sertifikaları Sözleşmesi'dir⁵¹.

3. 188 Sayılı Balıkçılık Çalışma ILO Sözleşmesi ve 199 sayılı ILO Tavsiye Kararı

ILO tarafından 2007 yılında kabul edilen bu sözleşme, 16.11.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵². Balıkçılık, pek çok hukuk sisteminde genellikle mevzuat kapsamı dışında tutulan bir çalışma türü olduğundan, bu Sözleşme işverenler için temel bir yükümlülük çerçevesi çizmekte ve üye devletler için ise asgari standartları ulusal mevzuata dahil etme konusunda yükümlülükler içermektedir.

Sözleşme, ticari balıkçı gemilerinde çalışanlar için iyi çalışma koşullarında çalışmalarını sağlamak için asgari standartlar getirmeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda, iş sözleşmesi şartları, konaklama ve yemek; iş

⁴⁶ 1959 tarihli bu sözleşme 07.11.1961'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir.

⁴⁷ 1959 tarihli bu sözleşme 07.11.1961'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir.

⁴⁸ 1959 tarihli bu sözleşme 07.11.1961'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir.

⁴⁹ 1966 tarihli bu sözleşme 06.011.1968'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir.

⁵⁰ ILO kabul tarihi 24.09.1987, Türkiye tarafından onaylanan sözleşmenin yürürlüğe giriş tarihi, 2003 yılıdır. RG. 25317, 15.12.2003. Anılan sözleşmeni 1/2. maddesine göre, taraf devletlere yetkili makamlarla görüş alışverişi yaptıktan sonra sözleşme hükümlerini ticari balıkçı gemilerine de uygulama kararı verme yetkisi tanınmıştır.

⁵¹ 1966 tarihli bu sözleşme 15.07.1969'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir.

⁵² Sözleşmenin, sekizi kıyı ülkesi olmak üzere toplam on üye devletin onaylaması sonucu yürürlüğe gireceğine ilişkin hükmü 2017 yılı itibarıyla gerçekleşmiştir.

sağlığı ve güvenliği, tıbbi bakım ve sosyal güvenlik konularında düzenlemeler içermektedir. Temel olarak ulusal bayrağı taşıyan gemilerde uygulama alanı bulacak olan sözleşme, istisnai olarak yabancı bayraklı balıkçı gemileri için de liman devletinin denetimi esasını kabul etmektedir⁵³.

Türkiye balıkçılık sektörüyle ilgili diğer sözleşmelere taraf olmadığı gibi bu sözleşmeyi de onaylamamıştır⁵⁴. Sözleşme on dört ülke tarafından onaylanmış olup, on ikisinde yürürlüğe girmiştir⁵⁵.

ILO, 188 sayılı Sözleşmeyi desteklemek amacıyla 199 sayılı Balıkçılıkta Çalışma ILO Tavsiye Kararını kabul etmiştir⁵⁶.

C. Avrupa Birliği Müktesebatı

AB direktiflerinde de balıkçılık sektöründe çalışmaya yönelik pek çok düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Bunların önemli bir kısmı, iş sağlığı ve güvenliği konularını düzenlemektedir. İlk olarak anılması gereken Direktif, 93/103/EC sayılı Balıkçı Teknelerinde Çalışma Konusundaki Asgari Emniyet ve Sağlık Gerekliliklerine İlişkin Konsey Direktifi'dir⁵⁷ ve balıkçı gemilerinde çalışma ortamındaki asgari güvenlik ve sağlık gerekliliklerini ortaya koymaktadır. 2013 tarihli "Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik" bu direktif ışığında hazırlanmıştır⁵⁸.

⁵³ Work in Fishing Convention and Recommendation, 2007 Action Plan 2011–2016, International Labour Office Geneva, 2011, s. 3.

⁵⁴ Gerekçe olarak ise, ILO Genel kurulu oturumunda yapılan açıklamada, 188 sayılı Sözleşmenin az sayıda ülke tarafından onaylanmış olması ve balıkçılık sektöründe çalışan tüm grupları kapsamadığı için daha esnek bir sözleşmeye ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir (International Labour Conference Provisional Record 12 Ninety-sixth Session, Geneva, 2007 Fourth item on the agenda: Work in the fishing sector (single discussion) Report of the Committee on the Fishing Sector, s. 12/7.)

⁵⁵ Angora, Arjantin, Bosna Hersek, Kongo, Estonya, Fransa, Litvanya, Fas, Namibya, Norveç, Senegal, Güney Afrika'da yürürlüğe girmiştir. Tayland ve Birleşik Krallık'ta ise 2020 yılı itibarıyla yürürlüğe girecektir (Bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312333, erişim tarihi 03.09.2019).

⁵⁶ 199 sayılı Tavsiye kararında, balıkçı gemilerinde çalışma koşulları, hizmet koşulları, konaklama, tıbbi bakım, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik gibi temel konularda 188 sayılı Sözleşmeyi açıklayıcı düzenlemelere yer verilmiştir.

⁵⁷ 23.11.1993, Official Journal, L 307/1. 23 Kasım 1993 tarihli 93/103/EC Sayılı Balıkçı Teknelerinde Çalışma Konusundaki Asgari Emniyet ve Sağlık Gerekliliklerine İlişkin Konsey Direktifi (89/391/EEC Sayılı Direktifin 16 (1) Maddesinin Kapsamı Dahilindeki 13. Bireysel Direktif), Direktif metni için bkz., <http://denizmevzuat.udhb.gov.tr/Turkce/ABdirektifleri.aspx?Baslik=3>, erişim tarihi 05.09.2019.

⁵⁸ RG., 28741, 20.08.2013.

Ayrıca, 2003 tarihli Çalışma Sürelerine ilişkin 2003/88 EC sayılı Direktif'in 21. maddesinde balıkçı teknelerinde çalışanların çalışma sürelerine yönelik özel düzenlemeler bulunmaktadır⁵⁹. Ayrıca Gemilerde Tıbbi Tedaviye Yönelik 92/29 EC sayılı Direktif⁶⁰, 97/70 EC sayılı 24 Metre Boyunda ve Daha Büyük Balıkçı Tekneleri İçin Uyumlu Bir Emniyet Yönetimi Sağlanması Hakkında Direktif'ler⁶¹ kabul edilmiştir.

D. Balıkçılığa İlişkin Ulusal Mevzuat

1. Balıkçılık Faaliyetine Uygulanacak Kanunun Belirlenmesi

Bu başlık altında balıkçı gemisinde çalışanların, çalışma ilişkilerinin ulusal mevzuatımızda nasıl düzenlendiği incelenecektir. Balıkçıların, 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve nihayet 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunları'ndan hangisine tabi olacakları önem arz etmektedir. Öncelikle çalışma ilişkilerinde temel kanun niteliğinde olan İş Kanunu'ndaki hükümleri incelemek gerekmektedir. Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasında, *"Bu Kanun, 4. maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır."* hükmü yer almaktadır. Anılan 4. maddedeki istisnalara bakıldığında ise, deniz taşıma işlerinin kanun kapsamı dışında tutulduğu görülmektedir (f. 1). Balıkçılık işi deniz taşıma işlerinden sayılmadığından, bu istisnaya girmediği açıktır. İstisnaları düzenleyen maddenin devamında, *"50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde"* İş Kanunu'nun uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Tarım işlerinin yapıldığı yerler kavramına açıklık getirmek gerekmektedir. İş Kanunu m. 111'de tarımdan sayılan işler belirlenmiş olup, (d) bendinde, *"854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kara ve su avcılığı ve üreticiliği ile bu yoldan elde edilen ürünlerin saklanması ve taşınması"* işleri tarım işi olarak kabul edilmiştir. Benzer düzenleme, *Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik*⁶² Ek-I C/4'de; *"20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kara ve su ürünleri avcılığı,*

⁵⁹ Official Journal, L 299 , 18/11/2003

⁶⁰ Official Journal L 113 , 30/04/1992. Gerekliklerine Gemilerde İyileştirilmiş Tıbbi Tedaviler İçin Asgari Emniyet ve Sağlık İlişkin 31 Mart 1992 Tarihli 92/29/EEC Sayılı Konsey Direktifi.

⁶¹ Official Journal C 292, 4.10.1996.

⁶² RG. 26986, 03.09.2008.

yetiştiriciliği ve üreticiliği ile bu yoldan elde edilen ürünlerin saklanması ve taşınması işleri.⁶³” şeklinde yapılmıştır. İfade edilen “su ürünleri avcılığı”, “su ürünleri üreticiliği” ve “bu ürünlerin saklanması ve taşınması” işlerinin Deniz İş Kanunu kapsamına dahil olmadığı durumlarda tarım işi sayılacağı, tarım işlerinde de elliden fazla işçinin çalıştığı işyerinin İş Kanunu kapsamına girdiği sonucu ortaya çıkmaktadır⁶⁴. Bu durumda, İş Kanunu’nda düzenlenen tarım işi kapsamına giren elliden fazla kişinin çalıştığı balıkçılık faaliyetinin yürütüldüğü yerler Deniz İş Kanunu kapsamında olmamak koşuluyla İş Kanunu kapsamında sayılacaktır. Örneğin, sünger üreticiliği⁶⁵ faaliyetinde çalışanlar İş Kanunu kapsamındadır⁶⁶. Dalyancılık faaliyetiyle ilgili olarak ise farklı görüşler bulunmaktadır⁶⁷. İlk görüş, denizde yapılan bu deniz ürünleri üreticiliği niteliğindeki işin İş Kanunu kapsamında olduğunu savunmaktadır⁶⁸. Aynı yönde karar veren Danıştay da, su ürünleri üreticiliği niteliğinde olan bu işin tarım işi sayılmayacağını ve bu nedenle İş Kanunu kapsamında olduğunu kabul etmiştir⁶⁹. Ancak bir başka görüş ise, yasal değişikliğin ardından, tarım

⁶³ Bu yönetmelik yürürlüğe girmeden önce verilen eski tarihli bir Yargıtay kararında, salt balık avlama işinin yapıldığı işin tarım işi sayılmayacağına karar vermiştir. Y.10.HD. 02.11.1978, 446/7803, aynı yönde olan bir başka kararda tarım işinde üretmek ve yetiştirme unsurları olduğundan açık denizde balık avlamak tarım işi sayılmamıştır, YHGK. 11.10.1972, 9-783/827, NARMANLIOĞLU, s. 83.

⁶⁴ Dikkat edilmesi gereken bir başka düzenleme ise, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 8/1-a hükmüdür. Anılan bentte, “inşaat, balıkçılık ve tarım işyerinde...” ifadesine yer verilmek suretiyle balıkçılığın tarım işi olmadığı ayrı bir iş olduğu kabul edilmiş gibi görünmektedir. Ancak burada anılan kanunun SGK’ya tescil edilecek işyerlerine göre işlem yaptığı bir başka deyişle işe değil işyerine odaklandığı da göz ardı edilmemelidir.

⁶⁵ Ticari değere sahip süngerler iki şekilde elde edilmekte olup, bunlardan ilki, en eski ve yaygın olanı sünger avcılığı diğeri ise daha sınırlı bir uygulama olan sünger yetiştiriciliğidir. Türkiye’de geçmişte olduğu gibi yakın yıllara kadar elde edilen süngerlerin tamamı avcılık olarak nitelendirilen, var olan ticari deniz sünger türlerinin çeşitli yöntemlerle avlanmasıyla temin edilmiştir. (ŞAHİN, s. 12). Bu nedenle süngercilik işiyle uğraşanların dahil oldukları kanun belirlenirken sünger avcılığı ve sünger yetiştiriciliği ayrımı yapmak gerekir.

⁶⁶ SÜZEK, s. 176; UŞAN, s. 13. Kanaatimizce, İş Kanunu kapsamındaki süngerciliğin sünger yetiştiriciliği ile sınırlı tutulup, avcılık biçiminde yapılan süngerciliğin tipik bir balıkçılık faaliyeti olarak kabul edilmesi gerekir.

⁶⁷ Dalyancılık, deniz, göl, ırmak gibi sularda, kıyılara yakın yerlerde su içinde çakılmış kazıklara gerilmiş ağlardan oluşturulan büyük, geniş balık avlama yerinde yapılan balık avcılığıdır (Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi, 09.09.2019).

⁶⁸ GÜNAY, s. 244.

⁶⁹ Danıştay İBK. 13.03.1972, 12/6, UŞAN’dan naklen, s. 12, dn. 41. Anılan kararda yapılan dalyancılık üretim değil sadece avlama biçiminde olmasından hareketle, salt balık avlama işinin tarım işi sayılmayacağına kanaat getirmiştir.

işi kavramına hem balık üretme hem de avlama işi dahil edildiğinden, tarım işlerinin de İş Kanunu'na dahil edilmeyeceğinden, dalyancılık faaliyetinde çalışanların İş Kanunu kapsamında olmayacağını ifade etmektedir⁷⁰. Varılan sonuç elbette ellinin altında çalışan sayısı olan dalyancılık faaliyetleri için geçerlidir. Bu durumda ise, aynı işi yapan büyük su ürünleri üreticilerine İş Kanunu uygulanırken, diğerlerine Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanması sonucu ortaya çıkacaktır⁷¹. Öte yandan, su ürünleri üreticilerinin İş Kanunu kapsamında olduğu görüşünü paylaşan bir görüşe göre ise, İş K. m. 4/f bendi gereği, Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işinden sayılmayan su ürünleri üreticilerinin çalışan sayısı sınırına tabi olmaksızın İş Kanununa dahil olduğu gerekçesine dayanmaktadır⁷². Amaca daha uygun olan bu gerekçeye katıldığımızı belirtmekle birlikte, yukarıda bahsettiğimiz İş K. m. 111'de yer alan su ürünleri üreticilerinin de tarım işi yaptığını düzenleyen açık hüküm karşısında, varılan sonuç eleştiriye açıktır⁷³. Aynı sorunun sadece su ürünleri üreticileri için değil, su ürünleri avcılığı yapanlar için de geçerli olduğu gerçeği karşısında kanaatimizce, tarım işi kavramının daraltılarak, su ürünleri üreticiliğinin ve özellikle de su ürünleri avcılığının bu kavramın kapsamı dışına çıkarılması daha isabetli olacaktır.

Yukarıda avcılık olarak kabul edilemeyen su ürünleri üreticiliğinin İş Kanunu kapsamında olduğunu belirledikten sonra, İş Kanunu m. 4/2-c'de düzenlenen "tarım sanatı" kavramı ile balıkçılık faaliyetini ilişkilendirmek gerekecektir. Tarımdan elde edilen ürünlerin işlenmesi biçiminde tanımlanan tarım sanatına, öğretilde zeytinden zeytinyağı, süttten peynir, üzümünden sirke yapılması biçiminde örnekler verilmekte ve anılan işler İş Kanunu kapsamında sayılmaktadır⁷⁴. Yargıtay eski tarihli bir kararında ise, tutulan balıkların tuzlanması ve işlenmesi faaliyetini tarım sanatı olarak kabul etmiştir⁷⁵. Ancak günümüz modern balıkçılığı incelendiğinde, özellikle açık deniz balıkçılığı yapan büyük balıkçı gemilerinde balık avcılığının yanı sıra, tutulan balıkların

⁷⁰ UŞAN, s. 13.

⁷¹ Bu durumun tüm tarım ve orman işi yapanlar için söz konusu olduğu ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönündeki haklı eleştiri için bkz. CENTEL, s. 10-16.

⁷² GÜNAY, s. 244.

⁷³ Uşan'a göre de, Deniz İş Kanunu'na girmemek koşuluyla denizlerde balık üretimi, yetiştirilmesi ve avcılığı tarım işi sayılmaktadır, (UŞAN, s. 12).

⁷⁴ ÇELİK /CANİKLİOĞLU /CANBOLAT, s. 156; AKTAY /ARICI /SENYEN KAPLAN, s. 48.

⁷⁵ Y. 10. HD. 05.10.1976, E. 2003, K. 6763, NARMANLIOĞLU, s. 82.

işlenmesi ve hatta paketlenmesi işlemlerinin de balıkçı gemisinde gerçekleştiği görülmektedir. Böylece, aynı gemide faaliyet gösteren çalışanların bir kısmının İş Kanunu kapsamı dışında olmalarına karşın, bir kısmının tarım sanatı yaptıkları gerekçesiyle İş Kanunu'na dahil edilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır.

Nihayet, balık avcılığı işiyle uğraşan çalışanların tabii olduğu kanuna ilişkin değerlendirme yapmak gerekirse, ilk olarak balıkçılığın İş Kanunu'nda yer alan istisnalardan “deniz taşıma işi” niteliği taşımadığından, doğrudan İş Kanunu kapsamı dışında olduklarını söyleyemeyiz. Maddenin son kısmında yer alan, “Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler”, hükmünü değerlendirdiğimizde, balıkçılığın Deniz İş Kanunu kapsamında olup olmadığına göre sonuca ulaşmak mümkündür. Deniz İş Kanunu'nun⁷⁶ kapsamını belirleyen 1. maddesinde, “*Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır.*” hükmünün yer aldığı bilinmektedir. Görüldüğü gibi bir geminin Deniz İş Kanunu kapsamına girmesi için üç temel koşulun birlikte mevcut olması gerekir. Bunlar; geminin deniz, göl veya akarsularda çalışıyor olması, Türk bayrağı taşıması ve nihayet yüz ve daha fazla grostonilatoluk olmasıdır. Son koşul esnekleştirilerek, 1. maddenin devamına, “*Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde birinci bent hükmü uygulanır.*” hükmü eklenmiştir. Böylece daha küçük boyuttaki ve daha az çalışmanı bulunan gemiler de Deniz İş Kanunu kapsamına dahil edilmiştir.

Deniz İş Kanunu kapsamı belirlenirken, geminin hangi amaçla kullanılmakta olduğu önem arz etmediğinden, taşıma⁷⁷, ticaret, turizm, eğitim, spor gibi farklı amaçlara hizmet eden gemiler de bu kanun kapsamına dahil edilmektedir⁷⁸. O halde balıkçılık faaliyeti yürüten bir geminin de yukarıda

⁷⁶ RG. 12586, 29/4/1967.

⁷⁷ İş Kanunu'nda deniz taşıma işinin kapsamda olmadığı açıkça ifade edildiğinden, deniz taşıma işini yürüten bir geminin DİK.'da sayılan diğer koşulları da sağlamaktaysa Deniz İş Kanunu kapsamında değerlendirileceği kuşkusuzdur. Aynı yönde, KAR, (Deniz İş), s. 132-135.

⁷⁸ BEDÜK, s.35; MOLLAMAHMUTOĞLU /ASTARLI /BAYSAL s. 71. Buna karşın Yargıtay'ın bir kararında, DİK kapsamına sadece deniz taşıma işlerinin girdiği yönünde bir kabule yer verilmiştir. Y. 9. HD., E. 2009/6543 K. 2009/12102 T. 28.04.2009, <https://www.>

sayılan üç temel koşulu sağlamak kaydıyla Deniz İş Kanunu kapsamına dahil olması gerekmektedir⁷⁹. Ancak bir balıkçı gemisinin Deniz İş Kanunu kapsamına dahil olamadığı durumlarda, örneğin yüz grostonilatonun altında olması gibi durumlarda, İş Kanunu'na mı yoksa Türk Borçlar Kanunu'na mı dahil olacağı sorusunun da yanıtlanması gerekmektedir. “Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler”, İş Kanunu kapsamına dahil olduğundan ve su ürünleri üreticiliği kavramına balık avcılığı da dahil olduğundan ve İş Kanunu kapsamındaki tarım işi kavramına su ürünleri avcılığı da dahil olduğundan, ellinin altında çalışan olan balıkçı gemileri Türk Borçlar Kanunu kapsamına dahil olurken, ellinin üzeri çalışan olanlar İş Kanunu kapsamına dahil olacaktır. Ancak ellinin üzerinde çalışan olan bir balıkçı gemisinin Deniz İş Kanunu kapsamına dahil olma olasılığının da çok yüksek olduğunu belirtmek gerekir. Öğretide bizim de katıldığımız görüşte olan, *Bedük* ve *Dündar* da, balıkçılık sektöründe çalışanların dahil olduğu kanun kapsamını belirlerken, öncelikle Deniz İş Kanunu kapsamında olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerektiğini, bu kapsamda değilse ve gerçekleştirdikleri faaliyet tarım işinden de sayılmıyorsa, Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağını ifade etmektedir⁸⁰. Yargıtay'ın da aynı görüş doğrultusunda kararları bulunmaktadır⁸¹. *Narmanlıoğlu*, açıklamasını sadece balıkçılığa özgülememekle birlikte, denizde yapılan fakat Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen işler hakkında İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁸². *Kar* ise, deniz taşıma işi sayılmayan ve tarım işi niteliğinde de olmayan balıkçılık faaliyetlerine İş Kanunu uygulanacağını ifade etmektedir. Ancak İş K anununun yer alan, “*kara ve su avcılığı ve üreticiliği ile bu yoldan elde edilen ürünlerin saklanması ve taşınması*” biçimindeki geniş bir şekilde yapılmış tarım işi tanımı karşısında, deniz,

lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2009-6543-k-2009-12102-t-28-04-2009, erişim tarihi 12.09.2019.

⁷⁹ Aynı yönde, SÜZEL, s. 193.

⁸⁰ BEDÜK, s. 41-42; DÜNDAR, s. 143-144; KAR, (Deniz İş), s. 40.

⁸¹ Y. 7. HD. E. 2014/7013 K. 2014/15462 T. 07.07.2014, lexpera.com.tr. Bir başka kararda ise, 47,21 grostonilato olan gemide 2-3 işçinin balık avcılığı yapmakta olduğu gemide yapılan çalışmanın DİK'na tabi olmadığı ancak gemideki bu faaliyetin deniz tarımı kapsamında olup olmadığı, davacının İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığına buna göre karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Y., 22. HD., E. 2016/15558 K. 2018/17619 T. 19.7.2018, lexpera.com.tr. Benzer içerikli bir karar, Y. 22. HD., E. 2017/7675 K. 2017/10768 T. 11.5.2017, lexpera.com.tr.

⁸² NARMANLIOĞLU, s. 80.

göl ve akarsularda yapılmakta olan hangi balıkçılık faaliyetinin tarım işi sayılmayacağını belirlemek güçtür. Bu nedenle kanaatimizce balık avcılığı her durumda tarım işi sayılmaktadır. Ancak tarım işlerinin tamamı değil de bir bölümü İş Kanunu kapsamında olduğundan, DİK kapsamına girmeyen ve elli ve ellinin altında çalışanı olan balıkçı gemilerinde çalışanlar, aslında tarım işi yapmalarına karşın İş Kanunu'na değil, Türk Borçlar Kanunu'na tabi olacaklardır. Bu da ülkemizde sıklıkla görülen küçük çaplı kıyı balıkçıların TBK kapsamına gireceği sonucunu doğuracaktır⁸³. Ancak varılan bu sonucu olumlu bulan *Kar*'a göre, Deniz İş Kanunu'nda yer almayı da, TBK'da yer alan ve işçi lehine olan pek çok hüküm bulunmaktadır⁸⁴.

Sonuç olarak, balıkçılık sektöründe çalışan Deniz İş Kanunu, İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamına dahil olan üç farklı çalışan grubu ortaya çıkmaktadır ki, uygulama birliği sağlama açısından olumlu sonuçlar doğurmayacağı açıktır. Bu nedenle kanaatimizce 2006 Deniz Çalışma ILO Sözleşmesinin kabulünün ardından güncellenmesi beklenen Deniz İş Kanunu'na balıkçılık faaliyetiyle uğraşan tüm çalışanları dahil etmek isabetli olacaktır.

2. Deniz İş Kanunu-İş Kanunu-Türk Borçlar Kanunu İlişkisi

Farklı nitelikteki balıkçı gemilerinde çalışan balıkçılara farklı kanunların uygulanacağı tespit edildikten sonra dahi, Deniz İş Kanunu kapsamında olan bir balıkçıya bu kanunda hüküm bulunmaması durumunda İş Kanunu mu yoksa Türk Borçlar Kanunu mu uygulanacağı sorusunu da yanıtlamak gerekmektedir. Diğer bir ifade ile, Deniz İş Kanunu ile İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu arasındaki ilişki ortaya konulmalıdır. İlk olarak Deniz İş Kanunu ile İş Kanunu arasındaki ilişkiyi belirleyecek olduğumuzda, öğretide görüş birliği olmadığı, bir görüşün Deniz İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde TBK'nın uygulanacağını zira DİK'da İş Kanunu'nun genel nitelikte bir kanun olduğu yönünde bir ifade yer almadığı gibi sadece istisnai⁸⁵ bazı durumlarda

⁸³ Oysa 4857 sayılı Kanunda yapılan değişikliğin amacı, “su ürünleri üreticilerinin” İş Kanunu kapsamına dahil ederek, kıyı şehirlerimizde rastlanan, kolsuz veya tek bacaklı olarak adlandırılan küçük çaplı balık avcılarının da İş Kanunu kapsamına alınmasını sağlamak olduğu yasanın kabulü esnasında Meclis görüşmelerinde dile getirilmiştir (YÜREKLİ, s. 629). Ancak Deniz İş Kanunu kapsamına 5’den fazla çalışanı olan gemiler girdiğine göre, küçük çaplı balıkçı teknesi kavramı da beşten az çalışanı olan tekneler için kullanılacaktır.

⁸⁴ KAR, (TBK), s 170.

⁸⁵ Örneğin DİK.m.49’da açıkça İş K.’daki çalışma hayatının teftiş ve denetimi ile ilgili maddelerin uygulanacağı belirtilmiştir.

İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı yönünde olduğu görülmektedir⁸⁶. Diğer görüşe göre ise, İş Kanunu'nun 1. maddesinde, 4. maddede sayılan istisnalar dışında kalan tüm iş ilişkilerine İş Kanunu uygulanacağı hükmüne yer verilerek, işçiyi koruyucu nitelikte hükümler bakımından İş Kanunu'nun gerisinde kalan DİK'na tabi çalışanlara, hüküm bulunmayan durumlarda İş Kanununun uygulanması gerekmektedir⁸⁷.

Kanaatimizce, İş Kanunu'nun DİK'na göre genel nitelikte olduğu görüşüne katılmamak gerekir. İlk görüşü savunanların belirttiği üzere, sadece istisnai durumlarda İş Kanunu'na atıf yapılması bunun sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. TBK'nun genel ve yeni tarihli olma özellikleri dikkate alındığında, DİK.'da hüküm bulunmayan hallerde genel Kanun olan TBK'ya gitmek gerekmektedir. TBK'daki genel hükümlerin balıkçılık gibi spesifik bir çalışmanın ihtiyacını karşılamada yetersiz kalma olasılığı karşısında ise, 188 sayılı Sözleşmenin iç hukukumuzda dahil edilmesi gerektiği sonucu bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar uluslararası sözleşmelerin kanunun üzerinde olduğu yönündeki Anayasal esas mevcut olsa da, sözleşmenin iç hukuka yansıtılmasıyla 188 sayılı Sözleşmenin sorunsuz ve daha pratik bir biçimde uygulanması sağlanacaktır.

Deniz İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu ilişkisi değerlendirildiğinde ise, şayet İş Kanunu ile DİK.'nu özel kanunlar olarak değerlendirirsek, genel kanun TBK. olacak ve dolayısıyla DİK'da hüküm bulunmayan hallerde TBK uygulanacaktır. Bu görüşü savunan *Kar*, yaptığı tespitite pek çok TBK. hükmünün DİK'da düzenleme yer almayan konularda uygulanacağını ifade etmiştir⁸⁸.

3. İkincil Mevzuat

Balıkçılık sektöründe çalışanlara yönelik düzenlenen ikincil mevzuat genellikle yönetmelik biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri, "*Balıkçı Gemilerinin Emniyeti Hakkında Yönetmelik*"tir⁸⁹. Bu yönetmelik,

⁸⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 21; SÜZEK, s. 34; GÖKÇE, s. 741; KAR, (Deniz İş), s. 40; BEDÜK, s. 43.

⁸⁷ CENTEL, (1994), s. 19; ULUCAN, s. 13. Bu yönde, Y. 9. HD., 04.05.1968, 431/377, KAR, (TBK), s. 168.

⁸⁸ KAR, (TBK), s. 171-176.

⁸⁹ RG. 26089, 23.02.2006.Yönetmelik, 01.07.2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Anılan Yönetmelik, 97/70/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi hükümlerine paralel olarak hazırlanmıştır. Yönetmelik ayrıca "Türk balıkçı gemilerinin bu Yönetmeliğin Ek-1'inde aksi

boyu 24 metreden fazla olan Türk bayraklı, Türk iç sularında veya kara sularında çalışan, yakaladıkları avları bir Türk limanına getirip bırakan mevcut balıkçı gemileri için emniyet standartlarını oluşturmak ve balıkçı gemilerinin emniyeti konusunda ulusal uygulamalarla ilgili yetki, görev ve sorumluluklar ile uygulama usul ve esaslarını belirlemektedir⁹⁰. Bu yönetmelik balıkçı gemileriyle ilgili kurallara yönelik olduğundan, doğrudan balıkçılık faaliyetinde çalışanların haklarına ilişkin düzenlemeler içermemektedir.

Diğer Yönetmelik ise, *Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik*'tir⁹¹. Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz bu yönetmelik, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gereği alınması gereken tedbirleri açıklamak üzere, balıkçı gemilerinde yapılan işlerde çalışanların sağlık ve güvenliğinin korunması için alınması gereken önlemleri belirlemeyi amaçlamaktadır (Y.m.1)⁹². Bu yönetmelikte, Çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması, eğitimi ve bilgilendirilmesi gibi konularda, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla yönetmelikteki esasların uygulanacağı ifade edilmiştir. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz sağlık muayenesine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bu durumda, bu konuda İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Gemiadamlarına yönelik bir yönetmelik olan, *Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği*⁹³ ise, 1. maddesindeki düzenlemeye göre, "gemiadamları ve kılavuz kaptanların yeterlikleri, eğitimleri, sınavları, belgelendirilmeleri, sağlık durumları, elektronik kayıt işlemleri, vardiya tutmalarına ilişkin kuralları ve disiplin işlemleri ile gemiadamlarına ilişkin denizcilik eğitimi veren kurum ve kuruluşlara yönelik idari yaptırımları düzenlemekte" ve bu gemiadamları arasında balıkçı sınıfı gemiadamlarına da değinmektedir.

belirtilmedikçe, Torremolinos Protokolü Eki hükümlerine uyulması zorunluluğu getirmiştir."

⁹⁰ TANTOĞLU, s. 25.

⁹¹ RG. 28741, 20.08.2013.

⁹² Yönetmelik kapsamına İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına giren tüm balıkçı gemileri girmektedir. Yönetmeliğin yürürlükten kaldırılan 2004 tarihli önceki şeklinde ise kapsam, "İş Kanunu kapsamına giren balıkçı gemileri olarak belirlenmişti.

⁹³ RG. 30328, 10.02.2018.

Konuyla ilgili bir diğer yönetmelik ise, *Gemiadamlarının İkamet Yerleri, Sağlık ve İşelerine Dair Yönetmelik*'tir⁹⁴. Ancak bu yönetmelik, 2. maddesinde, "500 grostonilatodan daha küçük gemilerle, balık avı ve benzeri işlerde çalışan gemiler, römorkörler ve yüzer vinçler dışında 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren gemiler ile bu gemilerde çalışan gemiadamları, bunların işverenleri ve işveren vekillerini kapsar." demek suretiyle balıkçı gemilerinin büyüklüğüne bakılmaksızın bu yönetmelik kapsamında olmadığını açıkça ifade etmiştir.

Sözü edilen Yönetmeliklerin genellikle balıkçılık faaliyeti yürüten çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Oysa balıkçılık faaliyetinin kendine has bir mevsimlik iş olma özelliği dikkate alındığında, gerek iş sözleşmesi gerekse çalışma koşulları konusunda özel düzenlemelere de ihtiyaç duyulduğu kuşkusuzdur. İşte bu noktada 188 sayılı ILO Sözleşmesinde bahsedilen konuları düzenleyen hususların iç hukukumuzda dahil edilerek yönetmelik olarak çıkarılması isabetli olacaktır. Örneğin 188 sayılı Sözleşmede balıkçıların iş sözleşmelerinin nasıl düzenlenmesi gerektiğine yönelik detaylı açıklamalar yapılmışken, hukukumuzda bu konu ya Deniz İş Kanunu'ndaki ya da İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu'ndaki iş sözleşmelerine ilişkin genel kurallara göre yapılmaktadır.

IV. 188 Sayılı Balıkçılık Çalışma ILO Sözleşmesinde Düzenlenen Hükümlerin Ulusal Mevzuatta Yer Alan Düzenlemelerle Karşılaştırılması

A. Genel Olarak 188 Sayılı Sözleşme İçeriği

Toplamda 54 madde ve eklerden oluşan 188 sayılı Sözleşmede, 9 temel bölüm yer almaktadır. Bunlar; tanımlar ve kapsam, genel ilkeler, balıkçı gemilerinde çalışma için gereken asgari şartlar, hizmet koşulları, konaklama ve yemek, tıbbi bakım ve sosyal güvenlik, uygulama, eklerde yapılan değişiklikler ve nihai hükümlerdir. Ayrıca sözleşmeye ek olarak üç temel konu başlığı düzenlenmiştir. Bunlar; gemi ölçüm birimlerinde denklik sağlamaya yönelik hükümler, balıkçıların iş sözleşmesinde bulunması gereken hususlar ve nihayet balıkçı teknesinde konaklamaya ilişkin hususlardır.

Yukarıda da değinildiği gibi sadece Deniz İş Kanunu kapsamında olmayan balıkçıların, kendilerine uygulanan ulusal mevzuat hükümleriyle 188 sayılı ILO sözleşmesinde yer alan bu haklardan ne ölçüde yararlandıklarını

⁹⁴ RG. 20378, 20.12.1989.

tüm sözleşme maddeleri için ayrı ayrı değerlendirmek çalışmamızın kapsamını oldukça genişleteceğinden, değerlendirmelerimizi sadece sözleşmenin ilk bölümünde yer alan “kapsam” ve üçüncü bölümünde yer alan “balıkçı gemilerinde çalışmak için gereken asgari koşullar”a özgüleyeceğiz.

188 Sayılı Sözleşmeye bakıldığında, sosyal diyalogun ve üçlü istişarenin önemini vurgulamakta olduğu görülmektedir. Bu nedenle pek çok hüküm ancak işverenlerin ve işçi örgütleriyle (özellikle balıkçı teknesi sahiplerinin ve balıkçıları temsil eden kuruluşlar) yapılan “istişarenin ardından” uygulanabilir⁹⁵. İnceleyeceğimiz maddelerde de istişare gerektiren hükümler söz konusudur.

B. Sözleşmenin Kapsamı

188 sayılı Sözleşmenin ilk bölümünde yer alan ve bu sözleşmenin hangi balıkçılık faaliyetlerine uygulanacağını açıklayan 2, 3, 4 ve 5. maddeleri incelenerek sözleşme koruması altında olan çalışanları belirlemek gerekir. İlk olarak oldukça geniş bir ifadeye yer verilerek, “*İşbu sözleşmede aksi belirtilmediği sürece, bu Sözleşme tüm balıkçılar ve ticari balıkçılık faaliyetlerinde bulunan tüm balıkçı gemileri için geçerlidir.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır (m. 2/1). Maddede yapılan tek sınırlamanın balıkçılığın amacı yönünde olduğu ve sadece ticari balıkçılığı kapsamına aldığı görülmektedir. Yapılan işin ticari balıkçılık olup olmadığı hususunda bir tereddüt ortaya çıktığında, yetkili makamın yaptığı değerlendirme sonrası karar verilecektir (m. 2/2).

Ulusal mevzuatımızda ise, uygulanacak kanun hükmü belirlenirken balıkçılığın ticari olup olmadığı kriteri yerine “tarım işi” olup olmadığı üzerinde durulduğu görülmektedir. Bu durum yukarıda da belirtildiği gibi dahil olunacak kanunu belirlemede sorunlara yol açabilmektedir. 188 sayılı Sözleşmede, ticari balıkçılık için, hobi ve geçimlik amaçlı yapılan balıkçılık dışındaki tüm balıkçılık faaliyetlerini kapsar yönünde bir tanıma yer verildiğinden, aslında oldukça geniş bir kesimi kapsamına dahil ettiği söylenebilir.

Maddenin devamında, Sözleşme taraflarına bu sözleşme hükümlerinin tamamını ya da bir kısmını 24 metreden daha kısa balıkçı gemilerine de

⁹⁵ ILO Work in Fishing Convention and Recommendation, 2007

Action Plan 2011–2016, International Labour Office Geneva, 2011, s. 3 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_161220, erişim tarihi, 05.10.2019.

uygulayabilme inisiyatifi verilmiştir. Görüldüğü gibi kapsamı belirleme konusunda Sözleşme hükümlerinin oldukça esnek bir şekilde belirlendiği söylenebilir⁹⁶. Zira sözleşmenin 3. maddesinin 1. fıkrasında, uygulamada sorunlar çıkacağı düşünüldüğünde, taraf devletlerin, “nehir, göl veya kanallarda balıkçılıkla uğraşan balıkçı tekneleri ile sınırlı kategoride balıkçı veya balıkçı teknelerini bu sözleşmenin gereklilik veya hükümlerinden bazıları ile ilgili olarak kapsam dışı bırakabilmesine olanak sağlamaktadır.”

“Sınırlı kategorideki işçiler” deyiminin salt 188 sayılı Sözleşmeye özgü olmadığını, ILO’nun pek çok sözleşmesinde de bu yönde sınırlı kategoriler belirlendiği bilinmektedir⁹⁷. Ancak, istisnalar, yalnızca Sözleşme’nin gerekliliklerini yerine getirmek için alternatif bir çözüm bulunmadığı önemli nitelikteki sorunların ortaya çıkması durumunda yapılmalıdır⁹⁸.

Ülkemizin 188 sayılı Sözleşmeye taraf olması durumunda, yukarıda belirtilen sınırlamalardan hukuk sistemimiz ve uygulamaya en uygun olanını tercih etmesi ve en azından kademeli olarak tüm balıkçı gemilerini kapsama alması yararlı olacaktır.

C. Balıkçı Gemilerinde Çalışmak İçin Gereken Asgari Koşullar

Sözleşmenin üçüncü bölümünde yer alan asgari koşullar iki temel başlık altında ele alınmış ve ilk olarak balıkçı gemilerinde çalışabilmek için asgari yaş koşulu getirilmiştir. İkinci koşul olarak da, çalışanların tıbbi muayeneden geçirilmesi düzenlenmiştir.

199 sayılı Tavsiye Kararında da benzer içerikli olarak balıkçı gemilerinde çalışmak için aranan koşullar düzenlenmiş ve gençlerin korunması, tıbbi muayene, yetkinlik ve eğitim olmak üzere üç başlık altında taraf devletlere tavsiyelerde bulunulmuştur.

⁹⁶ ILO’nun Balıkçılık sektöründeki çalışmaya ilişkin IV-(2A) sayılı raporu incelendiğinde, pek çok ülkenin (Fransa, Arjantin, Çin Belçika, Brezilya) kapsama ilişkin esnek hükümlere sıcak bakmadığı söylenebilir. İstisnai olarak Almanya’nın bağımsız çalışan balıkçılar açısından bu gruptakilerin kapsam dışı tutulması gerektiğini ifade ettiği görülmektedir (<https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc96/pdf/rep-iv-2a.pdf>, s. 11, erişim tarihi 11.09.2019.).

⁹⁷ Örneğin, 158 sayılı Sözleşmenin Sona Ermesine İlişki ILO Sözleşmesinin 2/5. maddesinde de iş güvencesinin işletmenin büyüklüğü veya yapılan işin niteliğine göre sınırlı işçi kategorileri için uygulanmamasına karar verilebileceği düzenlenmiştir.

⁹⁸ ILC, 81. Oturum, 1994, Bildiri kayıtları, paragraf 61, s. 23/18.

1. Asgari Yaş

Balıkçılık faaliyetinin oldukça güç çalışma koşullarında yapıldığı gerçeği göz ardı edilemeyeceğinden, belirli yaşın altındaki çalışanların bu faaliyeti yürütmemesi aslolanıdır. Ancak çocuk işçiliği balıkçılık sektöründe de sıklıkla görülen bir sorun olduğundan, FAO ve ILO bu konuda özel düzenlemeler içeren çalışmalar yapmaktadır⁹⁹. Balıkçı gemilerinde çalışabilmek için gereken asgari yaş, Sözleşme'nin 9. maddesinde üç farklı biçimde belirlenmiştir. Buna göre, genel yaş sınırı, asgari 16 yaş olacaktır¹⁰⁰. Bununla birlikte, yetkili makam, ulusal mevzuatın sağladığı zorunlu eğitime tabi olmayan ve balıkçılıkta mesleki eğitim yapan kişiler için bu sınır en az 15 yaş olarak belirlenebilir¹⁰¹(m. 9/1). Ancak 15 yaşını dolduranların yapabileceği işler okul tatillerinde olmak kaydıyla hafif nitelikli işler olacaktır (m. 9/2). Bu konuda belirlenen üçüncü yaş sınırı ise, 18 yaştır. Balıkçılık faaliyetinin doğası gereği ya da içinde bulunulan özel durumda gençlerin sağlık, güvenlik ve ahlaki durumlarını tehlikeye atacak nitelikte işlerde bu yaş sınırı geçerli olacaktır (m. 9/3).

4857 sayılı Kanun'da yer alan asgari yaşa ilişkin düzenlemelerin 188 sayılı ILO sözleşmesinde düzenlenen hükümlerden farklı olduğu görülmektedir. İş K.m.71'e göre genel asgari çalışma yaşı 15 yaşını doldurulmasıdır¹⁰². Ancak

⁹⁹ Örneğin ILO ve FAO, 14-16 Nisan 2010 tarihinde Roma'da ortak bir çalışma yürüterek, balıkçılık sektöründeki çocuk işçiliğinin nedenleri, etki ve sonuçlarını belirlemeye çalışmışlardır. Anılan çalışmada dikkat çeken husus, üye devletlere ülkelerinde öncelikle balıkçılık sektöründe çalışan çocuklara yönelik bir risk değerlendirmesi yapıp, ardından çıkan sonuç doğrultusunda ulusal mevzuatlarında gereken tedbirleri almaları önerildi. Ayrıca hükümetlere, balıkçılık sektöründe çalışan çocukların zorla çalıştırılmasının önlenmesi için çağrıda bulunuldu. Report of the FAO Workshop on Child Labour in Fisheries and Aquaculture in Cooperation with ILO, Rome, 14-16 April 2010, s. 3, <http://www.fao.org/3/i1813e/i1813e00.htm>, erişim tarihi, 13.09.2019.

¹⁰⁰ 1999/63 EC sayılı Deniz İşçilerinin Çalışma Sürelerine İlişkin Konsey Direktifinin 11. maddesinde de, 16 yaşından küçüklerin gemide çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. Anılan Yönerge, Avrupa Topluluğu Armatörler Birliği (ECSA) ve Avrupa Birliği Ulaştırma İşçileri Sendikaları Federasyonu (FST) ELI tarafından imzalanmıştır. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:01999L0063-20090520>, erişim tarihi 21.09.2019.

¹⁰¹ Bu istisna, 1973 tarihli 138 sayılı Asgari Yaş ILO Sözleşmesi hükümleriyle tutarlı olarak kabul edilmiştir. Bu sözleşme Türkiye'de 30.10.1998 tarihinden itibaren yürürlükte olup, genel asgari çalışma yaşı 15 olarak belirlenmiştir.

¹⁰² İş K. m. 71; *"On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına*

Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nin 27. maddesinde balıkçı gemisi güverte tayfası yeterliği almak için müracaat edenlerden; "On sekiz yaşını bitirmiş olmak" koşulu arandığı görülmektedir. Maddenin devamında, balıkçı gemisi kaptanı yeterliği almak için on sekiz yaşını bitirmiş olmak ve açık deniz balıkçı gemisi kaptanı yeterliği almak için ise yirmi yaşını bitirmiş olmak koşulları aranmaktadır.

Bir deniz aracında çalışan kişinin gemi adamı niteliğinde olması o deniz aracının büyüklüğüne göre belirlenmekte ve Gemilerin Gemiadamları İle Donatılmasına İlişkin Yönerge'de belirtildiği üzere 50 net tondan büyük her gemi ile talep halinde tonajına bakılmaksızın bütün gemiler bu yönergedeki çizelgelere göre Ek-1'de belirtilen örneğe uygun olarak "Gemiadamları Donatımında Asgari Emniyet Belgesi" almak zorundadır (m. 4). İş mevzuatımıza göre gemi adamı olmak için gemide iş sözleşmesiyle istihdam edilmiş olmak yeterli olduğundan¹⁰³, tüm balıkçı gemilerinde/teknelerinde çalışanların gemi adamı olduğunu söylemek mümkündür. Böylece dahil olduğu kanunun DİK, TBK veya İş Kanunu olmasına bakılmaksızın balıkçılık yapan tüm gemiadamları açısından Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliğinde belirtilen asgari yaş sınırları uygulanacaktır. Böylece 188 sayılı Sözleşmenin ötesinde bir düzenleme yapılarak, 15 ve 16 yaşlar değil sadece 18 yaşından büyüklerin balıkçı sınıfı gemi adamı olması mümkün kılınmıştır.

Deniz İş Kanunu'nda¹⁰⁴ ve TBK'da asgari yaşa ilişkin özel bir düzenleme de bulunmamaktadır¹⁰⁵. 2006 ILO Deniz İş Sözleşmesi her ne kadar balıkçılık sektöründe uygulanmasa da, bu sözleşmede de gemi adamı açısından kabul edilen asgari yaş 16 olarak belirlenmiştir.

Denizde yapılan işlerin doğası gereği tehlikeli nitelikte olması, 138 sayılı Asgari Yaş ILO Sözleşmesi'nin 3/1. maddesinde belirtildiği üzere, "gençlerin

devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler."

¹⁰³ KARAN/AKIN, s. 719.

¹⁰⁴ Kanaatimizce Deniz İş Kanunu'nda asgari çalışma yaşına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış olması büyük bir eksiklik. Bu eksikliğin 2006 Deniz Çalışma ILO Sözleşmesinin kabulünün ardından tamamlanması isabetli olacaktır.

¹⁰⁵ TBK kapsamındaki işçiler açısından asgari yaşa ilişkin düzenleme bulunmadığından Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümlerine gidilmesi gerektiği ancak anılan eski tarihli kanunun da günümüz ihtiyaçlarını karşılamadığı için eleştirilebileceği yönünde, ÖZKARACA/ÜNAL, s. 371; Aynı yönde, BAKIRCI, s. 229.

sağlığını, güvenliğini veya ahlâkını tehlikeye atacak herhangi bir iş veya işe giriş için asgari yaş 18 yaşından küçük olamaz.” hükmü doğrultusunda gemi adamı olunabilecek yaş konusunda 18 yaş sınırının getirilmiş olması isabetlidir¹⁰⁶. 188 sayılı Sözleşmede de aynı doğrultuda hareket edilerek 9/3. maddesinde, “*Balıkçı gemilerinde, doğası gereği ya da içinde buldukları şartların tehlikeye girme olasılığı olan gençlerin sağlık, güvenlik veya ahlaki durumlarını tehlikeye atacakları faaliyetlerde çalışanların asgari yaşı 18 yaşından küçük olmayacaktır.*” ifadelerine yer verilmiştir¹⁰⁷. Böylece ulusal hukukumuzda yer alan 18 yaş sınırı ile 188 sayılı Sözleşmeye uygun hatta onun daha üzerinde bir düzenleme yapmış olduğumuzu söyleyebiliriz.

Asgari çalışma yaşına ilişkin bir diğer husus da, gece çalışmaya ilişkindir. Sözleşmenin 9/6. maddesinde, 18 yaşından küçüklerin balıkçı gemilerinde gece çalışması yapması yasaklanmıştır¹⁰⁸. Maddenin uygulanmasında, “gece” ulusal yasa ve uygulamaya göre tanımlanacaktır. Ancak en geç 24:00’da başlayıp, en erken saat 5:00’de biten ve en az 9 saat süren bir zaman periyodunu kapsayacak biçimde belirlenmelidir¹⁰⁹. Maddenin devamında, “*Yetkili makam gece çalışması ile ilgili katı uygulamanın kısıtlanmasına aşağıdaki durumlarda istisna getirebilir; (a) İlgili gemiadamlarının mevcut programları çerçevesinde yapılması kararlaştırılan fiili eğitimlerinin tehlikeye düşmesi durumunda veya, (b) görevin doğası veya kararlaştırılmış bir eğitim programı gereği istisna getirilen gemiadamlarının gece çalışmasının öngörülmesi ve yetkili makamın ilgili armatör ve gemiadamları örgütlerine danıştıktan sonra, bu işin gemiadamlarının sağlığına ya da refahlarına zarar vermediğini kararlaştırması durumunda.*” şeklinde iki istisnaya yer verilmiştir¹¹⁰.

¹⁰⁶ ÖZKARACA/ÜNAL, s. 370; BAYRAM, s. 72-73.

¹⁰⁷ Maddede bahsedilen tehlikeli durumlara, geminin kapalı alanlarında yapılan gürültüye, titreşime maruz kalınan işler, ağır yüklerin elle taşınması, ağların çıkarılması gibi işler örnek olarak gösterilebilir (ILO Handbook For Improving Living And Working Conditions On Board Fishing Vessels, Geneva, 2010, s. 60 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_162323.pdf, erişim tarihi, 25.09.2019.).

¹⁰⁸ Aynı yasağa, 1999/63 EC sayılı Denizcilerin Çalışma Sürelerine İlişkin Direktifi’nin 6/1. maddesinde de rastlamaktayız.

¹⁰⁹ İş K. m. 69/1’de ise gece tanımı daha farklı olarak şu şekilde yapılmıştır; “*Çalışma hayatında “gece” en geç saat 20.00’de başlayarak en erken saat 06.00’ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir.*”

¹¹⁰ Benzer içerikli gece çalışma yapılmasına yönelik istisnaya 1999/63 sayılı EC Direktifte de yer verilmiştir.

Ulusal mevzuatımıza baktığımızda, İş Kanunu'nda sadece sanayie ait işlerde 18 yaşını doldurmamış olanların gece çalışması yasaklanmıştır (m.73/2). Ancak bu hüküm doğrudan balıkçılara uygulanacak nitelikte değildir. Bunun dışında, kadın çalışanlara ilişkin olarak, Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik¹¹¹'te kadın çalışanların gece çalışması tamamen yasaklanmamakla birlikte bu nitelikteki çalışanlar için özel düzenlemeler getirilmiştir. Ülkemiz uygulamasında balıkçılık sektöründe çalışan kadın sayısının az olduğundan, bu yönetmelik hükmünün de yaygın uygulaması olduğunu söylemek güçtür¹¹².

Deniz İş Kanunu'nda ise gece çalışması yapılamayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹³. Zira denizde yapılan işler özellikle de balıkçılık faaliyeti doğası gereği gece veya gündüz yapılması gerekebilecek nitelikte işlerdir. Gece çalışmaya ilişkin bir diğer ILO Sözleşmesi ise 180 sayılı Gemiadamlarının Çalışma Saatleri ve Gemide Çalışma Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de aynı yasak yer almaktadır¹¹⁴. Bu sözleşmeye ülkemiz taraf olmadığından, Deniz İş Kanunu'nda benzer içerikli bir düzenlemenin olmaması beklenen bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak 2006 Deniz Çalışma Sözleşmesinin gece çalışmaya ilişkin yaptığı düzenlemeler ile 188 sayılı ILO Sözleşmesinin düzenlemelerini karşılaştırdığımızda birbirinin aynısı olduğu görülmektedir¹¹⁵. He ne kadar Deniz Çalışma Sözleşmesi

¹¹¹ RG. 28717, 24.07.2013. Anılan Yönetmelik 6331 sayılı Kanun kapsamına giren işyerlerinde uygulanacaktır.

¹¹² AB'nin 2002'de çıkardığı rapora göre avcılık ana sektöründe Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında en çok kadın balıkçı %7 ile Yunanistan'dadır. Türkiye'de ise tekne üzerinde çalışan kadın balıkçılarla ilgili herhangi bir sayısal resmi kayıt yoktur. Balıkçılık mesleği erkek meslekleri arasında kabul edildiğinden yönetim planlarında da cinsiyet dengesi gözlemlenmemektedir (Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, Toplumsal Cinsiyet Balıkçılık Sektöründe Kadınlar, <https://tr.boell.org/tr/2017/06/07/toplumsal-cinsiyet-balikcilik-sektorunde-kadınlar>, erişim tarihi 24.09.2019).

¹¹³ Deniz İş Kanunu'nda çalışma sürelerine ilişkin tüm düzenlemelerin herhangi bir fark oluşturulmaksızın gece çalışmaları içinde geçerli olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. (ASTARLI, s. 266).

¹¹⁴ Anılan Sözleşme, 1996 yılında kabul edilmiştir. Türkiye bu sözleşmeye de taraf değildir. Sözleşme genel olarak gemi adamlarını konu edinse de, Uygulanabilir gördüğü ölçüde, balıkçı teknesi sahiplerinin ve balıkçıların temsilci kuruluşlarına danıştıktan sonra, yetkili otorite, bu Sözleşmenin hükümlerini ticari deniz balıkçılığına uygulayacaktır (m. 1/2).

¹¹⁵ 2006 Deniz Çalışma Sözleşmesi Standart A1. 1. 2-3."Onsekiz yaşından küçük bir gemi adamının gece çalışması yasaktır. Yetkili makam gece çalışması ile ilgili katı uygulamanın kısıtlanmasına aşağıdaki durumlarda istisna getirebilir; (a) İlgili gemi adamlarının mevcut programları çerçevesinde yapılması kararlaştırılan fiili eğitimlerinin tehlikeye düşmesi durumunda veya, (b)görevin doğası veya kararlaştırılmış bir eğitim programı gereği istisna

balıkçıları kapsamasa da, ülkemizde onaylanmış olan Deniz Çalışma Sözleşmesi gereği gece çalışmaya ilişkin hükümlerin Deniz İş Kanunu'na dahil edilmesi gerekmektedir.

Nihayet, onsekiz yaşından küçükler bakımından getirilen bir diğer sınırlama da, 199 sayılı Tavsiye kararındaki, çalışma saatlerinin, günde sekiz saati ve haftada 40 saati geçmemesidir. Ayrıca güvenlik nedeniyle kaçınılmaz olan durumlar dışında, fazla mesai yaptırılmaması, günlük en az bir saat yemek molası izni verilmesi gerektiği yönünde düzenleme de bulunmaktadır (Bölüm I-4, 5).

2. Tıbbi Muayene

188 sayılı Sözleşmede yer alan düzenlemelerden biri de, balıkçı gemilerinde çalışabilmek için tıbbi muayeneden geçirilmiş olmak koşulunu sağlanmasına ilişkindir¹¹⁶. Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, “Hiçbir balıkçı, görevlerini yerine getirmeye uygunluğu gösteren geçerli bir sağlık sertifikası olmadan bir balıkçı teknesinde çalışamaz.” Balıkçılık faaliyetinin doğası gereği tehlike içermesi ve insan sağlığını olumsuz etkileyebilecek koşullarda yapılması nedeniyle böyle bir zorunluluk getirilmiştir¹¹⁷. Ancak maddenin devamında taraf devletlere anılan yükümlülüğe bazı durumlarda bu maddenin uygulamasında balıkçılık yapılan alan veya balıkçılık türüne göre muafiyet verme hakkı tanınmaktadır¹¹⁸ (m. 10/2). Ancak bu muafiyet 24 metreden uzun veya üç günden fazla denizde kalan balıkçı gemileri için söz konusu olmayacaktır (m10/3). Acil durumlarda, yetkili makam, balıkçının daha önce almış olduğu ancak süresi dolmuş olan

getirilen gemi adamlarının gece çalışmasının öngörülmesi ve yetkili makamın ilgili armatör ve gemiadamları örgütlerine danıştıktan sonra, bu için gemi adamlarının sağlığına ya da refahlarına zarar vermediğini kararlaştırması durumunda.”

¹¹⁶ Tıbbi muayene konusunda ILO ve IMO'nun birlikte hazırlamış olduğu, Gemiadamlarının Tıbbi Açısından İncelenmesine İlişkin Kılavuz, konuya ilişkin detayları düzenlemektedir. Bkz. Guidelines On The Medical Examinations of Seafarers, Sectoral Activities Programme ILO/IMO/JMS/2011/12, International Labor Office, Geneva 2011, <https://www.ics-shipping.org/docs/default-source/ILO-MLC-docs/ilo-imo-guidelines-on-the-medical-examinations-of-seafarers.pdf?sfvrsn=4>, erişim tarihi, 01.10.2019.

¹¹⁷ Belirtmek gerekir ki, 188 sayılı Sözleşmeye taraf olan Güney Afrika ve Kore gibi bazı ülkelerde balıkçı ve gemiadamları için aranan tıbbi muayene koşulları arasında farklılık oluşturulmamıştır (ILO Handbook For Improving Living And Working Conditions On Board Fishing Vessels, Geneva, 2010, s. 68, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_162323.pdf, erişim tarihi, 25.09.2019).

¹¹⁸ Bu yönde bir muafiyet hakkı, Sözleşmenin 4/1- (a) maddesindeki düzenlemenin sonucudur.

bir sağlık sertifikası olması koşuluyla, gemide çalışmasına sınırlı bir süre veya özel durumlarda tıbbi sertifika alınıncaya kadar izin verebilir (m. 10/3).

Ulusal hukukta konunun düzenleniş biçimini ele alacak olursak, konu doğrudan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olduğundan, TBK. m.417’de yer alan işçiyi koruma borcu ve 6331 sayılı Kanunu’nda yer alan hüküm uygulama alanı bulacaktır. Esasen anılan Kanun’un 2. maddesinde yer alan, “*kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır*” hükmü gereği balıkçılık faaliyetini gerçekleştiren tüm çalışanlar 6331 sayılı Kanun kapsamında olacaktır¹¹⁹. Buna göre, kanunun 15/2. fıkrasında yer alan, “*Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz*” hükmü 188 sayılı Sözleşme hükmünü karşılamaktadır. Aynı kanunun 9. maddesine göre, çıkarılan Tehlike Sınıfları Tebliği’nin¹²⁰ ekine göre, denizlerde ve tatlı sularda yapılan balıkçılık faaliyeti “tehlikeli” sınıfta; deniz kabuklularının, yumuşakçalarının toplanması ise “çok tehlikeli” sınıfta sayılmıştır¹²¹. Bu nedenle, tüm balıkçılık faaliyetleri açısından işe uygun olduğuna ilişkin sağlık raporu alınması zorunludur. Öte yandan, gemi adamı olabilmek için aranan genel koşullardan biri de, Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği’nin 42/1-c maddesinde “*Sağlık durumunun deniz hizmetine elverişli olduğunu belgelemek,*” olarak belirlenmiştir. Aynı yönetmeliğin 58. ve 59. maddelerinde gemiadamlarının sağlık yoklamalarının ne şekilde yapılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, “Gemiadamları, Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan Gemiadamları Sağlık Yönergesi hükümlerine göre iki yılda bir periyodik sağlık yoklaması yaptırırlar (Y. m. 58/1). Maddede ifade edilen, Gemiadamları Sağlık

¹¹⁹ Kanunun istisnalarının yer aldığı maddede aksi yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak hatırlatmak gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin 14/5/2015 tarihli ve E. 2014/177, K. 2015/49 sayılı kararıyla 2. maddenin (e) fıkrasında, “*deniz yolu taşımacılığı yapan araçların seyruşefer hallerinde bu kanun hükümleri uygulanmaz*” hükmü, iş güvenliğine ilişkin işveren yükümlülüklerden kurutulma sonucunu doğuracağından yürürlükten kaldırılmıştır.

¹²⁰ İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği, RG. 28509, 26.12.2012.

¹²¹ Yürürlükten kaldırılmış olan 15.8.2009 tarihli ve 27320 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin 57. maddesi uyarınca oluşturulan Tehlike Sınıfı Belirleme Komisyonunun görüşleri doğrultusunda işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği açısından yer aldığı tehlike sınıfları listesine göre deniz avcılığı “tehlikeli işler” arasında yer almaktaydı.

Yönergesi'nin¹²² kapsamı, 2. maddesinde, “denizde çalışacak gemi adamı adayları ile halen çalışmakta olan gemiadamlarının sağlık durumları ve sağlık işlemleriyle ilgili gereklilikleri, sağlık işlemlerini yürütecek yetkili merkez ile sağlık kuruluşlarına ilişkin işlemleri” olarak belirlenmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, Yönergede 2013 yılında yapılan değişiklikle, daha önce kapsam dışında tutulan balıkçı gemileri artık kapsama alınmıştır¹²³. Bu nedenle anılan yönergede düzenlenen esaslar balıkçılar için de uygulama alanı bulacaktır.

Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nde, “*İlk kez gemi adamı olacakların sağlık yoklamaları ile iki yılda bir tekrarlanan sağlık yoklamaları, Gemiadamları Sağlık Yönergesi hükümlerine göre yetkilendirilen kamu ve özel sağlık kuruluşlarınca yapılır.*” düzenlemesine yer verildikten sonra, balıkçı gemilerinde çalışanların sağlık yoklamalarının nerede yapılacağı şu şekilde somutlaştırılmıştır; “...balıkçı gemilerinde çalışan gemiadamlarının tabi olacakları sağlık raporları, sürücü olur raporu düzenlemeye yetkili kamu veya özel sağlık kuruluşlarından¹²⁴ veya Sağlık Bakanlığı Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü'nün birimlerinden alınır”

Sağlık raporu düzenlenmesinde, dikkate alınan kriter yönetmeliğin 58. maddesinin 4. fıkrasında şu şekilde belirlenmiştir; “*B sınıfı sürücü belgelerinin düzenlenmesinde esas alınan sağlık şartları veya raporun Sağlık Bakanlığı Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü'nden alınması durumunda anılan Genel Müdürlüğü'nün belirleyeceği standartlar geçerlidir. Göz muayenesinde renk körü olduğu veya gece körlüğü olduğu tespit edilenler gemiadamı olamazlar. Balıkçı gemisi güverte tayfası yeterliği dışında, bu madde kapsamında olan gemiadamları, ilk kez gemi adamı olurken ikinci fıkra hükümlerine uygun sağlık raporu almak, bu fıkra kapsamı dışındaki*

¹²² Gemiadamları Sağlık Yönergesi 06 Aralık 2013 tarihli ve 10600330-659/9 sayılı Bakanlık Makamı Onayı ile çıkarılmıştır. Bu Yönerge, 25/06/2003 tarihli ve 4908 sayılı Kanunla kabul edilen Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Gemiadamlarının Sağlık Muayenesine ilişkin 73 sayılı Sözleşmesi, 31.01.2013 tarihinde 6404 sayılı Kanunla kabul edilen yenilenmiş Gemiadamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme (STCW-78)'nin Kural I/9, ışığında hazırlanmıştır.

¹²³ 05 Ocak 2011 Tarih ve B.10.1.HSS.0.61.00.00/ 01 Sayılı Onaylı Gemiadamları Sağlık Yönergesi'nin 2. maddesi şu şekildeydi; “200 Gros Tondan küçük olan gemiler ile balıkçı gemilerinde çalışan gemiadamları hakkında bu Yönerge hükümleri uygulanmaz.”

¹²⁴ “Sürücü ve sürücü adaylarının muayeneleri; Sağlık Bakanlığına ve üniversitelere bağlı sağlık tesisleri, aile sağlığı merkezleri ve Sağlık Bakanlığınca ruhsatlandırılan özel sağlık kuruluşlarında görevli tabip veya uzman tabip tarafından bu Yönetmelik hükümlerine göre yapılır ve sağlık raporu düzenlenir.” Sürücü Adayları ve Sürücülerde Aranacak Sağlık Şartları ile Muayenelerine Dair Yönetmelik, m. 4/1. RG. 26301, 26.09.2006.

gemilerde çalışmaları halinde ise, Gemiadamları Sağlık Yönergesine göre iki yıllık sağlık raporlarını almak zorundadırlar.”

Yönetmeliğin sözü edilen m.58/4 hükmü kanaatimizce karmaşık anlatımı ve B sınıfı sürücü belgesi ile ilişkilendirme yapması nedeniyle eleştiriye açıktır. Bu durumda yapılması gereken, ilk kez balıkçılık faaliyetine başlayacak bir kişi, aynı zamanda gemiadamı olduğundan dolayı yukarıda bahsedilen mevzuat gereği “gemi adamı olur” içerikli sağlık raporunu “*yetkilendirilen kamu ve özel sağlık kuruluşları*”ndan almasıdır.

Ardından İSGK. m. 15 hükmü gereği işyeri hekiminden de aynı içerikli raporu almasının gerekip gerekmediği ortaya konulmalıdır. Kanaatimizce, her ne kadar konuya ilişkin ikincil mevzuatta ayrı düzenleme bulunsa da, İSGK. m. 15/3’deki açık hüküm gereği, işyeri hekiminden sağlık raporu almamak işvereni m. 26/1-f’deki idari para cezasına maruz kalmaktan kurtarmayacaktır. Kaldı ki, aile hekiminden alınan raporla işyeri hekiminden alınan raporu kıyasladığımızda, işyeri hekiminin çalışma ortamına ve koşullarına vakıf olmasından dolayı yapılan işte sağlığı etkileyebilecek hususları daha iyi öngörebilme olasılığı daha yüksek olacaktır. Nihayet, Gemiadamları Sağlık Yönergesi’nde, bu yönergeye göre alınan raporların İSGK açısından da geçerli olacağını gösteren açık bir hüküm de bulunmamaktadır.

Tıbbi muayenenin niteliklerine ilişkin açıklamalar Sözleşmenin 11. ve 12. maddelerinde yapılmıştır. İlk olarak, taraf devletlere, tıbbi muayenenin niteliği, verilecek sağlık raporlarının şekli ve içeriği, sağlık raporu veren doktorun bu raporu vermeye yetkili uzman doktor olduğunun ve bu konuda mesleki bağımsızlığa sahip olduğunun, tıbbi muayene sıklığı ve tıbbi sertifikaların geçerlilik süresinin, sağlık raporu alamayan veya sadece sınırlı işler bakımından sağlık raporu almış olan kişinin ikinci bağımsız bir doktor tarafından yeniden değerlendirilme yapılmasını talep hakkı verilmesi ve nihayet diğer ilgili şartları içermesi gerektiği yönünde bir yükümlülük getirilmiştir.

Görüldüğü gibi Sözleşme tıbbi muayeneye ilişkin çerçeveyi belirledikten sonra detaylarını belirleme yetkisini taraf devletlere bırakmıştır. 6331 sayılı Kanun gereği yapılması gereken (sağlık raporu alınması) tıbbi muayeneye ilişkin detaylara bakıldığında, öncelikle sağlık raporunun hangi doktor tarafından verileceğine ilişkin olarak, 15/3. maddesinde, “*Bu Kanun kapsamında alınması gereken sağlık raporları işyeri hekiminden alınır. 50’den az çalışmanı bulunan ve az tehlikeli işyerleri için ise kamu hizmet*

sunucuları veya aile hekimlerinden de alınabilir.” demek suretiyle yetkili doktor olarak öncelikle işyeri hekimini, daha sonra aile hekimi veya kamu sağlık hizmet sunucularını işaret etmiştir. Balıkçılık faaliyeti az tehlikeli sınıfta olmadığından, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı gereği çalışan sayısına bakılmaksızın tüm sağlık raporlarının işyeri hekiminden alınması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır¹²⁵. Burada hangi işyerlerinde işyeri hekimi bulunmaktadır sorusuna yanıt vermek gerekmektedir. Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan balıkçı gemisi/teknesi açısından bakıldığında herhangi bir çalışan sayısı alt sınırı aranmadığından, tüm balıkçılık faaliyeti yürüten işyerlerinde mutlaka işyeri hekimi bulunması zorunludur. İş güvenliği uzmanlığında olduğu gibi sektörel bir işyeri hekimliği sistemimizde henüz söz konusu olmadığından, işyeri hekimi belgesine sahip herhangi bir hekim, çalışan sayısı ve tehlike sınıfına göre en az İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik’in¹²⁶ 12. maddesinde belirlenen süreler kadar çalışmalıdır.

Sağlık raporunun geçerlilik süresi ise, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 15. maddesinde, “İş değişikliği durumunda, İş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde, İşin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla” olmak üzere belirlenmiştir. Bakanlıkça belirlenen periyot ise, İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik’in 9/c-3. maddesinde, “*tehlikeli sınıftaki işlerde en geç üç yılda bir; çok tehlikeli sınıftaki işlerde en geç yılda bir; özel politika gerektiren grupta yer alanlardan çocuk, genç ve gebe çalışanlar için en geç altı ayda bir defa olmak üzere periyodik muayene tekrarlanır. Ancak işyeri hekiminin gerek görmesi halinde bu süreler kısaltılır.*” biçiminde belirlenmiştir.

188 sayılı Sözleşme’nin 12. maddesinde sağlık raporunun (sertifikanın) geçerlilik süresine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilerek, 18 yaşından büyük balıkçılar açısından 2 yıllık bir süre öngörülürken, küçükler bakımından bu süre 1 yıl ile sınırlandırılmıştır (m. 12/2). Ayrıca belirlenen süreler, yolculuk esnasında sona ererse, sertifikanın bu yolculuğun sonuna kadar yürürlükte kalacağına da hükmedilmiştir (m. 12/3). Gemiadamları ve Kılavuz

¹²⁵ Çalışanın işe uygunluğuna en iyi o işyerinin çalışma koşullarını bilen işyeri hekiminin karar vereceğinden sağlık raporlarının işyeri hekiminden alınmasına ilişkin düzenlemenin isabetli olduğu yönünde, ÖZDEMİR, s. 260.

¹²⁶ RG. 28713, 20.07.2013.

Kaptanlar Yönetmeliği'ne göre, periyodik sağlık muayenesi en geç iki yılda bir, onsekiz yaşından küçüklerinki ise, Gemiadamları Sağlık Yönergesi ve 77 Sayılı Çocukların ve Gençlerin İşe Elverişlilik Yönünden Sağlık Yoklaması Olmalarına İlişkin ILO Sözleşmesi hükümleri göz önüne alınarak her yıl yapılır (Y. m. 59/1). ILO'nun 188 sayılı Sözleşmesine de uygun olan bu periyodik muayeneler, İSGK'da daha farklı düzenlenmiş olduğundan, bu konuda da her iki mevzuata göre ayrı ayrı muayene yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu sonucun, olması gereken hukuk açısından isabetli olsa da, uygulayıcılar açısından pratik bir çözüm olmadığı ortadadır. Bu nedenle kanaatimizce, mevzuatta düzenlemeye gidilerek, İSGK'da yer alan sağlık gözetimine ilişkin hükümlerin çalışan lehine olan özel mevzuat hükümleri varken uygulanmaması yönünde bir sonucuna varılabilir.

Sözleşmede belirtilen, alınan raporlara itiraza ilişkin hüküm de İSGK.'nun 15/3. maddesinin son cümlesinde, “Raporlara itirazlar Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılır, verilen kararlar kesindir.” denilmek suretiyle mevzuatımızda karşılık bulmuştur. Gemiadamları Sağlık Yönergesi'nin 15/3. maddesinde de verilen sağlık raporuna karşı gemi adamı adaylarının, gemiadamlarının, liman başkanlıklarının, yetkili tabiplerin ve Genel Müdürlüğün itiraz hakkı olduğu belirtilerek, itiraz prosedürü detaylı olarak düzenlenmiştir.

Tıbbi muayeneye ilişkin olarak 188 sayılı Sözleşmenin 12. maddesinde, bazı durumlar için ek koşullar kabul edilmiştir. Bunlar; “24 metre uzunluğunda ve üstü bir balıkçı teknesinde veya normalde üç günden uzun süre denizde kalan bir teknede; Bir balıkçının sağlık sertifikasının, asgari olarak şunları da içermesi gerektiği yönündedir; (a) ilgili balıkçının iştihahı ve görüşü, balıkçının gemi üzerindeki görevlerini yerine getirmek için yeterli olduğu, (b) balıkçı, denizde faaliyet gösterdiğinde ağırlaşması muhtemel herhangi bir tıbbi durumdan muzdarip olmadığını veya gemideki diğer kişilerin güvenliğini veya sağlığını tehlikeye atmayacağını belirten hükümler içermelidir.

V. SONUÇ

Balıkçılık, üç tarafı denizlerle çevrili olan ülkemiz açısından gerek ekonomiye doğrudan katkısı gerekse istihdam sağlaması açısından önemli bir sektördür. Ancak bu sektördeki işçilerin çalışma yaşamından kaynaklanan haklarını düzenleyen detaylı mevzuat hükümleri bulunmadığı gibi var olan düzenlemeler de mevzuatımızda dağınık bir biçimde yer almaktadır. Sektörün su ürünleri üreticiliği içinde yer alması, balıkçı kavramının kimleri kapsadığını

belirlemede de güçlülere yol açmaktadır. Çalışmamızda balıkçılık gerek denizde gerekse iç sularda balıkçı gemi veya tekneleriyle yapılan balık avcılığı olarak kabul edilmiştir.

Çalışmamızda yapılan tespitlerden ilki, balıkçılık yapan işçi statüsünde çalışanların hangi kanun kapsamına dahil olduklarıdır. Bu konuda varılan sonuç, balıkçılık sektöründe çalışanların dahil olduğu kanun kapsamını belirlerken, öncelikle Deniz İş Kanunu kapsamında olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerektiği, bu kapsamda değilse ve gerçekleştirdikleri faaliyet tarım işinden de sayılmıyorsa, Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağı yönündedir. Balık avcılığı İş Kanunu'nda tarım işi olarak kabul edildiğinden, ellinin üzerinde işçi çalıştırılan tarım işletmeleri de İş Kanunu kapsamında olduğundan, istisnai nitelikte olsa da İş Kanunu kapsamına giren balıkçılar da olacaktır. Böylece balıkçılık sektöründe çalışan Deniz İş Kanunu, İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamına dahil olan üç farklı çalışan grubu ortaya çıkmaktadır. Bunun olumsuz sonuçlarından kurtulmak için 2006 Deniz Çalışma ILO Sözleşmesinin kabulünün ardından güncellenmesi beklenen Deniz İş Kanunu'na balıkçılık faaliyetiyle uğraşan tüm çalışanları dahil etmek isabetli olacaktır.

Çalışmamızın kapsamında 188 sayılı ILO Balıkçılık İstihdam Sözleşmesi de yer almaktadır. Bu sözleşme 2017 yılı itibariyle taraf ülkeler açısından yürürlük kazanmış olup, ülkemiz henüz bu sözleşmeye taraf olmadığından, iç hukukumuzda uygulanmamaktadır. Belirtmek gerekir ki, ülkemiz geçmiş yıllarda imzalanan balıkçılıkla ilgili diğer ILO sözleşmelerine de taraf değildir. Denizcilik sektörüyle ilgili temel ILO Sözleşmelerinden biri sayılan 2006 ILO Deniz Çalışma Sözleşmesi'ni onaylayan ülkemizin, balıkçılık sektörüyle ilgili çekingen davranma gerekçesini anlamak güçtür. Deniz Çalışma Sözleşmesi'nin balıkçılık sektörünü kapsam dışı tutma kararı karşısında, 188 sayılı Balıkçılık İstihdam Sözleşmesi'ne duyulan ihtiyaç daha da belirgin hale gelmektedir. Sözleşmenin çalışmamızda inceleyebildiğimiz hükümlerini deniz iş mevzuatımızdaki kurallarla kıyasladığımızda, özellikle ikincil mevzuat olarak karşımıza çıkan konuya ilişkin yönetmeliklerin genellikle AB Direktiflerine uygun olduğu görülmektedir. Bu durumda kanaatimizce, Deniz İş Kanunu'nda yapılması öngörülen değişikliklerle, bu kanuna öncelikle tüm balıkçıların kanun kapsamına alınmasına ilişkin hüküm konulması, ardından 188 sayılı Sözleşmedeki hükümlerin Deniz İş Kanunu'muza dahil edilmesi isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: **İş Hukuku**, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2013.
- ALGANTÜRK LIGHT, Didem: “Deniz İş Sözleşmesi 2006 Hakkında İnceleme ve Değerlendirme”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 20. Kuruluş Yılı Armağanı, Cilt 11, Sayı 1-2, yıl 2007, s. 269-278.
- ASTARLI, Muhittin: **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- BAKIRCI, Kadriye: **Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.
- BAYRAM, Fuat: “AB İlerleme Raporlarındaki Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl 2007, Sayı 13, s. 51-96.
- BEDÜK, Mehmet Nusret: **Deniz İş Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2012.
- CARBALLOPÍ~NEİRO, Laura: **International Maritime Labor Law**, International Max Planck Research School (IMPRS) for Maritime Affairs at the University of Hamburg, 1. Edition, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2015.
- CENDEL, Tankut: “Eşitlik İlkesi Bağlamında Tarım ve Orman İşleri”, **Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs 2014, s. 10-17.
- CENDEL, Tankut: **İş Hukuku Cilt 1, Bireysel İş Hukuku**, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1994.
- CİN, Turgay: “Devletlerarası Hukukta Balıkçılık”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt 8, Sayı 1, 2006, s. 21-45.
- ÇELİK, Nuri /CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.
- DOĞANYILMAZ ÖZBİLGİN, Yeliz /TOK Volkan,: “Mersin Körfezi Trol Balıkçılarının Denizde Güvenlik Farkındalıklarının İncelenmesi”, **Ege Su Ürünleri Dergisi**, Cilt 34, Sayı 2, Yıl 2017, s. 139-144.
- DÜNDAR, Esra: **Uluslararası Düzenlemeler ve AB Çerçevesinde Deniz**

- İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süresi**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- EMİROĞLU, Mecdi: “Türkiye’nin Su Ürünleri Üretimi”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi**, S. 31/1-2, Y. 2018,s.77-146.
- GÖKÇE, Erdal: “Deniz İş Kanunu’nun Hukuk Sistemindeki Yeri ve Niteliği”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 82, Sayı 2, Yıl 2008, s. 739-758.
- HYDER, K./RADFORD, Z./PRELLEZO, R/WELTERSACH, Lewin, WC/ ZARAUZ, L./FERTER, K./RUİZ, J./TOWNHILL, B./MUGERZA, E./STREHLOW, Hv.: **General For Internal Policies Policy Department for Structural and Cohesion Policies Fisheries**,EuropeanmParliamentmDirectorate-MSFCMA,2017,[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/601996/IPOL_STU\(2017\)601996_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/601996/IPOL_STU(2017)601996_EN.pdf), erişim tarihi 31.09.2019.
- KAR, Bektaş: **Deniz İş Hukuku Ders Kitabı**, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014 (Deniz İş).
- KAR, Bektaş: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu’na Etkisi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 74, Sayı 2, Yıl 2014, s. 167-176, (TBK).
- KARAN Hakan/ AKIN, Levent: “Gemi Adamları Bakımından İş Güvenliği ve İşçi Sağlığı”, **Prof. Dr. E. Çetingil ve Prof. Dr. R. Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul 2007, s. 718-729.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: **İş Hukuku Ders Kitabı**, Cilt 1, Güncellenmiş 3. Baskı, Lykion Yayınevi, Ankara 2019.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- ÖZKARACA, Ercüment/ÜNAL, Canan: “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan**, Cilt 20, Sayı 1, Yıl 2014, s. 355-410.
- SÜZEL, Cüneyt: “Gemi Adamlarının Yurda İade Masraflarına İlişkin Deniz İş Kanunu ve ILO Sözleşmelerinin Hükümlerinin Karşılaştırılması”, **İş**

Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, İstanbul 2018, s. 175-246.

SÜZEK, Sarper: **İş Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayınevi İstanbul, 2005.

ŞAHİN, Güven: “Türkiye’de Yitirilen Bir İktisadi Faaliyet: Süngercilik”, **Akademik Bakış Dergisi**, Sayı 39, Kasım – Aralık 2013, s. 1-22.

TANTOĞLU, Gurur: **Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmaların İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden Değerlendirilmesi**, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Uzmanlık Tezi, 2016.

TATAR, Veysel/ADALI Mehmet Rıza /ÖZER, Meriç Burçin: “Balıkçılık Sektörünün İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden Değerlendirilmesi”, **Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Yıl 6, Sayı 74, Temmuz 2018, s. 513-526.

ULUKAN, Umut: “Balıklar, Tekneler ve Tayfalar: Türkiye’de Balıkçılık Sektöründe Çalışma ve Yaşam Koşulları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2016/1, Sayı 48, s.115-141.

YENİGÜN, M. Cüneyt: (Yayınlanmamış Doktora Tezi) **Askeri, Hukuki, Ekonomik ve Dış Politik Açılardan Türk Deniz Politikası (Bir Uluslararası İlişkiler Çalışması)**, İstanbul 1997.

YÜREKLİ, Sabahattin: “Deniz İş Kanunu’nun Yer İtibariyle Kapsamı”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 1-2, Yıl 2005, s. 613-631.

İnternet Kaynakları:

ILO International Labour Conference 92. Session 2004 Report V (1), Conditions Of Work In The Fishing Sector-A Comprehensive Standard (A Convention Supplemented By A Recommendation) On Work In The Fishing Sector, https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order_online/books/WCMS_PUBL_9221130398_EN/lang--en/index.htm, erişim tarihi 26.08.2019.

ILO Handbook For Improving Living And Working Conditions On Board Fishing Vessels, Geneva, 2010, s. 68, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_162323.pdf, erişim tarihi, 25.09.2019.

ILO Work in Fishing Convention and Recommendation, 2007 Action Plan 2011–2016, International Labour Office Genova, 2011. https://www.ilo.org/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_162323.pdf

ilo.org/wcmstp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_161220, erişim tarihi, 04.10.2019.

ILO Working Paper No. 315, "The Flexibility Clauses Of The Work in Fishing Convention, 2007 (No. 188)".Decent Working Conditions Safety and Social Protection- Work in Fishind Convention No:188, Recommendation 199 Booklet 2007, https://www.ilo.org/sector/Resources/publications/WCMS_161209/lang--en/index.htm, erişim tarihi, 29.08.2019.

IMO'dan Haberler İMEAK Deniz Ticaret Odası Eylül (2017) Bülteni, http://www.vda.org.tr/upload/duyuru/Eyl%C3%BC1%20b%C3%BClten_2017.pdf, erişim tarihi, 29.08.2019.

İstanbul ve Marmara, Ege, Akdeniz, Karadeniz Bölgeleri Deniz Ticaret Odası Deniz Sektörü Raporum2017,İstanbul2018,s.272,https://www.denizticaretodasi.org.tr/Media/SharedDocuments/sektorraporu/2017_sektor_tr.pdf , erişim tarihi 26.08.2019.

Report of the FAO Workshop On Child Labour In Fisheries And Aquaculture In Cooperation With ILO, Rome, 14–16 April 2010, s.3, <http://www.fao.org/3/i1813e/i1813e00.htm>, erişim tarihi 13.09.2019.

Subsistence Fishing, World Fisheries Trust 2008, http://www.worldfish.org/GCI/gci_assets_moz/Fact%20Card%20-%20Subsistence%20Fishing.pdf, erişim tarihi, 26.08.2019.

T.C. Tarım ve Orman Bakanlığı Su Ürünleri İstatistikleri, <https://www.tarimorman.gov.tr/BSGM/Belgeler/Icerikler/Su%20%C3%9Cr%C3%BCnleri%20Veri%20ve%20D%C3%B6k%C3%BCmanlar%C4%B1/Su-%C3%9Cr%C3%BCnleri-%C4%B0statistikleri.pdf>, erişim tarihi 28.08.2019.

TÜRK HUKUKU İLE MUKAYESELİ OLARAK ROMA HUKUKU'NDA İNTİFA BENZERİNİN (*QUASI USUSFRUCTUS*) ÖZELLİKLERİ

Bengi Sermet SAYIN KORKMAZ*

ÖZ

Roma Hukuku'nda eşyalar kullanımları bakımından tüketilebilen eşyalar (res quae usu consumuntur) ve tüketilemeyen eşyalar (res quae usu non consumuntur) olarak sınıflandırılmıştır. Tüketilebilen (consumtabilia) eşyalar; ekonomik değerlerinden yararlanılması tüketilmeleri ya da elden çıkarılmaları ile mümkün olan eşyalardır. Tüketilebilen eşyalar-tüketilemeyen eşyalar ayrımı özellikle intifa hakkında önem kazanmaktadır. İlk dönemlerde sadece tüketilemeyen eşyalar üzerinde intifa hakkı kurulabiliyordu; Principatus Dönemi'nin başlarında kabul edilen bir senatus consultum'la muayyen mal vasiyeti (legatum) ile bırakılan eşyaların tamamı üzerinde intifa hakkının geçerli olacağı kabul edilmiştir. Bu tür eşyalar üzerinde tanınan bu hak "intifa benzeri" (quasi ususfructus) olarak ifade edilmektedir. Türk Hukuku'nda da tüketilebilen eşyalar üzerinde genel bir intifa hakkı kurulamamakta ve "gerçek olmayan intifa" kurulabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Roma Hukuku, intifa hakkı, tüketilebilen eşya, intifa benzeri, gerçek olmayan intifa.

PROPERTIES OF *QUASI USUFRUCT* (*QUASI USUSFRUCTUS*) IN ROMAN LAW AS COMPARATIVE WITH TURKISH LAW

ABSTRACT

In Roman Law, goods are classified as consumable goods (res quae usu consumuntur) and non-consumable goods (res quae usu non consumuntur). Consumable goods; utilizing their economic values are goods that can be consumed or disposed. The distinction between consumable goods and non-consumable goods is particularly important about usufruct. While the right to usufruct can only be established on non-consumable goods in the first periods; it has been accepted that the right of usufruct would be valid on the consumable goods by senatus consultum

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, e-posta:benzi.korkmaz@hbv.edu.tr

ORCID ID: 0000-0002-9400-5114.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775474

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 02/04/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/07/2020

with a specific will (legatum) in Principatus period. This right granted on such goods is expressed as quasi usufruct (quasi ususfructus). It cannot be established an ordinary usufruct on consumable goods and an "unreal usufruct" can be established in Turkish Law.

Key Words: Roman law, right of usufruct, consumable good, quasi usufruct, unreal usufruct.

GİRİŞ

İrtifak hakları, başkasına ait eşyalar üzerinde kurulan ve tarih bakımından en eski sınırlı ayni haklardır. İrtifak hakkı ile başkasına ait bir mülkiyet hakkı sınırlanmakla birlikte, hak sahibine de başkasına ait bir eşyadan sınırlı olarak yararlanma yetkisi verilmektedir. Bir diğer ifadeyle irtifak hakkı, bir eşya üzerinde kullanma ve yararlanmaya katlanmayı ya da mülkiyetin sağladığı bazı hakların kullanılmasından kaçınmayı gerektiren bir ayni haktır. Roma Hukuku'nda irtifak hakları ayni irtifaklar ve şahsi irtifaklar olarak sınıflandırılmaktadır.

Ayni irtifak; taşınmazlar üzerinde kurulabilen bir sınırlı ayni haktır. Şahsi irtifaklar ise hem taşınmazlar hem de taşınırlar üzerinde kurulabilmekle birlikte, kişiler lehine kurulmaktadır. Bu bağlamda, intifa hakkı, kullanma hakkı, kullanmasız semerelerden yararlanma hakkı, sükna hakkı ve kölelerin hizmetlerinden yararlanma hakkı şahsi irtifaklar arasında yer almaktadır.

Şahsi irtifaklar grubunda yer alan intifa hakkı, başkasına ait taşınır ya da taşınmaz bir eşyanın niteliğini ve ekonomik işlevini değiştirmeden kullanma ve ondan yararlanma yetkileri verir. Roma'nın ilk dönemlerinde intifa hakkı kural olarak tüketilemeyen, misli olmayan, maddi nitelikli ve semere veren eşyalar üzerinde kurulabiliyordu.

Principatus Dönemi'nde; taşınır-taşınmaz, maddi-maddi olmayan, tüketilen-tüketilemeyen, semere veren-semere vermeyen ayrımı yapılmaksızın her türlü eşyanın vasiyet yoluyla intifa hakkına konu olabileceği hükme bağlanmıştır. Tüketilebilen eşyalar üzerinde intifa hakkının kurulabileceğinin kabul edilmesiyle birlikte, "intifa benzeri" (*quasi ususfructus*) olarak ifade edilen yeni bir kavram ortaya çıkmıştır. Roma Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da tüketilebilen eşyalar üzerinde intifa hakkı kurulabilmesine

ilişkin düzenlemeler bulunmakta ve bu hukuksal durum “gerçek olmayan intifa” kavramıyla ifade edilmektedir.

Türk Hukuku’yla mukayeseli olarak Roma Hukuku’nda intifa benzerinin (*quasi ususfructus*) özelliklerini konu alan bu çalışma beş ana başlıktan oluşmaktadır. Birinci ana başlıkta intifa hakkının tarihçesi ele alınmış, ikinci ana başlıkta intifa benzerinin ortaya çıkış sebepleri ve kurulması incelenmiştir. İntifa benzerinin konusunun incelendiği üçüncü ana başlığın ardından, dördüncü ana başlıkta intifa benzerinin hüküm ve sonuçları ele alınmıştır. Son ana başlıkta ise Türk Hukuku’nda tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkına yer verilmiştir.

Çalışmanın metodolojisi ile ilgili olarak öncelikle intifa hakkının tarihçesi ele alınmış ve esas olarak intifa benzeri konusuna ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Bu kapsamda, Roma Hukuku’nda intifa benzerinin kurulması, konusu ve hükümleri bağlamında intifa benzerinin özellikleri hakkında bilgi vermek amaçlanmıştır. Roma Hukuku’nun Türk Hukuku üzerindeki etkisini açıklayabilmek amacıyla, konuya ilişkin Türk Hukuku’ndaki düzenlemeler ele alınarak mukayeseli bir inceleme yapılmıştır.

I. İNTİFA HAKKININ (*USUSFRUCTUS*) TARİHÇESİ

Roma hukuk tarihine bakıldığında şahsi irtifakların, aynı irtifaklardan daha sonra düzenlendiği görülmekle birlikte, en önemli şahsi irtifakın intifa hakkı (*ususfructus*) olduğu kabul edilmektedir. Roma Hukuku’nda intifa hakkı; başkasına ait şeyi kullanmak ve ona zarar vermeden semeresine malik olmak hakkı olarak tanımlanır¹. Bir diğer ifadeyle intifa hakkı, başkasına ait taşınır ya da taşınmaz bir eşyanın niteliğini ve ekonomik işlevini değiştirmeden kullanma ve ondan yararlanma yetkileri veren bir şahsi irtifaktır. Bu hak, yapılan tanımdan da anlaşıldığı gibi hak sahibine iki temel yetki sağlar. Bu yetkiler, kullanma (*usus*) ve yararlanmadır (*fructus*). Üzerinde intifa hakkı kurulan eşyanın malikinde sadece tasarrufta bulunma yetkisi (*abusus*) kalmakta ve bu hukuksal durum çıplak mülkiyet (*nuda proprietas*)² olarak

¹ DI MARZO, s. 262; HONSELL, s. 75; KASER, s. 121; KASER /KNÜTEL, s. 144; LEA-GE, s. 180.

² Roma Hukuku’nda mülkiyet kendi eşyasını ve onun semerelerini kullanma, hatta tüketene kadar kullanma hakkı (*ius utendi fruendi et abutendi re sua*) olarak tanımlanır. Bu bağlamda mülkiyet hakkının malike üç yetki verdiği sonucuna varılır. Bu yetkiler kullanma yetkisi (*ius utendi*), semerelerden yararlanma yetkisi (*ius fruendi*) ve eşya üzerinde tasarrufta bulunma yetkisidir (*ius abutendi*). İntifa hakkı kurulduğunda malik sadece, *ius abutendi*’ye sahip olduğu için bu hukuksal durum “çıplak mülkiyet” (*nuda proprietas*) olarak ifade edil-

ifade edilmektedir³. İntifa hakkı, hak sahibine sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu nedenle devredilemeyen ve mirasçılara geçmeyen bir hak olarak tanımlanır⁴. Bu ifadelere çeşitli metinlerde rastlanmaktadır:

D.7.1.1 Paulus

“*Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*”.

D.7.1.1 Paulus

“İntifa hakkı mahiyetini muhafaza ederek, başkasına ait eşyayı kullanma ve semerelerinden yararlanma hakkıdır”.

Iust.Ins 2.4. pr.

“*Ususfructus est ius alienis rebus utendifruendi salva rerum substantia. est enim ius in corpore: quo sublato et ipsum tolli necesse est*”.

Iust.Ins 2.4. pr.

“İntifa hakkı başkasına ait şeyleri, mahiyetleri mahfuz kalmak üzere, kullanmak ve semerelerinden yararlanmaktır”.

Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda intifa hakkının doğuşunun M.Ö. 3. yüzyıla dayandığı ifade edilmekle birlikte, bu dönemlerde intifa hakkının kural olarak tüketilemeyen, misli olmayan, maddi nitelikli⁵ ve semere veren eşyalar üzerinde kurulabildiğinden söz edilmektedir⁶. İntifa hakkının ortaya çıkışı ise *manus*⁷ işlemi yapılmayan evliliklerle ilişkilendirilerek açıklanmaktadır. Bu

mektedir. (ERDOĞMUŞ, s. 37; UMUR, 1999, s. 415 vd.).

³ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 254 vd.; KASER/KNÜTEL, s. 143; LEAGE, s. 180.

⁴ KASER, s. 122.

⁵ Roma Hukuku'nda M.S. 2. yüzyılda *Gaius* tarafından doğal nitelikleri bakımından eşyaların, maddi eşyalar (*res corporales*) ve maddi olmayan eşyalar (*res incorporales*) olmak üzere temel bir sınıflandırmaya tabi tutulduğu görülmektedir. Dolayısıyla aynı hakların konusunu oluşturabilen eşyalar maddi eşyalardır. Bunun sebebi, üzerinde hâkimiyet kurulabilen eşyaların aynı hakların konusunu oluşturabileceği düşüncesidir. Bu düşünceye paralel olarak mülkiyet hakkı da bir eşya üzerindeki hâkimiyeti ifade etmektedir. (PIERRE, s. 248).

⁶ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 257 vd.; KASER/KNÜTEL, s. 143; KÜÇÜKGÜN-GÖR, 1998, s. 31; ROBY, s. 488; UMUR, 1999, s. 486.

⁷ *Conventio in manum* işlemlerinden birisinin yapılmasıyla *manus*; evli kadının üzerinde kocasının kurmuş olduğu hâkimiyeti, kocası bir aile babasının hâkimiyeti altında ise aile babasının uyguladığı hâkimiyeti ifade eden bir kavramdır. *Conventio in manum* ile kadının kendi ailesiyle olan bağları kesilir ve varsa malvarlığı kocasına, kocası hâkimiyet altında ise aile babasına intikal ederdi. *Manus* altına girmediği takdirde, kocasının ailesine dahil

bağlamda, *manus*'suz evliliklerde kadınlar kocalarının ölümünde kanunen mirasçı olamadıklarından, geçimlerini sağlayabilmeleri ve mevcut yaşam standartlarını koruyabilmeleri için kocaları tarafından vasiyetler yapılarak, hayatları boyunca yararlanmaları amacıyla bazı eşyalar üzerinde vasiyet yoluyla intifa hakkı kurulmaya başlanmıştır. Daha sonra sağlararası hukuki işlemler yoluyla da intifa hakkının kurulmasına imkân tanınmış ve böylece intifa hakkının uygulama alanı genişletilmiştir⁸.

Roma Hukuku'nda intifa hakkının kurulması genellikle muayyen mal vasiyeti yoluyla olmaktadır. İntifa hakkı diğer irtifaklarda olduğu gibi sağlararası bir işlem olan *in iure cessio*⁹ ile de kurulabilirdi. Bunun yanı sıra intifa hakkının *deductio*¹⁰ yoluyla kurulmasına da imkân tanınmıştı¹¹. Bu durumun *Gaius*'un *Institutiones*'inde ifade edildiği görölmektedir:

Gaius Ins. 2.30

“*Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat.*”

Gaius Ins. 2.30

“İntifa hakkı *in iure cessio* ile kurulabilir: böylece malik bir başkasına intifa hakkını devrederken, kendisi de çıplak mülkiyeti koruyabilir.”

İntifa hakkı; hak sahibinin ölümü, *capitis deminutio*¹²'ya uğraması,

olmadığı için evli kadın, çocuklarıyla akrabalık ilişkisi kuramazdı. (UMUR, 1975, s.132; UMUR, 1999, s.172).

⁸ KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 23.

⁹ *In iure cessio*, *praetor* veya *eyalet valisinin* huzurunda görölen bir farazi dava şekli olup, özellikle *res mancipi* 'lerin mülkiyetini nakletmek için kullanılan yollardan birisidir. *In iure cessio*, mülkiyetin naklinin dışında intifa hakkının ve diğer irtifak haklarının kurulması gibi daha bir çok amaçla kullanılmaktaydı. (UMUR, 1975, s. 87).

¹⁰ *Deductio ususfructus*, bir eşyanın mülkiyetini *mancipatio* ve *in iure cessio* ile devreden kimsenin, o eşya üzerinde, kendi lehine intifa hakkını muhafaza ederek, yalnız çıplak mülkiyeti (*nuda proprietas*) nakletmesidir. (UMUR, 1975, s. 55).

¹¹ HONSELL, s. 76; KASER, s. 122; KASER/KNÜTEL, s. 146; KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 57.

¹² Roma Hukuku'na özgü bir hukuksal durum olan *capitis deminutio* intifa benzerini sona erdiren nedenlerden biridir. *Capitis deminutio*, bir kimsenin hak ehliyetine sahip olmasında rol oynayan unsurlardaki değişikliği ifade eder. Roma'da hak ehliyetine sahip olmak için hürriyet (*status libertatis*), vatandaşlık (*status civitatis*) ve aile durumları (*status familiae*) bakımından gerekli şartları taşımak gerekirdi. Bu bağlamda, Roma Hukuku'nda hak ehliyetine sahip

intifa ile mülkiyetin aynı kişide birleşmesi, eşyanın telef olması, intifa hakkı süresinin bitmesi ile sona ererdi. Bu bağlamda; intifa hakkı sahibi, hak sona erdiğinde, intifa hakkına konu olan eşyayı özüne zarar vermeden (*salva rerum substantia*) çıplak malike iade etmekle yükümlüydü¹³. İntifa hakkı sona erince eşyanın maliki, mülkiyetin verdiği tüm yetkilerin tekrar sahibi olurdu¹⁴. Bu durum *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde açıklanmaktadır:

Iust.Ins.2.4.3-4

“*Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus. quae omnia nostra statuit constitutio. item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam extraneo cedendo nihil agitur): vel ex contrario si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. eo amplius constat, si aedes incendio consumptae fuerint vel etiam terrae motu aut vitio suo corruerint, extingui usumfructum et ne areae quidem usumfructum deberi. Cum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem*”.

Iust.Ins.2.4.3-4

“İntifa hakkı; bu hakka sahip olanın ölümü, büyük ve orta iki *capitis deminutio*, muayyen şekil ve müddet boyunca kullanılmamakla sona erer. Bütün bu noktalar bir emirnamemizde düzenlenmiştir. Böylece, intifa hakkı sahibi bu hakkını malike devrederse (başka bir kimseye devretmesi batıldır), veya bilakis, intifa hakkı sahibi şeyin mülkiyetini iktisap ederse ki bu hale *consolidatio* ismi verilir, intifa hakkı sona erer. Tabii, bina bir yangın neticesi yanar veya fena inşaat neticesi yıkılırsa, zaruri olarak, intifa hakkı sona erer ve arsa üzerinde intifa hakkı kalmaz. İntifa hakkı tamamen sona erince, mülkiyete geri döner ve bu andan itibaren çıplak mülkiyetin maliki, eşya üzerinde tam

olabilenler, özgür Roma vatandaşı olan ve baba hâkimiyeti altında bulunmayan kimselerdir. Hak ehliyetine sahip olan kişilerin *status*'larında değişiklik olduğu zaman, bu doğrudan hak ehliyetini dolayısıyla hukuken kişi olarak tanınmalarını da etkilerdi. Hak ehliyetini en çok kısıtlayan değişiklik ise hürriyet durumuna ilişkindi ve Roma Hukuku'nda bu durum *capitis deminutio maxima* olarak ifade edilirdi. Vatandaşlık durumundaki değişiklik *capitis deminutio media* olarak ifade edilirken, aile durumundaki değişiklik hak ehliyetini en az etkilediği için *capitis deminutio minima* olarak adlandırılmıştı. (KASER, s. 64; SOHM/LEDLIE s. 178 vd.; UMUR, 1975, s. 32). Benzer ifadeler için, bakınız D.4.5.11.

¹³ KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 52.

¹⁴ ERDOĞMUŞ, s. 113; KASER, s. 122; KASER/KNÜTEL, s. 146; LEAGE, s. 182.

hâkimiyetini icra etmeye başlar”.

II. İNTİFA BENZERİNİN (*QUASI USUSFRUCTUS*) ORTAYA ÇIKIŞ SEBEPLERİ VE KURULMASI

İntifa hakkı, ilk dönemlerde sadece tüketilemeyen eşyalar üzerinde kurulabilen bir haktır. Bu kural; tüketilebilen eşyalar üzerinde de intifa hakkı kurulmasına imkân tanındığı takdirde, malikin intifa hakkı sona erdiğinde bir talepte bulunamayacağı ve zarar göreceği düşüncesinden kaynaklanmaktaydı¹⁵. Bu durum *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde açıklanmaktadır:

Iust.Ins.2.4.2

“*Constituatur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus, exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum...*”.

Iust.Ins.2.4.2

“Yalnız arazi ve binalar üzerinde değil, köleler, yük hayvanları ve kullanmakla tüketilenler hariç, başka şeyler üzerinde de intifa tesis edilir: hakikaten, kullanılmakla tüketilen şeyler, ne *ratio naturalis*¹⁶ gereğince, ne de *ratio civilis*¹⁷ gereğince intifa hakkına imkân verebilirler...”.

İntifa hakkının tüketilemeyen ve misli olmayan eşyalar üzerinde kurulabileceği genel kuraldı ve bir malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkı tanınması vasiyet edilmişse, içinde bulunan tüketilebilen eşyalar verasetten hariç tutulurdu¹⁸. Zamanla, içinde tüketilebilen eşyaların da bulunduğu bir malvarlığı üzerinde intifa hakkı vasiyet edildiğinde, bu vasiyetin geçerli olup olmayacağı sorunsalı ortaya çıkmıştır. Hukukçular, tüketilebilen eşyalar üzerinde intifa hakkı kurulmasının mümkün olduğunu kabul etme eğiliminde olmuşlardır¹⁹. Bu doğrultuda, *Principatus* Dönemi'nin başlarında

¹⁵ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 258; PAMPALONI, s. 85.

¹⁶ *Ratio naturalis*; tabiat kanunlarının, bütün insanlar arasında müşterek olarak belirlemiş olduğu kurallardır. Bu bağlamda, bütün insanlar nezdinde aynı kuralların çıkmasına sebebiyet veren tabii akıldır. (UMUR, 1975, s. 176).

¹⁷ *Ratio civilis*; bir kavme özgü olan hukuk kurallarının ortaya çıkmasına sebebiyet veren, kavmin kendine özgü aklı ve anlayışıdır. (UMUR, 1975, s. 176).

¹⁸ DI MARZO, s. 268; ERDOĞMUŞ, s. 112 vd.; HAUSMANINGER/SELB, s. 177; SOHM / LEDLIE, s. 340.

¹⁹ UMUR, 1983, s. 150.

kabul edilen bir *senatus consultum*²⁰ la muayyen mal vasiyeti (*legatum*)²¹ ile bırakılan eşyaların tamamı üzerinde intifa hakkının geçerli olacağı kabul edilmiştir²². Böylece muayyen mal vasiyeti yoluyla taşınır-taşınmaz, maddi-maddi olmayan, tüketilen-tüketilemeyen, semere veren-semere vermeyen ayrımı yapılmaksızın her türlü eşya üzerinde intifa hakkının tanınabileceği hükme bağlanmıştır²³.

Daha önceleri intifa hakkına konu olamayan bu tür eşyalar üzerinde *senatus consultum*'dan sonra tanınan bu hakkın genel intifadan farklı bir niteliği olduğu fikrinden hareketle, intifa benzeri (*quasi ususfructus*) olarak yeni bir hukuki kavramla ifade edilmiştir²⁴. Doktrinde bu durum aynı haktan ziyade bir borç ilişkisine benzetildiği için düzensiz intifa *ususfructus irregularis* olarak da ifade edilmektedir²⁵. Bu durumun *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metinde ele alındığı görülmektedir:

D. 7.5.1 Ulpianus

“*Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit...*”.

D. 7.5.1 Ulpianus

“*Senatus*'un aldığı bir kararla, üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilen her türlü eşyanın üzerinde vasiyet yoluyla intifa hakkı kurulabilmesi mümkün kılınmıştır...”.

İntifa benzeri, bir malvarlığının tümü ya da belli bir bölümü içinde yer alan tüketilebilen eşyalar üzerinde etkisini göstermekle birlikte, zamanla tek

²⁰ *Senatus consultum*, *senatus*'un yapmış olduğu toplantılarda aldığı kararlara verilen isimdir. (UMUR, 1975, s. 188).

²¹ Miras bırakan tarafından, mirasçı atama söz konusu olmaksızın, bir kimseye ölüme bağlı olarak bazı yararlar kazandırılmasına muayyen mal vasiyeti (*legatum*) denmektedir. Bir diğer ifadeyle *legatum*, bir vasiyetname içinde ya da vasiyetnameye yapılan ilavede (*codicilli*) vasiyetçinin, mansup mirasçı aleyhine, başka bir kimsenin menfaatine yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruftur. (RADO, s. 176; UMUR, 1975, s. 107).

²² KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 257 vd.; KASER/KNÜTEL, s. 143; KÜÇÜKGÜN-GÖR, 1998, s. 31; PAMPALONI, s. 95; ROBY, s. 488; UMUR, 1999, s. 486; UMUR, 1983, s. 150.

²³ KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 31; PAMPALONI, s. 130.

²⁴ KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 51; UMUR, 1983, s. 150.

²⁵ ERDOĞMUŞ, s. 112 vd.; HAUSMANINGER /SELB, s. 177; HONSELL, s. 75; KASER, s. 124; UMUR, 1983, s. 150.

tek tüketilebilen eşyaların vasiyet edilmesi halini de kapsayacak şekilde etki alanı genişletilmiştir. Böylece, muayyen mal vasiyeti yoluyla hem malvarlığı içerisinde yer alan hem de bir malvarlığından bağımsız olan tüketilebilen eşyalar üzerinde intifa benzeri tanınması mümkün kılınmıştır. İntifa benzerine konu olacak malvarlığının belirlenmesinde borçlar ödendikten sonra geriye kalan malvarlığı dikkate alınmaktaydı. Bu kural, malvarlığının belli bir bölümü üzerinde intifa benzeri tanıyan vasiyetlerde de uygulanırdı²⁶. Bu kapsamda, Roma Hukuku'nda sağlararası bir hukuki işlemle intifa benzeri tanınması mümkün değildi. Taraflar sağlararası bir hukuki işlemle tüketilebilen eşyaları aynı miktar ve nitelikte iade şartıyla devretmek isterlerse karz sözleşmesi (*mutuum*) yapma yoluna giderlerdi²⁷.

Muayyen mal vasiyeti ile intifa benzerinin tanınması *per vindicationem*²⁸ ve *per damnationem*²⁹ olmak üzere iki şekilde yapıldı. Bu bağlamda, söz konusu iki durum dışında intifa benzeri tanınması imkânı bulunmuyordu. Her iki durumda da hak sahibinin hakka konu olan eşyaların mülkiyetini kendiliğinden kazanması mümkün değildi. Burada tüketilebilen eşya üzerinde intifa hakkının tanınması vasiyet edildiği için, söz konusu eşyaların mülkiyetini, duruma göre ya mirasçıdan ya da lehine mülkiyet hakkı vasiyet edilen kişiden talep etmesi gerekirdi³⁰. Muayyen mal vasiyeti; *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde yer alan bir metinde ele alınmaktadır:

Iust. Ins. 2. 20.1

“Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta”.

Iust. Ins. 2. 20.1

“Muayyen mal vasiyeti (*legatum*), mirasçı tarafından bırakılan bir nevi bağıştır”.

²⁶ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 262 vd.; KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 53.

²⁷ KASER/KNÜTEL, s. 143; KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 51, UMUR, 1983, s. 150.

²⁸ *Legatum per vindicationem*’de vasiyeti yapan kişi, mirasçı atamaya ilişkin tasarruftan sonra “köle *Stichus*’u veriyorum ve vasiyet ediyorum”, “veriyorum”, “vasiyet ediyorum”, “alsın”, “sahiplensin”, veya “ihraz etsin” şeklinde ifadeler kullanırdı. (KÜÇÜKGÜNGÖR, 2007, s. 215 vd.).

²⁹ *Legatum per damnationem*’de vasiyeti yapan kişi, “mirasçım köle *Stichus*’u vermeye mecbur olsun”, “versin”, yapsın”, “mirasçımın vermesini emrediyorum” şeklinde ifadeler kullanırdı. (KÜÇÜKGÜNGÖR, 2007, s. 219 vd.).

³⁰ KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 53.

Söz konusu eşyanın mülkiyetinin devri yapılmadığı takdirde, hak sahibi birtakım hukuki yollara başvurma imkanına sahipti. Vasiyet *per vindicationem* şeklinde yapılmış ise hak sahibi *vindicatio ususfructus* (intifa hakkı sahibine tanınan bir aynı dava) ile *per damnationem* şeklinde yapılmış ise *actio ex testamento/actio legati* (muayyen mal vasiyetlerinin yerine getirilmesini sağlayan bir dar hukuk davası) aracılığıyla muayyen mal vasiyetinin yerine getirilmesini talep edebilirdi³¹.

III. İNTİFA BENZERİNİN KONUSU

Roma Hukuku'nda eşyalar kullanımları bakımından, tüketilebilen eşyalar (*res quae usu consumuntur*)³² ve tüketilemeyen eşyalar (*res quae usu non consumuntur*) olmak üzere bir ayrıma tabi tutulmuştur³³. Devamlı bir kullanım sağlayan eşyalar tüketilemeyen (*inconsumtabilia*) eşyalar olarak kabul edilmektedir. Roma Hukuku'nda uygulamada en çok rastlanan bu çeşit eşyalar arasında ev, arazi, at, mobilya ve köleler yer almaktadır³⁴. Ekonomik değerlerinden yararlanılması tüketilmeleri ya da elden çıkarılmaları ile mümkün olan eşyalara ise tüketilebilen eşyalar denir. Bu tür eşyalar kullanılmakla sosyo-ekonomik işlevi biten, yok olan ya da elden çıkan eşyalardır³⁵. Roma Hukuku kaynaklarında; gıda maddeleri, yakacak maddeler, baharatlar, güzel kokular, ilaçlar ve para tüketilebilen (*consumtabilia*) eşyalar arasında sayılmaktadır³⁶.

Roma Hukuku'ndan gelen eşyalara ilişkin bu ayırım modern hukuklarda da yer almakla birlikte, tüketilebilen eşyalar-tüketilemeyen eşyalar ayrımı özellikle intifa hakkının kurulmasında ve hükümlerinde etkisini göstermektedir³⁷. Çünkü intifa hakkının konusunu oluşturabilen eşyaların

³¹ KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 51 vd.

³² Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda *res quae primo usu consumuntur* ifadesine de rastlanmaktadır. Bu terim ile ilk kullanımda tüketilen eşyalar ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu tür eşyalar kullanımları tüketime tabi, bir diğer ifadeyle tüketilebilen eşyalardır. (UMÜR, 1975, s. 183).

³³ KASER/KNÜTEL, s. 98; PAMPALONI, s. 107; WILLIAM/WILLIAM/MARINDIN, s. 40.

³⁴ ERDOĞMUŞ, s. 10; HAUSMANINGER/SELB, s. 177; KASER/KNÜTEL, s. 98; KOSC-HAKER/AYİTER, s. 106; KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 44 vd.; ROBY, s. 184.

³⁵ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 51; SOHM /LEDLIE, s. 340.

³⁶ KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 44 vd.

³⁷ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 51; KASER/KNÜTEL, s. 144; KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 44; SOHM /LEDLIE, s. 340. Tüketilebilen eşyalar (*res quae usu consumuntur*) ve tüketilemeyen eşyalar (*res quae usu non consumuntur*) ayrımı ariyet (*commodatum*) ve karz

farklı nitelikleri, uygulanacak hukuki düzenlemeleri de etkilemektedir³⁸. Bu bağlamda, Roma Hukuku'nda tüketilebilen eşyalar üzerinde intifa hakkı kurulduğunda intifa benzerinin hükümleri söz konusu olurdu.

İntifa benzeri kurumunun oluşturulmasıyla intifa hakkının sağladığı hak ve yetkiler alacak hakkı için de söz konusu olmuştur. Bir diğer ifadeyle, intifa hakkının intifa benzeri şeklinde tüketilebilen eşyalara uyarlanmasıyla, ilk zamanlarda intifa hakkına konu olması kabul edilmeyen alacak hakkı, artık üzerinde intifa hakkı kurulabilen bir eşya niteliğini kazanmıştır³⁹. Bu hukuksal durum Roma Hukuku kaynaklarında *fructus nominis* (alacağın intifası) olarak ifade edilmektedir⁴⁰.

Alacak hakkı üzerinde borçluya ya da herhangi bir üçüncü kişiye intifa benzerinin tanınması vasiyet edilebilirdi. Alacak hakkı üzerinde lehine intifa benzeri tanınacak kişi (hak sahibi), öncelikle intifa hakkı sona erdiğinde kendisi veya mirasçıları tarafından intifa konusu alacağın, malik veya onun mirasçılarına iade edileceğini *cautio*⁴¹ ile taahhüt ederdi. Yapılan bu taahhüt işleminden sonra alacak, hak sahibine devredilir ve hak sahibi o andan itibaren muaccel olan faizlere sahip olabilirdi. Dolayısıyla bu teminat verilmeden önce muaccel olan faizler anapara kapsamı içerisinde değerlendirilir ve hak sahibi için bu miktarı iade yükümlülüğü doğardı. Teminatın verilmesiyle birlikte, hak sahibi gerek anapara gerekse faizler üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilirdi. Böylece, asıl alacaklının sahip olduğu tüm hakları kazanmış olurdu⁴². Bu hakkın alacağın borçlusunu lehine tanındığı durumlarda, intifa benzeri sayesinde borçlu intifa hakkı sona erinceye kadar hem anaparayı hem de faizi ödemekten kaçınma imkânına sahip oluyordu. Böylece alacaklıdan ifaya ilişkin bir talep

sözleşmelerinin (*mutuum*) ayrılmasında ve hukuki düzenlemelerinde de önem taşımaktadır. (KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 53).

³⁸ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 259.

³⁹ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 261; KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 49; PAMPALONI, s. 111 vd.

⁴⁰ DI MARZO, s. 268.

⁴¹ *Cautio*; teminat göstermek amacıyla, bir kimsenin genellikle *stipulatio* yoluyla başka bir kimseye taahhüt altına girmesidir. Bu şekilde taahhütte bulunan kimse, esas yükümlülüğünü yerine getirmeyecek olursa yaptığı *stipulatio*'dan sorumlu tutulurdu. *Cautio ususfructoria* ise intifa hakkı sahibinin, kendisinden ve semerelerinden faydalandığı eşyayı iyi bir aile reisi gibi kullanarak, vadesinde olduğu gibi iade edeceğine dair malikle yaptığı *praetor stipulatio*'sudur. (UMUR, 1975, s. 34).

⁴² DI MARZO, s. 268; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 261; KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 50.

geldiğinde *exceptio doli* (hile def'i)⁴³ ileri sürebiliyordu⁴⁴. Bu durumun *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metinde ele alındığı görülmektedir:

D. 7.5.3 Ulpianus

“Post quod omnium rerum usus fructus legari poterit. An et nominum? nerva negavit: sed est verius, quod cassius et proculus existimant, posse legari. Idem tamen nerva ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit et remittendas ei usuras”.

D. 7.5.3 Ulpianus

“Vasiyet yoluyla her çeşit eşya üzerinde intifa hakkının kurulabilmesi hususuna ilişkin bir kural bulunmaktadır. *Nerva* bu kuralın alacaklara uygulanamayacağını savunmaktadır, *Cassius* ve *Proculus*'a göre vasiyet yoluyla alacaklar üzerinde de intifa hakkı kurulabilmektedir. Onların kabul ettiği bu görüş daha yerindedir. Bunun yanı sıra *Nerva* alacak üzerindeki intifa hakkının borçluya bırakılabileceğini ve bu durumda borçlunun faiz ödemekten kurtulacağını savunmaktadır”.

Tüketilebilen eşyaların kapsamı içerisinde, kullanmakla yıpranan eşyaların yer alıp almayacağı Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda çeşitli şekillerde ifade edilmiştir. *Digesta*'da yer alan bir metne göre elbiseler intifa hakkına konu olabilecek eşyalardandır. *Iustinianus*'un *Institutiones*'indeki bir metinde ise kullanmakla yıpranan eşyalarda özellikle elbiseler üzerinde sadece intifa benzerinin tanınabileceği ifade edilmiştir. Bu iki metin arasındaki çelişkiyi gidermek amacıyla bir düzenleme yapılmış ve *Digesta*'daki metinde bir değişiklik yapılarak bu seçim intifa hakkı kuran kişinin iradesine bırakılmıştır. Buna göre elbiseler intifa hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilecek, ancak intifa hakkı kuran kişi isterse bunun aksini öngörebilecek ve elbiselerin değerini iade konusu yaparak intifa benzeri kurulmasını belirleyebilecektir⁴⁵. Bu bağlamda, elbise gibi giyim eşyaları bir kez kullanmakla tüketilmemekle birlikte, kullanılmakla eskidikleri ve zamanla kullanılamaz hale geldikleri için tüketilebilen eşyalar arasında sayılabilecektir⁴⁶. Böylece; tüketilebilen eşyalar,

⁴³ *Exceptio doli*; hileli olarak yapılan bir işlem sonucunda, alacaklı durumuna girmiş olan bir kimsenin açtığı dava karşısında, davalının beraat etmesini mümkün kılmak için davalıya tanınmış bir def'dir. (UMUR, 1975, s. 66).

⁴⁴ DI MARZO, s. 268; KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 49; PAMPALONI, s. 116 vd.

⁴⁵ KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 47 vd.; PAMPALONI, s. 87 vd.

⁴⁶ ERDOĞMUŞ, s. 10; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 52; KOSCHAKER/AYİTER, s. 106.

haklar ve paradan sonra elbise gibi yıpranabilen eşyalar üzerinde de intifa benzerinin tanınması mümkün kılınmıştır⁴⁷. Bu durum, çeşitli metinlerde ele alınmaktadır:

D. 7.5.1 Ulpianus

“...Quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usus fructus legari”.

D. 7.5.1 Ulpianus

“...Bu senatus consultum’la kullanmakla yıpranan veya yok olan eşyalar üzerinde vasiyet yoluyla intifa hakkının kurulabilmesi kabul edilmiştir”.

D.7.9.9.3 Ulpianus

“Si vestis usus fructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit finito usu fructu vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo adtritam reddiderit”.

D.7.9.9.3 Ulpianus

“Pomponius; elbise üzerinde intifa hakkı vasiyet edilirse, intifa hakkı sona erdiğinde, elbisenin iade edileceği mirasçıya taahhüt edilmiş olsa da bu taahhütte bulunan kişinin kötü niyetli olmaması şartıyla elbiselerin yıpranmasından sorumlu olmayacağını ifade eder”.

Iust.Ins.2.4.2

“...Quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta. quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur. sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usum fructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. itaque si pecuniae usus fructus legatus sit, ita datur legatario ut eius fiat, et legatarius satisdat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. ceterae quoque res ita traduntur legatario ut eius fiant: sed aestimatis his satisdatur, ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur quanti eae fuerint aestimatae”.

Iust.Ins.2.4.2

“...Bu meyanda şarap, zeytinyağı, buğday, elbiseler vardır. Bunlara,

⁴⁷ ERDOĞMUŞ, s. 112 vd.; HAUSMANINGER /SELB, s. 177; HONSELL, s. 75; KASER, s. 122; KASER/KNÜTEL, s. 146; PAMPALONI, s. 86 vd.; ROBY, s. 488.

sürekli kullanılarak tüketildiğine göre, basılmış parayı da yaklaştırmak gerekir. Fakat bir fayda düşüncesi ile *senatus*, bu nevi eşyalar üzerinde de intifa hakkı tesis edilebileceğini kabul etti; ancak bu takdirde, mirasçıya uygun bir teminat göstermek gerekir”.

D.7.1.15.4 Ulpianus

“Et si vestimentorum usus fructus legatus sit non sic, ut quantitatis usus fructus legetur, dicendum est ita uti eum debere, ne abutatur: nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non uteretur”.

D.7.1.15.4 Ulpianus

“Elbise üzerinde intifa hakkının tanınması vasiyet edildiğinde, elbisenin değeri iade edilmeyecekse; mirasçının elbiseyi yıpratmadan kullanması gerekir. Onu kiralayamaz ve iyi bir aile babası gibi kullanması gerekir”.

IV. İNTİFA BENZERİNİN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

İntifa benzerinde hem asıl malik hem de hak sahibi bakımından çeşitli hükümler söz konusu olmaktadır. Bu hükümler mülkiyetin kazanılması, teminat verme zorunluluğu ve iade borcunun kapsamına ilişkindir. Öncelikle, intifa benzerinin tanınmasıyla asıl malikin mülkiyeti sona erer ve hak sahibi eşyalar üzerinde gerçek anlamda bir mülkiyet hakkı kazanırdı. Mülkiyet hakkının kazanılmasının bir sonucu olarak, eşyayı tüketme, tasarruf etme, doğal ve hukuki semerelerinden yararlanma yetkileri hak sahibine aitti. Bunun yanı sıra, mirasçılara intikal eden bir hak söz konusu olurdu⁴⁸.

Hak sahibine; para veya diğer misli eşyalar üzerinde mülkiyet hakkını elde etme imkânı tanınırken, asıl malikin haklarının yeterince korunabilmesi amacıyla, hak sahibinin asıl malike teminat göstermesi zorunluluğu getirilmişti⁴⁹. Bir diğer ifadeyle, hakkın sona ermesi durumunda iadeyi teminat altına almak için, lehine intifa benzeri tanınan kişinin bir teminat vermesi gerekirdi⁵⁰. Bu anlamda, hak sahibi intifa benzerinin konusu olan eşyaların mülkiyetini kazanmış kabul edilir ve bir *cautio* ile aynı miktar ve nitelikte

⁴⁸ ERDOĞMUŞ, s. 113; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 258 vd.; SOHM /LEDLIE, s. 340.

⁴⁹ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 258 vd.

⁵⁰ KASER/KNÜTEL, s. 145; LEAGE, s. 183; ROBY, s. 488; UMUR, 1999, s. 486; UMUR, 1983, s. 150; WATSON, s. 135 vd.

misli eşyayı iade etmeyi taahhüt ederdi⁵¹. Teminatı veren taraf, muaccel olan faizleri almaya da yetkiliydi. Söz konusu faizler semere olarak kabul edildiği için intifa benzeri sona erdiğinde iade yükümlülüğü bulunmuyordu⁵². Bu durumun *Digesta'da Gaius'a* ait bir metinde ifade edildiği görülmektedir:

D. 7.5.2 pr. Gaius

“*Sed de pecunia recte caveri oportet his, a quibus eius pecuniae usus fructus legatus erit*”.

D. 7.5.2 pr. Gaius

“Paranın söz konusu olduğu durumlarda da, kendisine para üzerinde intifa hakkı vasiyet edilmiş olan kişinin bir teminat vermesi gerekir”.

Roma Hukuku'nda hem intifa hakkı hem de intifa benzerinde teminat verme zorunluluğu bulunmaktaydı. Doktrinde bu durum; intifa hakkına ilişkin teminat verme zorunluluğunun, intifa benzerine de uyarlanması olarak değerlendirilmektedir⁵³. İntifa hakkına ilişkin olan teminat, eşyayı iyi bir aile babası gibi kullanma Roma Hukuku'ndaki ifadesiyle *vir bonus*⁵⁴ gibi kullanma ve eşyanın iade edileceği yönündeki iki taahhütten⁵⁵ oluşurken, intifa benzerinde doğası gereği sadece eşyanın iadesine yönelik bir taahhüt bulunurdu. İntifa benzerini tanıyan taraf, teminat verilmediği takdirde diğer taraftan teminatın verilmesini talep etme hakkına sahipti. Bu durumun sağlanması bir *condictio*⁵⁶ ile olurdu⁵⁷.

⁵¹ ERDOĞMUŞ, s. 113; HAUSMANINGER/SELB, s. 177; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 259; KASER, s. 122; KASER/KNÜTEL, s. 145; UMUR, 1983, s. 150.

⁵² KASER/KNÜTEL, s. 145; KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 54.

⁵³ KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 53.

⁵⁴ *Vir bonus*, Roma Hukuku'nda dürüst bir Roma vatandaşı ve iyi bir aile babasının hareket tarzını ifade etmek için kullanılan bir tabirdir. (UMUR, 1975, s. 220).

⁵⁵ Hem iyi bir aile babası gibi kullanmak, hem de intifa hakkı sona erdiği zaman eşyayı iade etmek yönündeki bu taahhütler Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda şu şekilde ifade edilmiştir: “*Et usurum se boni viri arbitratu et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde exstabit*”. (DI MARZO, s. 267; PAMPALONI, s. 96; ROBY, s. 487).

⁵⁶ *Condictio*; *legis actio* sisteminin uyguladığı dönemde *magistra*'nın davalıya 30 gün içinde huzuruna gelmesi için yapılan ihbara verilen isimdir. *Formula* sisteminin uygulandığı dönemde ise *formula*' larında *demonstratio* (uyuşmazlığın temelini oluşturan hadisenin anlatıldığı kısım) bulunmayan ve mücerret bir *dare* borcuna ilişkin olan dar hukuk davaları *condictio* olarak ifade edilirdi. (UMUR, 1975, s. 43).

⁵⁷ LEAGE, s. 182; KASER, s. 123; KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 53; UMUR, 1983, s. 150.

Hak sahibinin taahhüdü intifa benzeri sona erdiğinde muaccel olur ve iade borcu doğard⁵⁸. Burada iadeye konu olan şey, başlangıçta teslim edilen eşya değildir. Bu anlamda, aynı miktar ve nitelikte eşyanın iade edilmesi söz konusu olmaktaydı⁵⁹. *Iustinianus* Dönemi'nde, mislen iade borcunun yanı sıra, tüketilebilen eşyanın değerinin ödenmesine de imkân tanınmıştır. Böylece, eşyanın değerinin saptanması yoluyla para olarak iadesi de kararlaştırılabilecektir. Bu durumda, asıl malik bir alacak hakkı elde eder ve bu alacak hakkı kapsamında ödenecek değer eşya üzerinde kullanımın başladığı gündeki değeri kadar olurdu⁶⁰.

İntifa hakkından farklı olarak, intifa benzerinde hak sahibinin iade etme yükümlülüğü hiçbir durumda ortadan kalkmazdı. Bu durum “cins yok olmaz” ilkesi ile açıklanmaktadır⁶¹. Bu bağlamda intifa hakkının özel bir durumu olan intifa benzeri kendine özgü niteliklerinden dolayı üç şekilde sona ermekteydi. Bunlar; hak sahibinin ölümü, hak sahibinin *capitis deminutio*'ya uğraması ve vasiyeti yapan kişi tarafından belirlenmiş olan sürenin dolmasıdır⁶². Bu durum konuya ilişkin çeşitli metinlerde ele alınmaktadır:

D.7.5.9 Paulus

“In stipulatione de reddendo usu fructu pecuniae duo soli casus interponuntur, mortis et capitis deminutionis”.

D.7.5.9 Paulus

“Para üzerinde kurulan intifa hakkına ilişkin bir hükümde, ölüm ve *capitis deminutio* olmak üzere iki olayın bu hakkı sona erdireceğinden bahsedilmektedir”.

D.7.9.7.1 Ulpianus

“Cum usus fructus pecuniae legatus esset, exprimi debent hi duo casus in stipulatione: cum morieris aut capite minueris, dari: idcirco hi duo soli casus, quoniam pecuniae usus aliter amitti non potest quam his casibus”.

D.7.9.7.1 Ulpianus

⁵⁸ KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 54.

⁵⁹ DI MARZO, s. 268; KASER/KNÜTEL, s. 145; UMUR, 1999, s. 486; WATSON, s. 135.

⁶⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 259; PAMPALONI, s. 106 vd.

⁶¹ KÜÇÜKGÜNGÖR, 1998, s. 51 vd.

⁶² KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 262.

“Para üzerinde intifa hakkının tanınması vasiyet edildiğinde şu şekilde taahhüt edilmelidir: sen öldüğünde ya da *capitis deminutio*’ya uğradığında ödenecektir. Bu iki durum belirtilmelidir. Çünkü paranın kullanımı bu koşullar altında başka bir şekilde kaybedilemez”.

Romalılar hak ehliyetine sahip olanların söz konusu ehliyet durumlarında bir değişiklik olursa, bu kimseleri ölmüş gibi değerlendirirlerdi. Dolayısıyla statülerinde değişiklik olan kişilerin fiziki varlığı ortadan kalkmadığı halde, şahsiyeti kısmen ya da tamamen ortadan kalmış olurdu. Bunun sonucunda, tarafların şahıslarının öneminden dolayı, taraflardan birinin ölümüne eşit sayılan bir durum olan *capitis deminutio*’ya bağlı olarak intifa benzeri sona ererdi⁶³. Bu durumun *Digesta*’da ifade edildiği görülmektedir:

D.4.5.11 Paulus

“Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima media minima: tria enim sunt quae habemus, libertatem civitatem familiam. igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem: cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat”.

D.4.5.11 Paulus

“Şahsiyet durumunda üç tür değişiklik olabilir. Bunlar, özgürlük, vatandaşlık ve aile durumuna göre belirlenir ve bu değişiklik en çok, orta ve en az düzeyde olur. Böylece hürriyet, vatandaşlık ve aile olarak belirlenen bu üç unsurun hepsini kaybettiğimiz zaman en büyük şahsiyet değişikliği meydana gelir. Ama vatandaşlığımızı kaybeder ve özgürlüğümüz devam ederse orta düzeyde şahsiyet kaybı olur: ve vatandaşlığımızla özgürlüğümüz devam ederken, sadece aile durumumuzda değişiklik olursa en az düzeydeki şahsiyet değişikliği meydana gelir”.

V. TÜRK HUKUKU’NDA TÜKETİLEBİLEN EŞYA ÜZERİNDE KURULAN İNTİFA HAKKI

Roma Hukuku’nda olduğu gibi Türk Hukuku’nda da bir şahsi irtifak hakkı olarak değerlendirilen intifa hakkı; başkasına ait bir şey üzerinde gerçek veya tüzel kişiler lehine, kullanma ve tam yararlanma yetkisi

⁶³ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, s. 128 vd.; KASER, s. 123; RADO, s. 156.

sağlamaktadır⁶⁴. İntifa hakkı sahibinin eşyadan tam yararlanma yetkisi onun doğal ve hukuki ürünlerini⁶⁵, bir diğer ifadeyle semerelerini elde etmeyi de kapsamaktadır⁶⁶.

İntifa hakkı sahibine tanınan yetkiler bakımından, intifa hakkı mülkiyete en yakın hak olarak nitelendirilmektedir⁶⁷. Ancak, mülkiyetin içeriğinde bulunan kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinden tasarrufta bulunma yetkisi intifa hakkı sahibine tanınmamaktadır. Bunun yanı sıra, mirasçılara intikal özelliğinin olmaması ve devredilememesi intifa hakkını mülkiyetten ayıran diğer hususlardır⁶⁸. Ancak, intifa hakkı sahibi eşyayı bizzat kullanmak zorunda olmadığı için eşyanın kullanımını başkasına bırakabilir⁶⁹. Bu anlamda, üzerinde intifa hakkı bulunan mülkiyet doktrinde “çıplak mülkiyet” ya da “kuru mülkiyet” gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Çünkü intifa hakkı devam ettiği sürece mülkiyet hakkının kullanma ve yararlanma bakımından donduğu; intifa hakkı sona erdikten sonra ise bu hakkın canlandığı ve eski içeriğini kazandığı kabul edilmektedir⁷⁰.

İntifa hakkının konusu esas itibarıyla taşınır ve taşınmaz eşyalar olmakla birlikte, bu hak bakımından aynı hakların konusunu oluşturan eşya kavramıyla bağlı kalınmamış ve kanunda intifa hakkının bir hak veya bir malvarlığı üzerinde de kurulabileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda, intifa hakkının konusunu taşınır eşyalar, taşınmaz eşyalar, haklar ve malvarlığı

⁶⁴ AKİPEK /AKINTÜRK /ATEŞ, s. 674; AYBAY/HATEMİ, s. 260; ERTAŞ, s.474; ESENER /GÜVEN, s. 364; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 823; ÖZEN, 2008, s. 6; ÖZEN, 2009, s. 1269; POLATER, s. 142.

⁶⁵ TMK 804. maddesi uyarınca; “intifa hakkı süresi içinde olgunlaşan doğal ürünler, intifa hakkı sahibine aittir. Ekimi veya dikimi yapan malik veya intifa hakkı sahibi, olgunlaşan ürünleri toplayan diğer taraftan, yaptığı giderler için ürünün değerini aşmamak üzere uygun bir bedel isteyebilir. Nitelikleri itibarıyla malın doğal verimi veya ürünü sayılmayan bütünleyici parçaları malike aittir”.

⁶⁶ ÖZEN, 2003, s. 669. İntifa hakkı sahibinin, şeyin özüne (*salva substantia*) dokunacak tasarruflara girişmemesi gerekir. İntifa konusu bir taşınmaz ise özgülenme yönünün değiştirilmesi de şeyin özüne dokunma olarak kabul edilecektir. (AYBAY/HATEMİ, s. 262; ESENER/GÜVEN, s. 364).

⁶⁷ ESENER/GÜVEN, s. 364.

⁶⁸ ERTAŞ, s. 474.

⁶⁹ ERTAŞ, s.476; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 823 vd.; ÖZEN, 2008, s. 6 vd. TMK m. 806 hükmü uyarınca; “sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılıyorsa, intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilir. Bu takdirde malik, haklarını, devralana karşı doğrudan doğruya ileri sürebilir”.

⁷⁰ AYBAY/HATEMİ, s. 258.

oluşturmaktadır⁷¹. Rehin hakkı dışında taşınır eşyalar üzerinde kurulabilen tek irtifak hakkı olarak tanımlanan intifa hakkına ilişkin bazı ayrıık durumların kanunda özel haller başlığı altında incelendiği görülmektedir. Bu bağlamda, taşınmaz eşyalar, alacaklar ile tüketilebilen ve değeri biçilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkına ilişkin hükümler, özel haller arasında ele alınmaktadır⁷².

İntifa hakkı, sağlararası bir hukuki işleme kazanılabileceği gibi malikin ölüme bağlı tasarrufu sonucunda da kazanılabilmekte ve mülkiyette uygulanan kurallara tabi kılınmaktadır. Mülkiyete ilişkin hükümlere yapılan atıf dolayısıyla intifa hakkının zamanaşımı sonucu kazanılması da mümkündür⁷³. Bu bağlamda, intifa hakkı tesisen (kurulma yoluyla) veya aslen kazanılabilmektedir. Tesisen kazanma; başlıca kazanma yolu olarak ifade edilmekle birlikte, aslen kazanma ise kanuni intifa hakkının kazanılması, zamanaşımı ile kazanma ve mahkeme kararı ile kazanma şeklinde olmaktadır. Ancak intifa hakkı devri mümkün olmayan bir hak olması sebebiyle devren kazanılamamaktadır⁷⁴. Taşınırlarda teslim, taşınmazlarda tapu kütüğüne tescil, haklarda ise devir sözleşmesi yapılarak⁷⁵ intifa hakkı kurulmaktadır⁷⁶. Bir malvarlığı üzerinde tek bir işlemle intifa hakkı kurulması mümkün değildir. Bu malvarlığı içerisinde yer alan taşınırlar, taşınmazlar ve hakların her biri üzerinde intifa hakkının ayrı ayrı kurulması gerekmektedir⁷⁷. İntifa hakkı; süreye bağlı olarak kurulmuşsa sürenin dolması, süre kararlaştırılmayan hallerde intifa hakkı sahibinin ölümü, tüzel kişiliğın ortadan kalkması, intifa hakkı sahibinin hakkından feragat etmesi, taşınmazlarda tescilin terki,

⁷¹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 680; AYBAY/HATEMİ, s. 259.

TMK m. 794'teki düzenlemeye göre; "intifa hakkı, taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir".

⁷² CANARSLAN, s. 2.

⁷³ ÖZEN, 2008, s.123 vd.; POLATER, s. 143 vd.

TMK m. 795/II uyarınca, "taşınır ve taşınmazlarda intifa hakkının kazanılması ve tescilinde, aksine düzenleme olmadıkça, mülkiyete ilişkin hükümler uygulanır".

⁷⁴ ERTAŞ, s.475; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 827 vd.; ÖZEN, 2008, s. 107.

⁷⁵ TMK m. 795/1'e göre; "intifa hakkı, taşınırlarda zilyetliğin devri, alacaklarda alacağın devri, taşınmazlarda tapu kütüğüne tescil ile kurulur".

⁷⁶ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 681; ERTAŞ, s.474; ÖZTAN, s. 555.

TMK. m.818'deki düzenlemeye göre; "ormanlar ve madenler de intifa hakkına konu olabilmektedir. Ancak bu durum Anayasanın 168 ve 169. maddelerinin müsaadesi ölçüsünde olabilir". Ayrıca Anayasa'nın 169.m./2. f. 2.c. ormanların kamu yararı dışında irtifak haklarına konu olamayacağını düzenlemektedir.

⁷⁷ ERTAŞ, s. 476; ÖZEN, 2008, s. 49.

kamulaştırılması, taşınırın işlenmesi, başka eşya ile karışması, birleşmesi ve eşyanın yok olması hallerinde sona erer⁷⁸.

İntifa hakkının konusunu oluşturan şeyden yararlanma, tüketim tarzında olduğunda, tüketilebilen eşyalar üzerindeki intifa hakkı söz konusu olur⁷⁹. Tüketilebilen eşyalar doktrinde, kendisinden amaca uygun olarak yararlanılması tüketilmesiyle mümkün olan taşınır eşya olarak tanımlanmaktadır⁸⁰. Bu bağlamda tüketilebilen eşyadan yararlanılması ancak o eşyanın fiziksel, maddesel varlığını kaybetmesi veya değişmesi ya da elden çıkarılmasıyla mümkün olmaktadır⁸¹. Tüketilebilen eşyanın çıplak mülkiyeti malikte bırakılarak, yararlanma yetkisinin hak sahibine bırakılması mümkün olmadığı için doktrinde tüketilebilen eşya üzerindeki intifanın genel intifa hakkından farklı olduğu kabul edilir⁸². Bu durumda tüketilebilen eşyalar üzerinde genel bir intifa hakkı kurulamamakta ve “gerçek olmayan intifa” kurulabilmektedir. Benzer şekilde doktrinde bu durum “intifa hakkı benzeri”, “şibih intifa”, “usulsüz intifa” gibi kavramlarla da ifade edilir⁸³. Kullanmakla tüketilmeyen, ancak kullanımı sırasında zamanla eskiyen eşyalar bu tür eşyalar arasında değerlendirilmemektedir⁸⁴. Bir eşyanın kullanımından bir süre sonra ilk hâlini yitirmesi tüketilebilen eşya niteliğinde olduğunu göstermemekle birlikte, bu eşyaların yıpranması kullanımının doğal sonucu olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, sadece bazı taşınır eşyalar tüketilebilen eşya niteliğinde kabul edilir. Taşınmaz eşyalar ise her zaman tüketilemeyen eşya niteliğindedir⁸⁵.

Gerçek olmayan intifanın düzenlenmesi ile tüketilebilen eşyalardan ekonomik olarak yararlanmayı mümkün kılacak özel hukuki yol sağlanmış ve mümkün düştüğü ölçüde intifa hakkına ilişkin hükümlerin

⁷⁸ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 692 vd.; AYBAY/HATEMİ, s. 259 vd.; ERTAŞ, s. 481; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 831 vd.; POLATER, s. 146.

TMK m. 796 uyarınca; “intifa hakkı, konusunun tamamen yok olması ve taşınmazlarda tescilin terkini; yasal intifa hakkı sebebinin ortadan kalkması ile sona erer. Sürenin dolması veya hak sahibinin vazgeçmesi ya da ölümü gibi diğer sona erme sebepleri, taşınmazlarda malike terkini isteme yetkisi verir”.

⁷⁹ AYBAY/HATEMİ, s. 262.

⁸⁰ ERTAŞ, s.476; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 853.

⁸¹ CANARSLAN, s. 4.

⁸² ERTAŞ, s.476; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 853; ÖZEN, 2008, s. 461.

⁸³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 681; AYBAY/HATEMİ, s. 262.

⁸⁴ SİRMEN, s. 552.

⁸⁵ CANARSLAN, s. 8.

uygulanması söz konusu olmuştur. Bazı hususlarda ise konusunu tüketilebilen eşyaların oluşturması sebebiyle gerçek olmayan intifaya farklı hükümlerin uygulanması kabul edilmiştir. Bu hükümler; malik ve hak sahibi bakımından ortaya çıkan çeşitli sonuçlarda kendini göstermekle birlikte, mülkiyetin kazanılması, teminat verme zorunluluğu ve eşyanın değerinin ödenmesi konularına ilişkindir⁸⁶.

Gerçek olmayan intifa, tarafların anlaşması ve tüketilebilen eşyanın mülkiyetinin hak sahibine devri ile kurulmaktadır. Gerçek olmayan intifa durumunda, tüketilebilen eşyaların zilyetliğinin hak sahibine devri ile beraber mülkiyet de kanun gereği ona devredilmiş olur⁸⁷. Çünkü tüketilebilen eşyalardan (gıda maddeleri, yakacak maddeleri vb.) yararlanılması için bu eşyaların hak sahibince tüketilmesi gerektiğinden, mülkiyetin ona devredilmesi gerekmektedir⁸⁸. Bu bağlamda genel intifa hakkı sahibine tüketme yetkisinin tanınmaması kuralına bir istisna getirilerek, tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkında hak sahibine tüketme yetkisi tanınmakta ve eşyanın mülkiyeti hak sahibine geçmektedir⁸⁹.

Lehine gerçek olmayan intifa tanınan kişi bir başka deyişle hak sahibi, söz konusu eşya üzerinde asıl malikin hak ve yetkilerine sahip olmakla birlikte, asıl malike karşı intifa süresinin bitiminde tüketilebilen eşyanın değerini tazmin etmeyi borçlanır. TMK 819. maddesi uyarınca⁹⁰, hak sahibi hakkın konusu olan eşyanın hakkın kurulduğu andaki değerini malike borçlanmaktadır⁹¹. Aynı maddenin ikinci fıkrasında⁹² düzenlenen bir diğer husus ise hak sahibinin malvarlığına dahil olan bu eşya üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesine ilişkindir. Bu hüküm gereğince, aksi kararlaştırılmadıkça hak sahibi, değeri

⁸⁶ AYBAY/HATEMİ, s. 262; ERTAŞ, s.476; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 853.

⁸⁷ OĞUZMAN /SELİÇİ /OKTAY ÖZDEMİR, s. 853.

⁸⁸ SİRMEN, s. 552.

⁸⁹ CANARSLAN, s. 10.

⁹⁰ TMK 819/I gereğince; “tüketilebilen şeylerin mülkiyeti, aksi kararlaştırılmadıkça, intifa hakkı sahibine geçer; ancak, intifa hakkı sahibi geri verme sırasında bu şeylerin o günkü değerini ödemekle yükümlü olur”.

⁹¹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 681; AYBAY/HATEMİ, s. 262; ERTAŞ, s.476.

⁹² TMK 819/II uyarınca; “intifa hakkı sahibi, değeri biçilerek kendisine teslim olunan diğer taşınırlar üzerinde, aksi kararlaştırılmadıkça, serbestçe tasarrufta bulunabilir; ancak, bu yetkisini kullandığı takdirde bu şeylerin biçilen değerlerini geri verme sırasında ödemekle yükümlü olur. Bu ödeme, tarım işletmesi gereçleri, hayvan sürüleri, ticarî mallar veya benzeri şeylerde aynı cins ve nitelikte eşya verilmesi suretiyle yerine getirilebilir”.

saptanarak kendisine teslim edilmiş olan tüketilebilen bir eşya üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir. Hak sahibi bu yetkisini kullandığı takdirde, eşyanın saptanmış olan değerini geri verme sırasında ödemekle yükümlüdür. Ayrıca söz konusu eşya hak sahibinin malvarlığıyla birlikte mirasçılara intikal edebilir⁹³.

Teminat konusu bakımından inceleme yapıldığında, Türk Medeni Kanunu'nda malikin hakkının tehlikeye düştüğünü ispat ederek, intifa hakkı sahibinden teminat isteyebileceği görülmektedir. Ancak gerçek olmayan intifa durumunda malik, haklarının tehlikeye düştüğünün ispatına gerek olmaksızın teminat isteyebilmektedir⁹⁴. Bu anlamda, gerçek olmayan intifada tüketilebilen eşyanın mülkiyetinin hak sahibine devrediliyor olması malikin hakları bakımından bir tehlike olarak değerlendirilmiş ve teminat istemi için bu durum yeterli görülmüştür⁹⁵.

Gerçek olmayan intifanın, hukuksal niteliği açısından bir borç ilişkisi doğurduğu kabul edilmektedir. Gerçek olmayan intifa, doktrinde intifa hakkının özel bir çeşidi olarak ifade edilmekle birlikte, mülkiyetin devrini gerektirdiği için farklı bir hukuksal durum söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, gerçek olmayan intifaya, intifa hakkına ilişkin hükümlerden ancak bir kısmı uygulanabilir. İntifanın sona ermesine ilişkin hükümlerden de sadece niteliğine uygun düşenler gerçek olmayan intifaya uygulanabilir⁹⁶. Dolayısıyla bu hükümlerden, süreye bağlı intifa hakkında sürenin dolması, yasal intifa hakkında sebebin ortadan kalkması gibi durumlarda gerçek olmayan intifa kendiliğinden sona ermektedir. Bunun yanı sıra, hukukî işlemle veya mahkeme kararıyla da hakkın sona ermesi mümkündür. Hak sahibinin ölümü durumunda bu hak sona ermekte ve bunun sonucunda tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa ilişkisi hak sahibinin karşı tarafa eşyanın değerini borçlandığı borç ilişkisine dönüşmektedir. Dolayısıyla bu durumda şahsî borç söz konusu olmakta ve mirasçılara devredilebilmektedir⁹⁷. Buna karşılık intifa konusu eşyanın bakımı, korunması, özen gösterme yükümlülüğü, sigorta

⁹³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 853.

⁹⁴ KAÇAK, s. 534. TMK 808. maddesi uyarınca haklarının tehlikeye düştüğünü ispat eden malik, intifa hakkı sahibinden güvence isteyebilir. İntifa hakkının konusu tüketilebilen şey veya kıymetli evrak ise malik tehlikenin ispatına gerek olmaksızın teslimden önce de güvence isteyebilir. Kıymetli evrakın güvenilir bir yere tevdi edilmesi güvence yerine geçer.

⁹⁵ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 262.

⁹⁶ ESENER/GÜVEN, s. 371.

⁹⁷ CANARSLAN, s. 19.

ettirilmesi ve söz konusu eşyanın devrinin yasağına ilişkin hükümler gerçek olmayan intifaya doğası gereği uygulanamamaktadır⁹⁸.

SONUÇ

Roma Hukuku'nda intifa hakkı (*ususfructus*); tüketilemeyen ve misli olmayan eşyalar üzerinde kurulabilen bir haktır. İntifa hakkı kullanma (*usus*) ve yararlanma (*fructus*) yetkisi vermekte, bu hak sona erdiğinde ise intifa hakkı sahibi eşyayı malike iade etmek zorundaydı. Dolayısıyla mülkiyet her zaman malikte kalmakta, intifa hakkı sahibine geçmemekteydi. Malikte sadece tasarrufta bulunma yetkisi (*abusus*) kalmakta ve bu hukuksal durum çıplak mülkiyet (*nuda proprietas*) olarak ifade edilmekteydi. Türk Hukuku'nda da intifa hakkı Roma Hukuku'ndakine benzer şekilde tanımlanmakta ve üzerinde intifa hakkı bulunan mülkiyet doktrinde “çıplak mülkiyet” ya da “kuru mülkiyet” gibi kavramlarla ifade edilmektedir.

Roma Hukuku'nda ilk dönemlerde, tüketilebilen eşyalar intifa hakkının konusunu oluşturamazdı. Bir malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkı vasiyet edildiğinde, içinde bulunan tüketilebilen eşyalar verasetten hariç tutulmaktaydı. Zamanla, içinde tüketilebilen eşyaların da bulunduğu bir malvarlığı üzerinde intifa hakkına yönelik bir vasiyetin geçerli olup olmayacağı sorunsalının ortaya çıkmasıyla, bir *senatus consultum* kabul edilmiştir. Bu *senatus consultum* doğrultusunda muayyen mal vasiyeti ile bırakılan eşyaların tamamı üzerinde intifa hakkının geçerli olacağı kabul edilmiştir. Tüketilebilen eşyalar üzerinde kurulabilen intifa hakkı; intifa benzeri (*quasi ususfructus*) olarak yeni bir hukuki kavramla ifade edilmiştir. Böylece intifa hakkı için öngörülmuş bulunan bir durum, intifa benzerine uyarlanarak uygulama imkânı sağlanmakla birlikte, bu yolla bir malvarlığının tümü, para, haklar ve elbise gibi yıpranabilen eşyalar üzerinde intifa hakkının tanınması mümkün kılınmıştır.

İntifa benzeri (*quasi ususfructus*) olarak ifade edilen bu hak Türk Hukuku'nda düzenlenmiş bulunan gerçek olmayan intifanın temelini oluşturmaktadır. Gerçek olmayan intifa; genel intifa hakkından farklı bir hukuksal durum olarak ifade edilmekle birlikte, sadece tüketilebilen eşyaları kapsamaktadır. Roma Hukuku'ndan farklı olarak, Türk Hukuku'nda haklar ve malvarlığı üzerinde kurulan intifa hakkı, özel intifa çeşitlerinin ayrı bir bölümünü oluşturmakta ve kullanmakla tüketilmeyen, kendiliğinden eskiyen

⁹⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 853.

eşyalar gerçek olmayan intifanın konusu içerisinde değerlendirilmemektedir.

İntifa benzerinin kurulması Roma Hukuku'nda muayyen mal vasiyeti (*legatum*) yoluyla olmaktadır. Bu durumda, hak sahibinin hakka konu olan eşyaların mülkiyetini doğrudan kazanması mümkün değildir. Söz konusu eşyaların mülkiyetini, duruma göre ya mirasçıdan ya da lehine mülkiyet hakkı vasiyet edilen kişiden talep etmesi gerekirdi. Bunun yanı sıra sağlararası bir hukuki işlemle intifa benzeri tanınması mümkün değildir. Taraflar sağlararası bir hukuki işlemle tüketilebilen eşyaları aynı miktar ve nitelikte iade şartıyla devretmek isterlerse karz sözleşmesi (*mutuum*) yapma yoluna giderlerdi. Gerçek olmayan intifa ise tarafların anlaşmasıyla kurulmakta ve tüketilebilen eşyaların mülkiyeti intifanın kurulmasıyla yani zilyetliğin devriyle birlikte intifa hakkı sahibine geçmektedir.

İntifa benzeri hem malik hem de hak sahibi bakımından çeşitli hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Bu hükümler mülkiyetin kazanılması, teminat verme zorunluluğu ve iade borcunun kapsamına ilişkindir. İntifa benzerinin tanınmasıyla intifa hakkını kuran asıl malikin mülkiyeti sona erdiği için hak sahibi eşyalar üzerinde gerçek anlamda bir mülkiyet hakkı kazanırdı. Mülkiyet hakkının kazanılmasının bir sonucu olarak, hak sahibi eşyayı tüketebilir ve tasarruf edebilirdi. Bu anlamda, mirasçılara intikal eden bir hak söz konusu olurdu. Hak sahibinin teminat verme zorunluluğu ise ancak hakkın sona ermesiyle birlikte aynı miktar ve nitelikteki bir eşyanın iade edilmesi ya da bu eşyaların değerinin ödenmesi borcuna yönelikti. Eşyaların değerini ödeme durumunda, asıl malik bir alacak hakkı elde eder ve bu alacak hakkının kapsamı eşya üzerinde kullanımın başladığı gündeki değeri kadar olurdu.

Gerçek olmayan intifanın kurulmasında; tüketilebilen eşyanın mülkiyeti, lehine intifa hakkı tanınan kişiye devredildiği için, hak sahibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerine sahip olurken, aynı zamanda mirasçılara intikal eden bir hak söz konusu olur. Buna karşılık, asıl malike karşı intifa süresinin bitiminde tüketilebilen eşyanın hakkın kurulduğu andaki değerini tazmin etmeyi borçlanmaktadır.

Roma Hukuku'nda intifa benzeri, hak sahibinin ölümü, hak sahibinin *capitis deminutio*'ya uğraması ve vasiyeti yapan kişi tarafından belirlenmiş olan sürenin dolması ile sona ererdi. Türk Hukuku'nda ise intifa hakkının sona ermesine ilişkin düzenlemeler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde intifa benzerine de uygulanabildiğinden, bu hak kanunun öngördüğü belli durumlarda sona erebilmektedir. Bu durumlar; süreye bağlı intifa hakkında

sürenin dolması, yasal intifa hakkında sebebin ortadan kalkması, hukukî işlemle veya mahkeme kararıyla hakkın sona erdirilmesidir. Hak sahibinin ölümü durumunda da bu hak sona ermektedir.

İntifa benzerinin özellikleri hem Roma Hukuku'nda hem de Türk Hukuku'nda benzer şekilde yer almaktadır. Roma Hukuku'ndaki intifa benzeri kavramı ile Türk Hukuku'ndaki gerçek olmayan intifa kavramı arasındaki ilişki bu hakkın tanımıyla sınırlı değildir. Roma Hukuku'ndaki intifa benzerine ilişkin hukuki yaklaşımlar Türk Hukuku'nu etkilemekle birlikte, bugün modern hukukun konuya ilişkin düzenlemelerinin de temelini oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya: **Eşya Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- AYBAY, Aydın/HATEMİ Hüseyin, **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- BERGER, Adolf: **Encyclopedic Dictionary, of Roman Law**, Philadelphia, 1991.
- CANARSLAN, Gökçe: "Tüketilebilen Eşya Üzerinde Kurulan İntifa Hakkı", **ERÜHFD**, C. XIV, S. 1, 2019, ss. 1-29,
- DI MARZO, Salvatore: **Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1954.
- ERDOĞMUŞ, Belgin: **Roma Eşya Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2003.
- ERTAŞ, Şeref: **Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

- HAUSMANINGER, Herbert /SELB, Walter: **Römisches Privatrecht**, Böhlau Verlag, Wien, 2001.
- HONSELL, Heinrich: **Römisches Recht**, Zürich, 2011.
- KAÇAK, Nazif: **Emsal İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Hukukunda Eşya Hukukuna İlişkin Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: **Roma Eşya Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: **Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar Şahsın Hukuku-Hakların Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- KASER, Max: **Roman Private Law**, Hamburg, 1965.
- KASER, Max /KNÜTEL, Rolf: **Römisches Privatrecht**, München, 2005.
- KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret.: **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara, 1983.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: **Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfuctus)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: **Roma Hukuku'nda Vasiyet (Testamentum)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- LEAGE, Richard William: **Roman Private Law**, London, 1942.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- ÖZEN, Burak: “İntifa Hakkı Konusu Taşınmazdan Elde Edilen Doğal Ürünler”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, 2003, ss. 669-682, s. 669.
- ÖZEN, Burak: “İntifa Hakkının Kullanılmasının Devri Kavramı ve Bu Kavramın İntifa Hakkının Hacziyle İlişkisi”, **Prof.Dr.Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, ss. 1269-1290.
- ÖZEN, Burak: **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

- ÖZTAN, Bilge: **TMK–Türk Medeni Kanunu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- PAMPALONI, Muzio: “Sull’Oggetto Del Quasi Usufrutto”, **BIDR**, 19, Roma, 1907, ss. 85-131.
- PIERRE, Barbara, “Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law”, **Revue Générale De Droit**, Volume 28, Number 2, June 1997, ss. 235–274.
- POLATER, Salih: **İntifa Hakkının Denkleştirilmesi ve Tenkisi**, Hacettepe HFD, C. 8, S. 2, 2018, ss. 138 – 166.
- RADO, Türkan: **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.
- ROBY, Henry John.:**Roman Private Law In The Times Of Cicero And Of The Antonines**, C.II, New Jersey, 2000.
- SİRMEN, LALE: **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2019.
- SOHM, Rudolf/LEDLIE, James Crawford: **The Institutes: A Text-Book of The History and System of Roman Private Law**, Oxford, 1994.
- UMUR, Ziya: **Roma Hukuku Ders Notları**, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.
- UMUR, Ziya: **Roma Eşya Hukuku-Ayni Haklar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.
- UMUR, Ziya: **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975.
- WATSON, Alan: **Studies in Roman Private Law**, The Hambledon Press, London, 1991.
- WILLIAM, SMITH/WILLIAM, WAYTE/MARINDIN, G. E.: **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, London, 1890.
- YILMAZ, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

LATİNCE METİNLER İÇİN YARARLANILAN KAYNAKLAR

Birks, P./ McLeod, G.: *Justinian’s Institutes*, New York 1993.

Gordon, W.M./Robinson, O.F.: The Institutes of Gaius, London 1997.
Gaius (Çev. Rado, Türkan) Institutiones-Borçlar Kısımı, İstanbul 1953.
Iustinianus (Çev. Umur, Ziya) Institutiones, İstanbul 1968.
Watson, A.: The Digest of Justinian, Vol. 1-4, Philadelphia 1998.
https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm
<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>

KISALTMALAR

AÜEHFD: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi

BIDR : Bulletino dell' istituto di diritto romano

C. : Cilt

Çev. : Çeviren

D. : Digesta

ERÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Gaius Ins. : Gaius Institutiones

Hacettepe HFD: Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Iust. Ins. : Iustinianus Institutiones

M. Ö. : Milattan önce

M. S. : Milattan sonra

pr. : Principium

S. : Sayı

s. : Sayfa

TMK: Türk Medeni Kanunu

vd. : Ve devamı

METİN DİZİSİ

DIGESTA

4.5.11 Paulus

7.1.1 Paulus

7.1.15.4 Ulpianus

7.5.1 Ulpianus

7.5.2 pr. Gaius

7.5.3 Ulpianus

7.5.9 Paulus

7.9.7.1 Ulpianus

7.9.9.3 Ulpianus

GAIUS INSTITUTIONES

2.30

IUSTINIANUS INSTITUTIONES

2.4. pr.

2.4.2

2.4.3-4

2.10.1

BOŞANMADA EV HAYVANLARININ HUKUKÎ DURUMU

Bariş DEMİRSATAN*

ÖZ

Çağımızda insanların evlilikleri süresince ev hayvanlarına sahip olması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Ev hayvanıyla kurulan yakın manevî bağ nedeniyle boşanmanın ardından ev hayvanının hangi tarafta kalacağı uyuşmazlık konusu olabilir. Bu husustaki uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözümüne ev hayvanının yararı da dikkate alınarak ulaşılabilir. Kanun koyucunun günümüzde bu konuda hissedilebilecek gereksinimi öngörmediği ifade edilebilir. Zira ev hayvanlarının boşanma sonrasındaki hukukî durumuna ilişkin olarak mevzuat açık bir düzenleme içermemektedir. Bununla birlikte, ev hayvanının yararını göz ardı etmeyen birtakım çözümler üretmek şu anda da mümkündür. Ev hayvanının eşlerin birlikte mülkiyetinde bulunduğu hâllerde, mal rejiminin tasfiyesi çerçevesinde alım hakkının kullanılmasında gerek ev hayvanının yararı gerekse hakkını kullanmak isteyen eşin ev hayvanıyla olan bağı nazara alınır. Kanun boşluğu bulunduğu gerekçesiyle bu hakkın, ev hayvanının mülkiyetine münhasıran bir eşin sahip olduğu durumlara da uygulanması gerekir. Boşanmanın fer'î sonuçlarına veya mal rejiminin tasfiyesine yönelik anlaşmalarda da taraflar ev hayvanının durumunu düzenlemekte kural olarak serbesttir. Ayrıca, eşler arasında paylı mülkiyetle ev hayvanına sahip olduğu ve paylı mülkiyet sona erdirilmediği takdirde tarafların hâkime yararlanma rejiminin belirlenmesi için başvurma olanağı da mevcuttur.

Anahtar Kelimeler: Ev hayvanı, Ev hayvanının yararı, Alım hakkı, Boşanma, Hayvanın hukukî statüsü

LEGAL STATUS OF DOMESTIC ANIMALS IN CASE OF DIVORCE

ABSTRACT

It is a common phenomenon that spouses have domestic animals during their marriage. Due to the close spiritual bond established with the pet; at the end of the divorce, it can turn into a dispute on which side the pet will stay. On the other hand, a solution of such dispute in this regard can be achieved by taking into account the

* Dr. Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı e-posta: baris.demirsatan@istanbul.edu.tr

ORCID: 0000-0002-0228-5236

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775480

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 02/05/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 14/07/2020

interests of pet. It can be stated that the legislator did not anticipate the need to be felt about this issue. The legislation does not contain any clear disposition regarding the legal status of pets after divorce. However, it is already possible to assert a number of solutions taking into account pet's interest. In cases where pet is in the common ownership of the spouses, the right of purchase can be exerted by a spouse and within the scope of determining prevailing interest, the bond with the pet and the pet's interest are taken into consideration. Also, on the grounds that there is a gap in the law, this right should also be extended to the cases where the pet is owned exclusively by one of the spouses. As a rule, the parties are free to regulate the situation of the pet in terms of agreements for the results of the divorce or in agreements for the liquidation of the property regime. In addition, the parties have the opportunity to apply to the judge if the common ownership between spouses persists.

Key Words: *Domestic animal, Interest of domestic animal, Right of purchase, Divorce, Legal status of animals*

Giriş

Doğada bulunan ve yaşayan insan, aynı doğayı paylaştığı canlılarla kaçınılmaz olarak sürekli ilişki içindedir. Hayvanların kaçınılması gereken veya gıda kaynağı olarak avlanacak canlılar olarak görülmesinin ötesine tarım toplumuyla geçilmiştir. Üretim faaliyetlerinde yer alan hayvanlar, evcilleşme süreciyle birlikte insanlarla daha yakın bir ilişkide bulunmaya başlamış, hatta üretim ilişkilerinden tamamen bağımsız olarak insanlar evcil hayvan edinmeye başlamıştır. İnsanlığın felsefi gelişimiyle birlikte insanın, evcil hayvanlar, genel olarak hayvanlar, tüm canlılar ve doğa ile ilişkisinin niteliği sorgulanmış ve sadece insan odaklı yaklaşımın yerini insan dışı varlıkların korunması da almaya başlamıştır.

Bireyler gerek evlenmeden önce gerekse evlilik esnasında ev hayvanı edinebilmekte ve bu hayvanlarla yakın bir manevî bağ kurmaktadır. Ancak evlilik ilişkisi kapsamında bu bağ sadece malik sıfatını taşıyan eşe özgü gelişmeyebilir. Diğer eş ve çocuklar da benzer bir bağ içinde bulunabilir. Bu nedenle, boşanma hâlinde ev hayvanının hangi eşte kalacağı hususu eşler arasında önemli bir sorun oluşturabilir. Evliliğin boşanmayla sona ermesi¹

¹ Belirtmek gerekir ki benzer sorunlar hayvan sahibinin ölümü halinde miras hukuku açısından da ortaya çıkacaktır. Miras hukuku açısından değerlendirmeler için: DE PORET, (2008), s. 118 vd. İsviçre’de 1 Nisan 2003 tarihinde yürürlüğe giren yasa değişikliği ile İMK m.

hâlinde ev hayvanının hukukî akıbetini sıradan bir malvarlığı unsuru gibi eşya ve mal rejimi hukuku düzenlemelerine tâbi tutmak uygun olmaz. Bu sonuç, ev hayvanının yararının da, bir canlı olarak, dikkate alınması gerekliliği karşısında kabul edilemez.

Hayvanların ve doğanın korunması, sadece ev hayvanlarına indirgenemez ve bütüncül bir bakış gerektirir². Ancak bu çalışmada yalnızca, ev hayvanlarının boşanma kapsamında eşler arasında çekişmeye yol açması meselesi ele alınmış ve söz konusu meselenin çözümü mevzuat açısından değerlendirilmiştir.

I. Türk Özel Hukukunda Hayvanların Hukukî Statüsü

Türk hukukunda hak ehliyeti, insanlar ile kanunda sınırlı olarak sayılan tüzel kişilere tanınmıştır³. Hak ehliyetine sahip bulunmayan hayvanlar ancak hak konusu olabilmektedir. Başka bir deyişle Türk hukukunda hayvanların dâhil edilebileceği hak öznesi veya konusu olabilen bir ara form mevcut değildir⁴. Bunun yanı sıra, hayvanların eşya sayılıp sayılmadığı hususunda açık

482'de yapılan değişiklik bu hususta örnek gösterilebilir. Hükme eklenen dördüncü fıkra ile hayvan lehine yapılan ölüme bağlı kazandırmalar, hayvanın uygun biçimde bakımı için yapılmış yüklemeye çevrilmektedir. Bu sonuca şu anda Türk hukukunda da ölüme bağlı tasarruflara ilişkin olarak çevirme (tahvil) yoluyla ulaşmak mümkündür: ERGÜNE, s. 259-260.

² Hayvanların korunması hususunda Türk hukukunda öncü olarak pek çok çalışmaya ışık tutan Prof. Dr. İsmet Sungurbey'in katkılarına işaret etmek zorunludur. Bu bağlamda örnek olarak bkz. SUNGURBEY, (1999), s. 935 vd.

³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, (2019), N. 5; DURAL/ÖĞÜZ, s. 7. Hak ehliyetinin kime veya neye tanınacağı hukuk politikasını ilgilendirmektedir. Bağlayıcı olan, pozitif hukuk düzenlemeleridir. Kişinin tamamen bir hukukî kavram olduğu: AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 229. Karş. DURAL/ÖĞÜZ, s. 6, yazarlar kanun koyucunun kişi kavramını tanımlarken toplumsal gerçeklik ve gerekleri dikkate almakla yükümlü olduğunu vurgulamaktadır. Kanun koyucu hayvanlara hak ehliyeti tanıma yönünde bir tutum benimsediği takdirde yapılacak bütün değerlendirmelerin buna göre tekrar ve esastan gözden geçirilmesi gerekecektir. Hukuk politikası yönünden hak ehliyeti tanınması yönündeki görüşler için bkz. BERKSOY, s. 57-62; KOÇHİSARLIOĞLU/SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 1695 vd.; ÜSTÜN/KUZGUN, s. 13 vd. Bu yönde: SUNGURBEY, (2002), s. 294; Yaşama hakkı açısından kısmi hak ehliyeti: HATEMİ, §2 N. 29; KALE, s. 140. Farklı yönde: SEROZAN, (1996), s. 109. Karş. Bursa BAM., 4. HD., 29.4.2019, 142/682 (Lexpera) sayılı kararında, Hayvanları Koruma Kanunu'nun hayvanlara hak ehliyetini tanıdığını kabul edilmiştir.

⁴ BSK-WIEGAND, Art. 641a ZGB, N. 4; CHK-ARNET, Art. 641a ZGB, N. 2; OFK-WOLF, Art. 641a ZGB, N. 3, yazar bununla birlikte hayvanların artık özel bir hak konusu kategorisi oluşturduğunu kabul etmektedir. KÄLIN, s. 139; AKSOY, s.164; KALE, s. 139. Böyle bir ara formun varlığı, hayvanların eşya sayılmadığını açıkça kabul eden hukuk düzenlerinde dahi tartışmalıdır: ÜNAL/BAŞPINAR, s. 20-21. Hayvanların türünü nazara alan bir bakışın gerekli olduğu fikrinde: CUMALIOĞLU, s. 575.

bir hüküm bulunmamaktadır. Burada bir görüş yasal dayanak bulunmadıkça hayvanların eşya statüsünde kalacağını kabul ederken⁵, iştirak ettiğimiz diğer görüş⁶ mevcut mevzuat hükümlerini dikkate alarak hayvanların eşya sayılmayacağını, dolayısıyla eşya dışında hak konusu bir varlık olacağını kabul etmektedir. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki bu ayırım hukuk düzeninin felsefi seçimini göstermek bakımından önemlidir⁷. Zira iki görüş uyarınca da hayvanlar eşya hukuku hükümlerine -doğrudan veya kıyas yoluyla⁸- tâbi olmaktadır; hayvanların korunmasına ilişkin mevzuat, hayvanların alelade bir eşya ile eşdeğer tutulmasına engel olmaktadır. Dolayısıyla eşyaya benzer şekilde, hayvanın maliki⁹ olabilir ve malik mülkiyet hakkına, hak karinesine veya zilyetliğe dayalı davalarla hakkını koruyabilir¹⁰. Başka bir deyişle hayvanlar eşya değildir, fakat eşya hükmündedir¹¹. Nitekim hayvanların

⁵ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 22-23; AKSOY DURSUN, s. 187; UYUMAZ, s. 146; SİRMEN, s. 7; KOÇHİSARLIOĞLU/SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 1710; TAVŞANCIL KALAFATOĞLU, s. 74.

⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, (2018), N. 38; NOMER/ERGÜNE, N. 37; ANTALYA, N. 89; GÜRPINAR, s. 174; CUMALIOĞLU, s. 578; Hayvanların eşya sayılmasının, koruma amacıyla bağdaştığı ölçüde geçerli olması eğiliminin bulunduğu hususunda: SEROZAN, (2014), N. 278.

⁷ KÄLIN, s. 138. Hayvanların korunması ve esenliği açısından hak ehliyeti tanınmasının belirleyici olmadığı: KOÇHİSARLIOĞLU/SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 1717. Av. MK §285a hükmünün değerinin normatif olmaktan çok bilinç oluşturmada ve toplumu şekillendirmede olduğu hususunda: KK-ECCHER, §285a ABGB, N. 1; Hassasiyetin söz ile gösterildiği: CHK-ARNET, Art. 641a ZGB, N. 2; Beyan niteliğinde olduğu görüşünde: BSK-WIEGAND, Art. 641a ZGB, N. 2; OFK-WOLF, Art. 641a ZGB, N. 2; Al. MK §90a hükmünün pratik açıdan ziyade ideolojik açıdan anlamlı olduğu: PAWLOWSKI, §3 N. 280b.

⁸ Kıyas yolu ile uygulamanın, doğrudan uygulamadan fark getirmediği görüşünde: Palandt-ELLENBERGER, §90a BGB, N. 1. Fiilî olarak hayvanların ticari hayatta hak konusu olarak muamele gördükleri: WOLF/NEUNER, §25 N. 5.

⁹ MEDICUS/PETERSEN, N. 1778a. Ev hayvanı üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayacağı, onları muhafaza eden kişilerin vasi benzeri bir görev ifa ettiği görüşünde: CUMALIOĞLU, s. 590.

¹⁰ KK-ECCHER, §285a ABGB, N. 2.

¹¹ BSK-WIEGAND, Art. 641a ZGB, N. 8; WIELING, §2 I 2 a aa, s. 56; PAWLOWSKI, §3 N. 280b.

eşya sayılmayacağını açıkça öngören İsviçre¹², Alman¹³ ve Avusturya¹⁴ hukuklarında da bu husus kabul edilmiştir.

Hayvanların eşya statüsü içinde görülmesi ve görülmemesi, yukarıda vurgulandığı üzere, hayvanların alelade bir eşya olarak muamele görmemesi açısından belirleyici değildir. Her hâlükârda hayvanlar üzerinde tasarruf etme olanağı başta Hayvanları Koruma Kanunu olmak üzere bu konudaki mevzuatla sınırlandırılmıştır¹⁵. Hayvanları koruma açısından önemli olan, statülerinin belirlenmesinin öncesinde ve ötesinde, bu yöndeki düzenlemelerin genişletilerek hukuk düzeninde yer alması ve yaptırımların etkin olarak uygulanmasıdır¹⁶. Bu itibarla, hayvanlara kural olarak eşya hukukuna ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı sonucuna ulaşmak gereklidir¹⁷. Bununla birlikte hayvanların korunması hususundaki gelişme ve gereksinimlerin öngörülemediği olması itibarıyla doldurulması lazım gelen kanun boşluklarının doğabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Çalışmanın konusu, hayvan kavramının bir unsurunu oluşturan ev hayvanlarıdır¹⁸. Türkiye'nin de 20.10.2003 tarihi itibarıyla taraf olduğu Ev

¹² İMK m. 641a: “f. 1: Hayvanlar eşya değildir. f. 2: Aksine hüküm yoksa, eşyalara uygulanan hükümler hayvanlar için de geçerlidir.” Bu bağlamda İsviçre'deki gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi: GENÇ ARIDEMİR, s. 329 vd.

¹³ Al. MK §90a: “Hayvanlar eşya değildir. Özel kanunla korunurlar. Aksi öngörülmedikçe, eşyalara ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde uygulanır.” PAWLOWSKI, §3 N. 280b; Bu düzenlemede hüküm içi boşluk bulunduğu, mülkiyet hakkından yararlanma kapsamında hayvanların korunmasının nazara alınacağına ilişkin §903 II hükmüne başvurulacağı yönünde: WEBER, §2 N. 8. Bu hükmün anlamsız olduğu, hayvanların korunmasına ilişkin mevzuatın hayvanlara bir hukuk objesi olarak korumayı sağladığı fikrinde: BAUR/STÜRNER, §3 A 1, N. 4. Hükmün gerçek bir hukukî içeriğe sahip olmadığı: Palandt-ELLENBERGER, §90a BGB, N. 1. Hayvanların eşya değil, yaşayan varlıklar olduğu şeklinde: WOLF/NEUNER, §25 N. 5.

¹⁴ Av. MK §285a “Hayvanlar eşya değildir, özel kanunla korunurlar. Eşyalara ilişkin hükümler hayvanlara ancak aksine bir hüküm bulunmadıkça uygulanır.”

¹⁵ İsviçre bağlamında: OFK-WOLF, Art. 641a ZGB, N. 5; KÄLIN, s. 137. Almanya'da: MEDICUS/PETERSEN, N. 1178a. Karş. ERTAŞ, s. 478, yazara göre bu durum hayvanların kendine özgü bir eşya grubu oluşturduğu sonucuna varılmasını mümkün kılmaktadır.

¹⁶ Nitekim yasanın uygulanmasında sıkıntı bulunduğu ifade edilmektedir: TAVŞANCIL KALAFATOĞLU, s. 73; ÇELEBİ, s. 595. Aksi takdirde yasal düzenlemelerle yapılan, kavram makayının ötesine geçmez: MEDICUS/PETERSEN, N. 1178a; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 24. Özel hükümlerle, hayvanlarının eşya sayılmaması ilkesinin somutlaştığı: BSK-WIEGAND, Art. 641a ZGB, N. 6-7. Hayvanlara tanınan şekli özel durumun somut içerik kazanmasının hukuk kurallarının gelişimi ile mümkün olacağı: ÇELEBİ, s. 583.

¹⁷ GANTNER, s. 20.

¹⁸ Kavramsal olarak ev hayvanı terimi, evcil hayvan kavramının bir parçasını oluşturmaktadır.

Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin¹⁹ m. 1/I hükmü uyarınca ev hayvanı, insan tarafından özellikle evde, özel zevk ve refakat amacıyla muhafaza edilen veya edilmesi tasarlanan her türlü hayvanı ifade eder. HKK m. 3/I (1) hükmü ev ve süs hayvanlarına ilişkin olarak “*İnsan tarafından özellikle evde, işyerlerinde ya da arazisinde özel zevk ve refakat amacıyla muhafaza edilen veya edilmesi tasarlanan bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvan*” tanımını benimsemiştir. Bu tanımlar, paylı mülkiyetin giderilmesi²⁰ bağlamında İsviçre Medenî Kanununda düzenlenen m. 651a hükmündeki tanımla benzeşmektedir²¹. Ancak İsviçre Medenî Kanunundaki tanımın daha basit ve kapsayıcı olduğu, olası bir kanun değişikliğinde bu tanımın esas alınmasının daha yerinde olacağı belirtilmelidir.

II. Boşanma Davası Kapsamında Ev Hayvanlarının Durumu

A. Boşanma davasında alınacak tedbirler bakımından

Boşanma davası açıldığında hâkim, TMK m. 169 uyarınca dava sürecinde gerekli olan geçici önlemleri re'sen alır. Bu önlemler geçici hukukî korumaya yöneliktir. Hâkime re'sen bu yetkiyi kullanma olanağı aile kurumunun önemi dikkate alınarak verilmiştir²². Madde metninde, malvarlığının yönetilmesine²³, çocukların korunmasına, eşlerin barınması ve geçimine yönelik tedbirler alınabileceği belirtilmiş olsa da sayılan bu durumlar örnektir²⁴. Hâkim boşanma sürecinde gerekli olduğunu takdir ettiği bütün önlemleri alabilir²⁵.

Hâkim, özellikle çekişme söz konusu ise, ev hayvanlarının hangi eşte kalacağına yönelik bir tedbir almalıdır²⁶. Bu kapsamda ev hayvanının mülkiyeti,

Bu kavramdan insanlar tarafından kültüre alınmış hayvanlar anlaşılır: CUMALIOĞLU, s. 587.

¹⁹ Bu sözleşmeden önceki 15 Ekim 1978 tarihli Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi hakkında: İNAL, s. 28 vd.

²⁰ Elbirliği mülkiyetinde dahi uygulanabileceği görüşünde: DE PORET, (2006), N. 965; CHK-GRAHAM-SIEGENTHALER, Art. 651a ZGB, N. 2 ve 6; OFK-MANGISCH, Art. 651a ZGB, N. 4.

²¹ İMK m. 651a/I: “...Ev ortamında yaşayan ve malvarlıksal amaçla yahut kazanç amacıyla bakılmayan hayvan...”.

²² KILIÇOĞLU, (2016), s. 151; ERİŞİR, s. 270 vd.; YILMAZ, s. 590.

²³ Ev hayvanının da malvarlığı unsuru olduğu nazara alındığında alınacak tedbirin bu örnek kapsamına gireceği de kabul edilebilir. VETTERLI, s. 298. Bu kapsamda mal rejimine dair tedbirler alınacağı görüşünde karşı. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 286.

²⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 134; KILIÇOĞLU, (2016), s. 151; ÖZTAN, s. 739.

²⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 283; ÖZTAN, s. 761; GANTNER, s. 21.

²⁶ GAURON-CARLIN, s.85-86; JdT 2016 III 43; İFM, 5A_826/2015 (Swisslex). Eşyaların

tedbir için belirleyici deęildir²⁷. Tedbire başvururken hâkim, ev hayvanının hangi eş tarafından bakılması hâlinde yararının korunmuş olacağını, bu çerçevede hayvanların korunmasına ilişkin temel ilkeler hakkındaki HKK m. 4 ve hayvanların sahiplenilmesi ve bakımına dair m. 5 ile ev hayvanıyla eşlerin ve varsa çocuğun manevî bağının yoğunluğunu dikkate almalıdır²⁸. Ayrıca, bu madde kapsamında hâkim tedbir nafakasına hükmederken, ev hayvanı kendisine bırakılan eş açısından ev hayvanının masraflarını da deęerlendirecektir²⁹. Öğretide, ev hayvanı kendisine bırakılmayan eş bakımından kişisel ilişki tesisi (TMK m. 323 vd.) benzeri bir hakkı hâkimin tanıyabileceği savunulmuřtur³⁰. Bu görüş eleştiriye açıktır. Soybağı hükümleri kapsamında düzenlenmiş olan çocukla kişisel ilişki hakkının, ev hayvanlarına kıyasen uygulanması öncelikle yadırgatıcı ve hâlihazırdaki mevzuatla bağdaşmaz gözükmektedir³¹. İkinci olarak, insan ilişkilerine özgü soybağı hükümlerinin insan dışı canlılar için uygulanabilmesi için ancak ve ancak TMK m. I/II anlamında bir kanun boşluğunun varlığının kabul edilmesi ve söz konusu kanun boşluğunun doldurulması etkinliği çerçevesinde TMK m. 323 vd. hükümlerine kıyasen başvurulması ile söz konusu olabilir. Bu durumda yanıtlanması gereken öncelikli husus, tedbir kapsamında ev hayvanı açısından kendisine bırakılmayan eş ile bağ kurmasına ilişkin ve kanun boşluğunun kabulünü gerektirebilecek bir gereksinim bulunup bulunmadığıdır. Hâkimin ev hayvanını bir eşe bırakması, hayvanın diğer eşle ilişki içinde olmasında dikkate alınmaya değer bir yararı olmadığını gösterir. Zira hâkim tedbir kararında belirtildiği üzere ev hayvanının yararını nazara alır. Söz konusu görüşteki gibi bir kişisel ilişki tesisi talebi, ev hayvanının yararına değil, diğer eşin kişisel manevi arzularını karşılamaya yönelik olacağından, kanımızca

bir kısmının bir eşe bırakabileceği yönündeki görüş (ÖZTAN, s. 762) de bu tespite dayanak sağlamaktadır: VETTERLI, s. 298.

²⁷ GANTNER, s. 22; Örnek olarak, aile konutunda hangi eşin kalacağına dair tedbir de mülkiyet veya kira ilişkisinden bağımsızdır: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 135; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 284; ÖZTAN, s. 745. Önemli olan konutta kalmanın en çok hangi eş açısından yararlı olacağıdır, bu ölçütle bir sonuca varılmazsa hangi eşin konuttan ayrılmasının daha makul olduğudur: GAURON-CARLIN, s. 81. Ancak yazar bu iki ölçüte göre karar verilemediği durumlarda, mülkiyetin veya kira sözleşmesinin nazara alınabileceğini kabul etmektedir s. 82.

²⁸ Bu yönde: VETTERLI, s. 298-299; GANTNER, s. 22 vd.; JdT 2016 III 43.

²⁹ ACJC/350/2019 (Swisslex); ACJC/780/2015 (Swisslex); ACJC/759/2017 (Swisslex); EPI-NEY-COLOMBO, s. 852.

³⁰ GANTNER, s. 28.

³¹ DE PORET, (2006), s. 142; VETTERLI, s. 299.

bu talebin hukuken korunması gerekmemektedir. Üstelik bu talebe cevaz verilmesi, boşanma sürecindeki eşleri, iradelerinin aksine bir araya getirmeye haklı bir gerekçe bulunmadan zorlayacağı gibi, esas itibarıyla ev hayvanı bakımından da olumsuz etkiye yol açabilir.

B. Boşanmaya ve Mal Rejiminin Tasfiyesine Karar Verildiği Takdirde Ev Hayvanlarının Durumu

1. Genel olarak

Boşanma davası açılmış ve boşanma kararıyla birlikte mal rejiminin tasfiyesi de talep edilmişse, hâkimin davayı kabul etmesi durumunda, eş veya eşlerin malvarlıklarının bir unsurunu oluşturan ev hayvanının da hukukî akıbeti mal rejiminin tasfiyesi çerçevesinde belirlenecektir. Eşlerin bu hususta anlaşmaları mümkündür. Fakat anlaşma sağlanmadığı takdirde hukukî sorunun çözülmesi daha çetrefil hal almaktadır. Bu başlık altında mal rejiminin tasfiyesi çerçevesindeki hukukî durum ele alınmıştır.

2. Boşanmanın Fer'î Sonuçlarında Anlaşmaya Varılmış Olması

Gerek TMK m. 166/III, gerekse TMK m. 184/b.5 hükümleri kapsamında eşlerin boşanmanın fer'î sonuçlarına ilişkin anlaşma yapmaları mümkündür. Bu anlaşmanın sonuç doğurması için hâkim tarafından uygun bulunması ve anlaşmaya boşanma hükmünde yer verilmesi gerekir³².

³² ELÇİN GRASSINGER, s. 238; Yarg. 2. HD., 29.11.2010, 17648/19842 (Lexpera) “Anlaşmalı boşanmaya karar verilirken, protokolün (anlaşma) tasdiki hükmü yanında, protokol hükümlerinin de hüküm fıkrasına geçirilmesi gerekir. Ne var ki, velayeti anneye verilen çocukla baba arasında kurulan kişisel ilişki protokole uygun olarak düzenlenmediği gibi, protokolün 4.maddesine de hükmünde hiç yer verilmemiştir.”; Yarg. 2. HD., 17.1.2013, 3861/879 (Lexpera) “Tarafların ... karar sayılı ilamı ile anlaşmalı olarak boşandıkları ancak 24.07.2006 tarihli protokolün hakimce tasdik edilmediği, boşanma hükmünde protokol hükümlerine yer verilmediği görülmektedir. Eşler arasında anlaşmalı boşanmaya yönelik olarak yapılmış bir yazılı anlaşma (protokol) hakim tarafından tasdik edilmediği sürece geçerlilik kazanamaz. Davaya konu edilen protokol, anlaşmalı boşanma aşamasında hakim tarafından tasdik edilip, hükmüne alınmadığından; protokolde belirtilen borçların da sonuç doğurması ve diğer taraftan edimin yerine getirilmesinin istenmesi söz konusu olamaz. Açıklanan nedenlerle protokolde belirtilen icra takibine ve davaya konu olan bono bedelsiz kalmıştır.” Farklı yönde: Yarg. 2. HD., 14.4.2014, 1026/8860 (Lexpera) “Davacının, davasını dayandırdığı 06.02.2007 ve 25.06.2007 tarihli belgelerin boşanma kararı veren hakim tarafından onaylanmamış olması, bu protokollerle taraflar arasında kurulan hukukî ilişkiyi ortadan kaldırmaz ve bu davanın görülmesine engel teşkil etmez. Davalı 06.02.2007 tarihli belge ile, babasına ait taşınmazın yapımında eşinden aldığı “dolar” cinsindeki paraya karşılık eşine 31.12.2008 tarihine kadar bu belgede yazılı miktarı ödemeyi, 25.06.2007 tarihli protokolle de, eşine bir daire satın almayı taahhüt etmiştir.” Karş. Hükümde yer vermeye gerek olmadığı görüşünde: HOŞLAN, s. 207; Bu yönde: Yarg. 12. HD., 25.3.2010,

Eşler bu anlaşmada, bir malvarlığı unsuru olarak ev hayvanının akıbetini sözleşme özgürlüğü çerçevesinde belirleyebilir. Bu çerçevede, ev hayvanının mülkiyeti, bakım masrafları, diğer tarafın hayvanla ilişki kurma olanağı gibi hususlar üzerinde serbestçe uzlaşılabilir³³. Türk uygulamasında ilk derece hâkiminin bu konudaki bir anlaşmayı uygun görerek hükme geçirdiği öğretide ifade edilmiştir³⁴. Bununla birlikte tarafların özgürlüğü TBK m. 27 ile sınırlıdır³⁵. Ev hayvanına zarar verecek nitelikte³⁶ sözleşmeler, Hayvanları Koruma Kanunu'na (özellikle m. 4 ve 5'e) ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil eder. Bu durumda sözleşme, TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür. Hâkim, sözleşmeyi uygun görse ve boşanma hükmüne geçirse dahi sözleşmenin geçersizliği giderilmez. Zira hâkimin uygun görmesi bu anlaşma için yalnızca tamamlayıcı unsurdur³⁷, geçerlilik unsurları gerçekleşmedikçe tamamlayıcı unsurun varlığı işleme

25129/6985 (Lexpera) “Boşanmanın eki niteliğindeki sözleşmeler, boşanma davası süreci içinde yapılmak koşuluyla hakimin onayı ve davanın boşanmayla sona ermesi ile geçerlilik kazanır. Dayanak ilamın hüküm fıkrasında, yukarıda değinilen şekilde taraflar arasındaki anlaşmadan bahsedildiği gibi, hükmün gerekçesinde de tarafların anlaşmasının mahkemeye de uygun bulunduğu belirtildiğinden ve dolayısıyla protokolün dayanak boşanma ilamının eki olup, koşullarına aynen uyulması gerektiğinden...”

³³ Hâkimin kural olarak uygun bulacağı: GANTNER, s. 30.

³⁴ İzmir 16. Aile Mahkemesi huzurunda 2018/592 esas, 2018/597 karar sayısı ile görülen anlaşmalı boşanma davasında tarafların birlikte sahiplendikleri ve halen davacı kadının bakım ve gözetiminde olan “maltese terrier” cinsi köpeğin davalı koca ile arasında Cumartesi saat 10'dan Pazar saat 18'e kadar görüş tesisine ve aylık 200,00-TL'nin davalıdan tahsil edilerek davacıya verilmesine karar verilmiştir: TAVŞANCIL KALAFATOĞLU, s. 102.

³⁵ Yarg. 2. HD., 4.2.2014, 11644/1866 (Lexpera) “Borçlar Kanununda yer alan, sözleşme özgürlüğüne getirilen genel nitelikteki bu sınırlamalar, boşanma anlaşmaları için de evleviyetle geçerlidir. Çünkü, Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanununun beşinci kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır. (6098 s. TBK. m. 646) O halde hakim, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkansız olan hükümler taşıyan bir boşanma protokolünü esas alarak boşanma kararı veremez ve böyle bir protokolü tasdik edemez.” Karş. Bursa BAM., 4. HD., 29.4.2019, 142/682 (Lexpera), bu kararda, hayvanların hak ehliyetinin bulunduğundan hareketle, hayvanların kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin de kesin hükümsüz olacağı kabul edilmiştir.

³⁶ Hayvanın uygun olmayan koşullarda bakımı veya her gün başka bir kişide kalması örnek olarak verilebilir.

³⁷ KIRBAŞ, s. 65; ESENER, s. 615; OĞUZMAN/BARLAS, N. 723; HOŞLAN, s. 224. Karş. Onaylanmayan protokolün yok hükmünde olduğu şeklinde: Yarg. HGK., 27.3.2015, 8-1542/1110 (Lexpera) “Bilindiği üzere TMK'nın 166/3.maddesinde düzenlenen boşanma davalarında yapılan protokollerin geçerliliği hakimin protokolü uygun bularak tasdikine bağlıdır. Tasdik edilmeyen ve böylece boşanma kararının eki haline getirilmeyen protokol ise yok hükmündedir.”; Aynı yönde kurucu unsur olduğu görüşünde: ELÇİN GRASSINGER, s. 236-237.

hüküm kazandırmaz. Ancak, boşanma kararına ilişkin hüküm fıkrasında bu yöndeki anlaşma hükümlerine yer verildiği takdirde bu hükümlerin ilamın bir parçası olarak icraya konu edilmelerine engel olunamayacaktır. Diğer taraftan, boşanmaya hükmedildikten ve karar kesinleştikten sonra tarafların mal rejimini sözleşmeyle iradî olarak ve hâkim onayına gerek kalmadan tasfiye etmeleri mümkündür³⁸. Böyle bir sözleşmede de yukarıda belirtilen sınırlamalar içinde ev hayvanına ilişkin hususlar kararlaştırılabilir. Bu durumda sözleşme, boşanma hükmüne geçirilmemiş olduğu için ifa ve icrası için ayrıca yargı yoluna gidilmesi gerekebilir.

3. Boşanmanın Fer'î Sonuçlarında Anlaşmaya Varılmamış Olması

a. Genel Olarak

Taraflar boşanmanın fer'î sonuçlarına ilişkin hususlarda anlaşmamış³⁹ ise ev hayvanının akıbeti eşler arasında geçerli olan mal rejiminin tasfiyesine ilişkin kanun hükümlerine göre belirlenmek gerekecektir. Bu olasılıkta ev hayvanının akıbeti, eşlerin birlikte mülkiyetinde (paylı mülkiyet/elbirliği mülkiyeti) veya eşlerden birinin münhasır mülkiyetinde bulunmasına göre farklılık gösterir⁴⁰.

b. Ev Hayvanının Eşlerin Birlikte Mülkiyetinde Olması

(i) Genel Olarak Alım Hakkı

Türk Medenî Kanununda, yoksulluk nafakası kurumunda olduğu gibi, sınırlı bazı hâllerde boşanma sonrası bakımından dayanışma ilkesi kabul edilmiştir⁴¹. Fakat boşanmada temel ve asıl kural, Anglosakson hukuk düzeninde tam ayrılık (*clean break*) olarak adlandırılan ilkedir. Bu ilke uyarınca boşanma, tarafların birbirleriyle olan hukukî bağlarını nihaî olarak kesmelidir⁴². Zira muhtemelen pek çok sorun nedeniyle boşanan eşlerin,

³⁸ SARI, s. 105; GÜMÜŞ, s. 288; Boşanma hükmünden sonraki sözleşmelerin hâkim onayına tâbi olmayacağı: ELÇİN GRASSINGER, s. 238.

³⁹ Vurgulamak gerekir ki, TMK m. 166/III hükmü kapsamında boşanmaya hükmedilebilmesi için boşanmanın fer'î sonuçları kapsamında mal rejiminin tasfiyesi hususunda da anlaşmanın gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için: ÖNCÜ, s. 810 vd.; SEÇER, s. 273 vd.

⁴⁰ Mülkiyet durumunun mal rejiminin sona erdiği an itibarıyla nazara alınacağı: GANTNER, s. 30.

⁴¹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 938; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 302; DEMİRBAŞ, s. 226.

⁴² KOCABAŞ, s. 364; İFM, 5A_411/2008 (Swisslex); Ayrıca bkz. ŞAHİN, s. 90 vd., yazar bu

boşanmadan sonra muhtelif sebeplerle bir araya gelmek zorunda kalması, ne taraflar ne de sosyal düzen bakımından arzu edilen sonuçlar doğurmaya uygundur. Herhangi bir zorunluluk bulunmadıkça, boşanmış tarafları bazı hukukî gerekliliklerle bir araya getirmekten kaçınmak gerekir⁴³.

Türk Medenî Kanunu, içerdiği bütün mal rejimlerinin tasfiyesi çerçevesinde bu ilkenin yansımaları olarak değerlendirilebilecek düzenlemelere yer vermiştir. Buna göre, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin TMK m. 226/II hükmüyle tasfiye esnasında eşlerin paylı mülkiyetine konu bir eşyada üstün yararını⁴⁴ ispatlayan eşe karşılığını ödemek kaydıyla alım hakkı⁴⁵ tanınmıştır. Mal ayrılığında ve paylaşmalı mal ayrılığında⁴⁶, TMK m 248/II hükmüyle mal rejimi sona erdiğinde, eşlerin paylı mülkiyetindeki eşyada üstün yararını ispatlayan eşin ödeme günündeki karşılığı tediye etmek kaydıyla alım hakkının bulunduğu kabul edilmiştir. Mal ortaklığı rejiminde TMK m. 280 uyarınca üstün yararını ispatlayan eş, payına mahsuben diğer

konuda Türk Medenî Kanununda açık bir hüküm bulunmadığını, İsviçre hukuku açısından da benzer durumun söz konusu olduğunu, ancak İsviçre’de tam ayrılık ilkesine uygun bir uygulamanın bulunduğunu vurgulamaktadır.

⁴³ SARI, s. 288-289; KILIÇOĞLU, (2014), s. 159. Bu itibarla alım hakkı, münhasıran şahsa bağlıdır. Küllî veya cüz’î halefiyetle intikal etmesine imkân ve gerek yoktur. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB, N. 47; FamKomm-STECK/FANKHAUSER, Art. 205 ZGB, N. 14; OFK-NUSPLIGER, Art. 205 ZGB, N. 7; SARI, s. 291; GANTNER, s. 29-30.

⁴⁴ Yarg. 8. HD., 30.3.2010, 6961/1449 (Lexpera) “*Davacı E. dış hekimi olup, dava konusu yapılan ve paylı olarak taraflar adına kayıtlı bulunan meskende dış hekimliği faaliyetini sürdürmekte ve [meskeni] bu iş için muayenehane olarak kullanmaktadır. Kural olarak; üstün yararın davacı tarafından kanıtlanması gerekir. Davacı dış hekimi olduğuna ve bunu muayenehane olarak kullandığı anlaşıldığına göre üstün hakkının varlığının kabulü gerekir.*” Bu bağlamda taraflar arasındaki menfaatler tartılır ve üstün tutulması gereken menfaat tespit edilir: BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB, N. 49; OFK-NUSPLIGER, Art. 205 ZGB, N. 4; ATF 119 II 197; CHK-JUNGO, Art. 205 ZGB, N. 9, yazar alım hakkını kullanmak isteyen tarafın üstün yararının ispatlanmaması halinde, genel hükümlere göre paylı mülkiyetin giderilmesine karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Benzer yönde: Yarg. 8. HD., 30.3.2010, 6961/1449 (Lexpera) “*Üstün hukukî yararın kanıtlanamaması halinde ise, bu takdirde eşlerin başvuracağı yöntem TMK’nın 699. maddesinde öngörülen paylaşma biçimi olacaktır.*”

⁴⁵ Alım hakkı, yenilik doğuran bir hak olup kullanılmasına ilişkin irade beyanının muhatabına ulaşmasıyla birlikte hak sahibi ve muhatap arasında satış sözleşmesi hükümlerine tâbi bir hukukî ilişki kurulur. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 228-229; GÜMÜŞ, s. 315; SARI, s. 292; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 177-178; KILIÇOĞLU, (2016), s. 366-367; YILDIRIM, s. 104. Karş. Salt alacak hakkı tanınmış olduğu görüşünde: BUZ, s. 148; Benzer yönde: YAĞCI-OĞLU, s. 41.

⁴⁶ Aynı hüküm, TMK m. 243 uyarınca mal ayrılığı rejiminde kıyasen uygulanır.

malvarlığı değerlerinin kendine verilmesini isteyebilir⁴⁷.

Görülmektedir ki Kanun, boşanmada, birlikte mülkiyet ilişkisinin karşılığının verilmesi ve üstün yararın kanıtlanması kaydıyla üstün yararı bulunan eşin tek başına mülkiyeti kazanması suretiyle sona erdirilmesine olanak tanımaktadır⁴⁸. Genel amacı birlikte mülkiyet ilişkisinin sona erdirmek olan bu hükümlerin, uygulama alanı geniş yorumlanmalıdır. Buna göre, birlikte mülkiyete konu malvarlığı unsuru, ister evlilik öncesinde, ister evlilik sırasında kazanılsın; yasal mal rejimi bakımından, ister kişisel mal ister edinilmiş mal kabul edilsin⁴⁹ anılan hükümler uygulama alanı bulur⁵⁰. Başka bir ifadeyle, boşanma sonrasında mal rejiminin tasfiyesi bağlamında münhasıran eşlerin birlikte mülkiyetlerine tâbi bütün malvarlığı unsurlarına bu hükümler uygulanır.

(ii) *Ev Hayvanları Açısından Alım Hakkı*

Eşlerin birlikte mülkiyetinde bulunan ev hayvanına tek başına sahip olmakta üstün yararı bulunan eşin alım hakkına sahip olacağı bu açıklamalar doğrultusunda ifade edilebilir⁵¹. Amaç, tam ayrılık ilkesine hizmet etmek olduğundan ev hayvanının eşlerin birlikte mülkiyetinde bulunması yeterlidir⁵².

⁴⁷ Mal ortaklığı rejiminde eşler arasında kural olarak paylı mülkiyet söz konusu olmadığından, bu hükümlerde düzenlenen haklar teknik anlamda alım hakkı teşkil etmez. Sadece belli malvarlığı unsurlarının bir eşe özgülenmesini temin eden talep hakkı söz konusudur. YAĞCIOĞLU, s. 25; Mal ortaklığında TMK m. 226/II hükmünün uygulanamayacağı: BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB, N. 31. Bununla birlikte özel yararın dikkate alınması açısından çalışmada incelenen hukukî soruna çözüm olarak başvurulabilir. Nitekim bu yönde: GANTNER, s. 35.

⁴⁸ Anılan hükümlerde genel olarak alım hakkının tanındığı: KILIÇOĞLU, (2016), s. 367. İMK m. 245 (TMK m. 280) hükmünün İMK m. 205/II (TMK m. 226/II) hükmünü model aldığı: BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 245 ZGB, N. 5; İMK m. 251 (TMK m. 248)'in İMK m. 205/II (TMK m. 226/II) ile aynı amaca sahip olduğu: BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 251 ZGB, N. 5; OFK-GFELLER, Art. 251 ZGB, N. 2.

⁴⁹ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB, N. 27; ŞIPKA, s. 176.

⁵⁰ FamKomm-STECK/FANKHAUSER, Art. 205 ZGB, N. 8; OFK-NUSPLIGER, Art. 205 ZGB, N. 2; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB, N. 28; YAĞCIOĞLU, s. 64; Boşanma davasının açılmasından önce birlikte mülkiyetin gerçekleşmiş olması gerektiği şeklinde: CHK-JUNGO, Art. 205 ZGB, N. 4; ATF 138 III 150.

⁵¹ MK m. 226/II'nin elbirliği mülkiyetinde dahi uygulanabileceği: FamKomm-STECK/FANKHAUSER, Art. 205 ZGB, N. 9; CHK-JUNGO, Art. 205 ZGB, N. 6; OFK-NUSPLIGER, Art. 205 ZGB, N. 2; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 229; ŞIPKA, s. 175 dn 42. Aksi yönde: SARI, s. 290. TMK m. 248'in de elbirliği mülkiyetinde uygulanabileceği: GÜMÜŞ, s. 426.

⁵² Yukarıda ev hayvanıyla kişisel ilişki tesis edilmesinin geçici önlemler kapsamında hukukî dayanağının bulunmadığı ifade edilmişti. Boşanma sonrasında da bu yola başvurulması aynı

Belirtildiği üzere, ev hayvanının edinme zamanı ve şekli, yasal mal rejimi açısından malvarlığının hangi kısmında bulunduğu önemli değildir.

Ev hayvanı eşlerin birlikte mülkiyetinde olduğu takdirde, alım hakkını kullanmak isteyen eş, ev hayvanının tek başına mülkiyetine sahip olma hususundaki üstün yararını kanıtlamakla yükümlüdür⁵³. Bu bağlamda üstün yararın varlığının takdirinde alelade bir eşyanın tek başına mülkiyetine sahip olunmasından daha farklı bir değerlendirmenin yapılmasının gerekli olduğu ortadadır. Üstün yararın belirlenmesinde, alım hakkını kullanmak isteyen eşin hayvanla olan bağı ve ilişkisi⁵⁴, boşanma sonrasında hayvana uygun bakımı sağlama olanağı, ortak çocuğun velâyeti kendine verilmişse çocuk ve hayvan arasındaki ilişki nazara alınmak gerekir⁵⁵. Başka bir deyişle, yapılacak değerlendirme salt eşya kavramıyla sınırlı kalmamalıdır. Hayvanın da yararı, özellikle HKK m. 4-5 göz ardı edilmeden burada nazara alınmak gerekir. Taraflardan birinin ev hayvanına tek başına malik olmaktadır, bu durum ancak ev hayvanının da yararına olacaksa üstün addedilebilecektir.

c. Ev Hayvanının Eşlerin Birinin Münhasır Mülkiyetinde Olması

Mal rejimlerinin tasfiyesine ilişkin anılan Kanun hükümleri, ev hayvanının münhasıran eşlerden birine ait olduğu durumda uygulanma olanağına sahip olmaz. Dolayısıyla ev hayvanı, malikinin mülkiyet ve zilyetliğinde kalır. Kanımızca konuya ilişkin yapılacak tespit bu noktada durmak yerinde olmaz. Evlilik süresince ev hayvanının bakımını eylemliler olarak diğer eş veya diğer eşte kalan çocuk üstlenmiş olabilir ve bu çerçevede arada manevî bir bağ kurulmuş olabilir. Bu itibarla ev hayvanının diğer eşte bulunması, söz konusu eşin, çocuğun ve hayvanın yararına olacağı sonucuna varılması bazı hâller için mümkündür. Bu noktada kanun boşluğunun varlığını kabul etmek gerekmektedir. Kanunun yorumlanmasında ve boşluklarının belirlenmesinde kanunun lafız ve ruhuyla bağdaşmak kaydıyla nesnel, güncel

gereçeklerle kabul edilemez olduğu gibi aynı zamanda tam ayrılık ilkesine ölçsüz şekilde aykırı olacağı için reddedilmelidir.

⁵³ FamKomm-STECK/FANKHAUSER, Art. 205 ZGB, N. 12. GANTNER, s. 34, yazar, hayvanın yararı hakkında değerlendirme yapılırken, birden fazla ev hayvanı bulunuyorsa onları ayırmamanın gerekebileceğinin dikkate alınması fikrindedir: s. 33.

⁵⁴ Genel olarak duygusal bağın dikkate alınabileceği: BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB, N. 50; CHK-JUNGO, Art. 205 ZGB, N. 8; GÜMÜŞ, s. 318; YAĞCIOĞLU, s. 73; Ev hayvanları özelinde: FamKomm-STECK/FANKHAUSER, Art. 205 ZGB, N. 12; DE PORET, (2006), N. 968; RANZANICI CIRESA, N. 840.

⁵⁵ GANTNER, s. 34-35.

ve çağdaş gereksinimlerin dikkate alınması lazım gelmektedir⁵⁶. Kaynak kanun yapılırken, insanlığın hayvanlar ve özellikle ev hayvanlarına karşı ilgi, ilişki ve farkındalığının günümüzdeki düzeyine gelebileceği öngörülemezdir. Bu nedenle, hâlihazırda var olan gereksinimi karşılayabilecek herhangi bir yasal mekanizma hazırlanmamıştır. Türk Medenî Kanununun kabulü açısından da söz konusu bu gereksinim göz ardı edilmiştir. Dolayısıyla bu hususta bilinçli susma söz konusu değildir.

Tespit edilen bu boşluk, kanun koyucu tarafından doldurulana dek TMK m. 1/II kapsamında hâkimin hukuk yaratması gerekir. Bu çerçevede hâkim, hukuk yaratma etkinliğinde, TMK m. 226/II ve TMK m. 248/II ve TMK m. 280 hükümlerinden⁵⁷ tümel kıyas⁵⁸ aracılığı ile yararlanabilir. Anılan bu hükümler, paylı mülkiyet ile elbirliği mülkiyeti rejimlerine özgüdür ve münhasır mülkiyete doğrudan veya yalın kıyas (*Einzelanalogie*, *Gesetzesanalogie*) yoluyla uygulanamaz. Bununla birlikte söz konusu hükümler, üstün bir yararın bulunması halinde, tarafların birlikte mülkiyetinde bulunan bir varlığın, diğer bir tarafa devredilmesine hukuk düzeninin izin verdiğini göstermektedir. Ev hayvanının mülkiyetinin münhasıran bir eşe ait olduğu halde hayvanın yararı, diğer eşte bulunmasını gerektirdiği takdirde de hayvan üzerindeki mülkiyete, benzer içerikte bir müdahale söz konusu olacaktır. Üstelik bu müdahale, boşanma ve onu takip eden mal rejiminin tasfiyesi kapsamında gerçekleşecektir. Hâkimin dolduracağı kanun boşluğu, boşanma ve mal rejiminin tasfiyesi çerçevesinde tarafların mülkiyet hakkına üstün yarar gerekçesiyle müdahale gerektirdiği için anılan hükümlere tümel kıyas yoluyla başvurulmasında bir

⁵⁶ Kanun boşluğu, yorumlama faaliyeti sonrasında tespit edilebilir. Kanunların yorumlanmasında da yorum ânındaki koşul ve gereksinimler dikkate alınır: ATAAY, s. 215; OĞUZMAN/BARLAS, N. 258; AKYOL, s. 231-232; ALTAŞ, s. 210-211; ANTALYA/TOPUZ, s. 294. Bu durumda bilinçsiz boşluktan söz edilmek gerekir: OĞUZMAN/BARLAS, N. 334-335.

⁵⁷ Vurgulamak gerekir ki, mal ortaklığı söz konusu ise ev hayvanı üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunacağından, MK m. 280 hükmüne doğrudan başvurulacaktır. Burada, MK m. 280 hükümünden tümel kıyasa yararlanılabileceği, kanun koyucunun benzer durumlarda öngördüğü çözüm yöntemini göstermesi açısından ifade edilmektedir. Esasen tümel kıyasa, taraflar arasında diğer mal rejimlerinin geçerli olduğu ve ev hayvanının eşlerden birinin münhasır mülkiyetinde bulunduğu hallerde gereksinim duyulur. İMK m. 651a hükmüne de kanun boşluğunun doldurulması kapsamında başvurulabilir. Zira kanun boşluğunun doldurulmasında karşılaştırmalı hukuktan ve özellikle İsviçre hukukundan yararlanılması mümkündür: OĞUZMAN/BARLAS, N. 388.

⁵⁸ Tümel kıyasta (*Rechtsanalogie*, *Gesamtanalogie/analogie globale*) somut bir hüküm uygun düşüğü başka bir hukuki ilişkiye uygulanmaz. Benzer hukuki düzenlemelerden hareketle, tümevarım yoluyla geliştirilebilecek bir hukuki sonuca varılır: SEROZAN, (2017), §2 N. 273; DEMİRSATAN, s. 116 dn. 187.

engel kanımızca yoktur. Ayrıca bu sayede mal rejiminin tasfiyesi kapsamında ilgililere, diğer alım haklarıyla hüküm ve sonuçları uyuşan, salt ev hayvanının taraflardan birinin münhasır mülkiyetinde bulunmasından kaynaklanan bir farklılık yaratmayan bir hak tanınmış olacaktır. Başka bir ifadeyle, boşanma nedeniyle ev hayvanının yararının gerektirmesi nedeniyle hayvanın, mülkiyet hakkı bulunmayan tarafta bulunmasını sağlayacak bir yasal düzenlemenin bulunmaması sonucunda ortaya çıkan kanun boşluğu, hâkim tarafından doldurulacaktır. Kanun boşluğunun doldurulması esnasında, mal rejiminin tasfiyesi kapsamında üstün yararın bulunması halinde mülkiyet hakkının, birlikte mülkiyetin yerini münhasır mülkiyetin almasına yol açacak şekilde devrine olanak tanıyan belirtilen kanunun hükümlerinden, boşluğun giderilmesi benzer bir mekanizma gerektirdiği için tümel kıyas yoluyla yararlanılabilir. Böylece, mal rejiminin tasfiyesi kapsamında benzer sonuçlara yol açan haklar arasında uyum sağlanmış olur.

Bu durumda, tümel kıyas sonucunda hâkim kanun boşluğunu, boşanma hâlinde mal rejiminin tasfiyesi bağlamında, malik olan eşe karşı, ev hayvanına sahip olma hususunda ev hayvanının ve kendisinin üstün yararını kanıtlayan eşin kullanabileceği bir alım hakkı tanımak suretiyle doldurulmalıdır. Burada da ev hayvanının yararı bulunmadıkça, eşin alım hakkının kullanılmasına sebep oluşturabilecek üstün yarardan söz edilemez. Alım hakkının kullanılmasıyla birlikte, ev hayvanının mülkiyetini devir borcu malik açısından, hayvanın bedelini ödeme borcu alım hakkı sahibi açısından içeren satış sözleşmesi hükümlerine tâbi olan sözleşmesel bir borç ilişkisi doğar⁵⁹. Bedel borcu, alım hakkının kullanıldığı an itibarıyla belirlenmek gerekir⁶⁰. Kabul edilen bu çözüm, çağdaş gereksinimlere uygun olduğu kadar, ifade edildiği üzere kanunun benzer durumlarda kabul ettiği düzenlemelerin mantığıyla da örtüşmektedir.

Nihayet şunu belirtmek gerekir ki, ev hayvanının mülkiyetine sahip olmadığı hâlde ev hayvanının bakımını üstlenen eş, malik eş yararına gerçek vekâletsiz iş görmüş olur. Bu durumda malik olmayan eşin alım hakkını kullanması halinde, takdir edilen alım bedelinden vekâletsiz iş görmeden doğan alacağını takas etme hakkının saklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

⁵⁹ Yasal mal rejiminde alım hakkı açısından: SARI, s. 292.

⁶⁰ Yasal mal rejiminde alım hakkı açısından: GÜMÜŞ, s. 318; Tasfiye anındaki sürüm değeri şeklinde: SARI, s. 292.

III. Boşanma ve Mal Rejiminin Tasfiyesi Prosedürü Dışındaki Olanaklar

Türk hukukunda eşler arası diğer malî sonuçlarda söz konusu olduğu gibi boşanma davası kapsamında mal rejiminin tasfiyesinin talep edilmesi zorunlu değildir⁶¹. Böyle bir durumda, ev hayvanının hukukî akıbeti yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda tayin edilemez. Öte yandan boşanma söz konusu olmadan da eşler ev hayvanını bulundurma hususunda çekişme yaşayabilir. Anılan hâllerde, sadece genel hükümlere başvurulması söz konusu olabilir.

Ev hayvanı, eşlerden birinin mülkiyetinde ise başvurulabilecek herhangi bir hukukî yol mevcut değildir. Eş, malik sıfatıyla ev hayvanına zilyet olabilecek, hayvanının elinden alınması hâlinde, mülkiyet, hak karinesi veya zilyetliğe dayanan dava haklarını kullanabilecektir.

Ev hayvanı, eşlerin paylı mülkiyetindeyse⁶² TMK m. 693/II hükmüne başvurularak hâkimin, ev hayvanının paydaşların hangisinde, ne kadar kalacağını belirlemesi istenebilir. Zira taraflar arasında bu hususta bir anlaşmaya varılamadığı gibi ev hayvanının fiziksel olarak ortak konutta ikamet etmeyen iki kişinin birden fiilî hâkimiyetinde olması mümkün değildir⁶³. Ancak şu hususa dikkat edilmelidir ki hâkim, ev hayvanını bulundurma olanağını iki paydaşa da tanımaya mecburdur⁶⁴. Çünkü bu hükümle paylı mülkiyete tâbi bir eşyadan yararlanma rejimi belirlendiği için her malikin bu olanağa sahip olması şarttır. Dolayısıyla bu hükümle sahip olunan olanağın, ev hayvanının ve onunla manevî bağ tesis edenlerin yararına mutlak anlamda uygun olduğu ileri sürülemez. Bununla birlikte kararını verirken eşyanın niteliğini nazara

⁶¹ Bu itibarla Türk hukukunda İsviçre hukukunun aksine boşanmanın sonuçlarında birlik ilkesi kabul edilmemektedir. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 226-227.

⁶² Eşler arasında yasal mal rejimi geçerli ise TMK m. 222/II uyarınca paylı mülkiyet karinesinin uygulanacağı gözden kaçırılmamak gerekir.

⁶³ Bu davanın şartları bakımından: ÖZTAŞ, s. 271-272.

⁶⁴ ARPACI, s. 71; Bu yönde anlaşılabilir: AKİPEK/AKINTÜRK, s. 399; Yarg. 1. HD., 2.4.2012, 1113/3838 (Lexpera) “...hakim, paydaşlık ilişkisinin devamında fayda ve zorunluluk olan hallerde, paydaşların sicilden kaynaklanan haklarını ihlal etmeksizin, diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde, somut olayın özelliğini, taşınmazın konumunu, kullanma amaçlarını, niteliklerini, yöresel örf ve adetlerini, tarafların ihtiyaçlarını gözlemek suretiyle paylı malın kullanılmasının zaman veya yer itibarıyla paydaşlar arasında ne şekilde bölünebileceğini saptayıp buna göre karar vermek durumundadır.” Karş. Hâkimin eşyanın kullanımı sadece belli bir paydaşa bırakıp diğer paydaşa kullanma bedeli ödemesine karar verebileceği fikrinde: ÖZTAŞ, s. 279; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 592.

alması gerektiği belirtilen⁶⁵ hâkimin, bu gerekçeyle ev hayvanının yararlarını de gözetmekle yükümlü olduğu ifade edilmek gerekir. Öte yandan, eşlerin boşanmasına hükmedildikten sonra mal rejiminin tasfiyesi kapsamında alım hakkını kullanma imkânı⁶⁶ saklıdır. Bu imkân kullanıldıktan sonra, hâkimin belirlediği yararlanma rejimi eşler arasındaki birlikte mülkiyet sona erdiği ve bir eş mülkiyeti tek başına kazandığı için ortadan kalkar.

Genel olarak paylı mülkiyete ilişkin yasal düzenlemelerin ev hayvanlarına tam olarak uygun olmadığı da vurgulanmak gerekir. Zira paylı mülkiyetin sona erdirilmesi (paylaşmayı isteme hakkı) her paydaşın sahip olduğu bir haktır (TMK m. 698/I)⁶⁷. Bu hakkın kullanılması sonucunda ev hayvanının açık arttırma yoluyla satılması sıklıkla söz konusu olabilecek, ev hayvanıyla ilgisiz birinin cebri ihaleyle mülkiyeti kazanması riski bulunacaktır. Çünkü paylaşma hususunda uyuşmanın taraflar arasında gerçekleşmesi çok mümkün olmadığı gibi ev hayvanının paylı mülkiyeti bölünme yoluyla giderilemez. Böyle bir durumla karşı karşıya gelmemek için, TMK m. 698 açısından, ev hayvanına ilişkin olarak paylaşmayı isteme hakkının kullanıldığı pek çok durumda TMK m. 2'ye aykırılığın bulunduğu yolunda bir yorum yapılması gerekebilir. TMK m. 698/II, sadece uygun olmayan zamanda hakkın kullanılmayacağı hükmünü içerse de bu yasak TMK m. 2'nin yansımasıdır⁶⁸ ve genel bir yasak olarak hakkın kötüye kullanımı salt bu olasılıkla sınırlandırılmaz⁶⁹. Olması gereken

⁶⁵ ÖZTAŞ, s. 280.

⁶⁶ Alım hakları, mal rejiminin sona ermesinden itibaren tasfiye tamamlanana dek kullanılabilir: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 229; SARI, s. 290; ŞİPKA, s. 177; YAĞCIOĞLU, s. 77; FamKomm-STECK/FANKHAUSER, Art. 205 ZGB, N. 3; CHK-JUNGO, Art. 205 ZGB, N. 5.

⁶⁷ ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 650-651 ZGB, N. 1; CHK-GRAHAM-SIEGENTHALER, Art. 650 ZGB, N. 1; OFK-MANGISCH, Art. 650 ZGB, N. 3. Yenilik doğuran hak olduğu; ÖĞÜZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, (2018), N. 1306; EREN, s. 118; NOMER/ERGÜNE, N. 752; KURŞAT, s. 179.

⁶⁸ ÖĞÜZ, s. 146; KURŞAT, s. 230; EREN, s. 143. Bununla birlikte öğretide TMK m. 698/II hükmü önceden vazgeçilemez bir def'i olarak kabul edilmektedir: ÖĞÜZ, s. 149; NOMER/ERGÜNE, s. 762; EREN, s. 121; KURŞAT, s. 235; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 650-651 ZGB, N. 2; CHK-GRAHAM-SIEGENTHALER, Art. 650 ZGB, N. 21; OFK-MANGISCH, Art. 650 ZGB, N. 8. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, paylaştırmayı isteme hakkının kullanılmasının uygun olmayan zaman dışındaki bir sebeple TMK m. 2'ye aykırılık oluşturduğu hallerde durum re'sen nazara alınmak gerekir: KURŞAT, s. 235 dn. 286. Uygun olmayan zamanın her zaman dürüstlük kuralına aykırılık anlamına gelmeyebileceği: ÖĞÜZ, s. 146.

⁶⁹ ÖĞÜZ, s. 146. Karş. Yarg. 14. HD., 15.11.2016, 5562/9455 (Lexpera) “Somut olayda TMK 698. maddesinde yer alan bir durum söz konusu değildir. Ortaklığın giderilmesi davalarında iyiniyet incelemesi yapılamaz. Bu nedenlerle işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekir-

hukuk açısından, ev hayvanlarının niteliğine uygun İMK m. 651a⁷⁰ gibi bir hükmün Türk hukukuna kazandırılması şarttır⁷¹.

Sonuç

Hayvanların ve genel olarak doğanın korunması, ev hayvanlarının boşanmadaki hukukî durumlarını tespit etmekten çok daha geniş bir mesele olup daha kapsamlı ve esaslı hukukî düzenlemeleri, bu düzenlemelerin uygulanmasını, en önemlisi toplumsal bir iradeyi gerektirir. Kuşkusuz gerek ulusal, gerek uluslararası düzeyde doğanın ve bu kapsamda hayvanların korunmasına yönelik mevcut iradenin güçlenmesi ve yaygınlaşması çağdaş bir toplum olmanın gereği olarak zorunludur. Bu çalışmada ise hayvanlara ilişkin çok daha özel bir soruna mevcut düzenlemeler çerçevesinde yanıt aranmıştır.

Türk hukuk sisteminde hayvanların eşya hukuku açısından statüsüne ilişkin açık bir hüküm yoktur. Fakat bu durumdan bağımsız olarak, hayvanların cansız diğer varlıklarla eşdeğer muamele göreceği sonucuna varılamaz. Hayvanların korunmasına yönelik mevzuatla getirilen kısıtlamalar hayvanlar üzerindeki tasarruf olanağını sınırlandırmaktadır. Bu çerçevede, çalışma açısından bu mevzuat ile öngörülen ilkelerin ve ev hayvanının yararının her zaman göz önünde bulundurulması lazım gelir.

Evliliğin sona ermesi durumunda, ev hayvanının akıbeti, özel bir düzenleme bulunmadığı için mal rejimi ve eşya hukukuna ilişkin hükümler uyarınca belirlenebilir. Bununla birlikte kanun koyucunun, hayvanların korunması ve ev hayvanlarının günlük yaşamdaki yerine ilişkin insanlığın ulaştığı mevcut durumu ve düzenleme gereksinimini öngörememiş olması nedeniyle kanun boşluklarının doğabileceği ve bu boşlukların çağdaş gereksinimlere göre doldurulması gerektiği vurgulanmalıdır.

Boşanmanın fer'î sonuçlarına ilişkin sözleşmeler ve boşanma kararından

ken davanın iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığından bahisle reddedilmesi doğru görülmemiştir.”

⁷⁰ İMK m. 651a: “f.1) Ev ortamında yaşayan ve malvarlıksal amaçla yahut kazanç amacıyla bakılmayan hayvan söz konusu ise, hâkim uyumsuzluk halinde hayvanın münhasır mülkiyetini, hayvanların korunmasına ilişkin uygulanan ölçütlere göre hayvan için en uygun çözümlü teşkil edecek paydaşa verir. f.2) Hâkim, hayvanın mülkiyetini kazanan paydaşı, diğer paydaşlara tutarını serbestçe belirlediği uygun bir giderim ödemeye mahkûm edebilir. f.3) Hâkim, özellikle hayvanın geçici barınmasına ilişkin olmak üzere gerekli ihtiyati tedbirleri alır.”

⁷¹ Hükmün gerekçesinde boşanma durumunda sıklıkla başvurulacağı belirtilmektedir: DE PO-RET, (2006), N. 966.

sonra kurulan mal rejiminin tasfiyesine yönelik sözleşmelerde, taraflar, ev hayvanının hukukî akıbetini serbestçe kararlaştırabilir. Bu sözleşmelerin içeriği hayvanların korunmasına ilişkin mevzuat çerçevesinde ev hayvanının yararına aykırı olmamalıdır. Aksi takdirde TBK m. 27'ye aykırılıktan ötürü kesin hükümsüz olurlar.

Ev hayvanı kişilerin paylı mülkiyetindeyse, TMK m. 693/II uyarınca hâkimin ev hayvanına ilişkin yararlanma rejimini belirlemesi talep edilebilir ve bu rejim paylı mülkiyet devam ettikçe uygulanmaya devam eder. Bütün paydaşlar açısından yararlanma sağlama gerekliliği nedeniyle bu yolun, amaca her zaman uygun olmadığı ifade edilmelidir. Paylı mülkiyetin sona ermesine ilişkin rejimin de ev hayvanları için yerinde olmadığını vurgulamak gerekir.

Mal rejiminin boşanma sonucunda tasfiyesi bağlamında, eşlerin birlikte mülkiyetinde bulunan ev hayvanına ilişkin olarak mülkiyete tek başına sahip olmakta üstün yararı bulunan eş, alım hakkını (TMK m. 226/II, m. 248/II) kullanabilir. Üstün yararın varlığı takdir edilirken, ilgili eşin ve varsa çocuğun ev hayvanıyla ilişkisi ve ev hayvanının yararı nazara alınacaktır. Öte yandan ev hayvanının eşlerin birlikte mülkiyetinde bulunmaması olasılığında da kanun boşluğunun varlığı kabul edilmek suretiyle ev hayvanına tek başına malik olmakta üstün yararı bulunan eşe alım hakkı tanımak gerekmektedir. Üstün yararın belirlenmesinde yine ev hayvanının yararı belirleyici olur.

Kısaltmalar

ACJC	:	Arrêts de la Cour de Justice (Cenevre)
Al. MK	:	Alman Medenî Kanunu
ATF	:	Arrêts du Tribunal Fédéral
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av. MK	:	Avusturya Medenî Kanunu
b.	:	Bent
BAM.	:	Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
dn.	:	Dipnotu
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGK.	:	Hukuk Genel Kurulu
HKK	:	Hayvanları Koruma Kanunu

İFM	:	İsviçre Federal Mahkemesi
İMK	:	İsviçre Medenî Kanunu
JdT	:	Journal des Tribunaux
Karş.	:	Karşılaştırınız
Lexpera	:	Lexpera Çevrimiçi Hukuk Bilgi Bankası
m.	:	Madde
N.	:	Kenar/Paragraf numarası
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
Swisslex	:	Swisslex Çevrimiçi Hukuk Bilgi Bankası
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	Türk Medenî Kanunu
vd.	:	Ve devamı
Yarg.	:	Yargıtay

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: **Aile Hukuku**, İstanbul, 2016.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: **Türk Medenî Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2012.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK: **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009.
- AKSOY DURSUN, Sanem: **Eşya Kavramı**, İstanbul, 2012.
- AKSOY, Hüseyin Can: “Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 129 (2017).
- ALTAŞ, Hüseyin: **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 2014.
- ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat: **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2016.
- ANTALYA, O. Gökhan: **Eşya Hukuku**, C. I, İstanbul, 2017.
- ARPACI, Abdülkadir: **Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim**, İstanbul, 1990.
- ATAAY, Aytekin: **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, İstanbul, 1995.

- BAUR, Jürgen F./STÜRNER, Rolf: **Sachenrecht**, Münih, 2009.
- BERKSOY, İrem: **Özel Hukukta Hayvan Hakları**, İstanbul, 2007 (Marmara Ü. SBE Yüksek Lisans Tezi).
- BK-HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas: **Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten**, Bern, 1992.
- BSK-WIEGAND, Wolfgang: **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II**, Basel, 2015 (Art. 641a)
- BUZ, Vedat: **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2005.
- CHK-YAZAR SOYADI: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Sachenrecht**, Zürih Basel Cenevre, 2016.
- CUMALIOĞLU, Emre: “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 19 (2017) Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan.
- ÇELEBİ, Özgün: “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, **İÜHFMC** C. 76 S. 2 (2018).
- DE PORET, Omblin: “L’animal en droit des successions”, **successio** 2008.
- DE PORET, Omblin: **Le statut de l’animal en droit civil**, Zürih Basel Cenevre, 2006.
- DEMİRBAŞ, Ali: “Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5 S. 2 (2018).
- DEMİRSATAN, Barış: **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, 2019.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Aile Hukuku**, İstanbul, 2020.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: **Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2017.
- ECCHER, Bernhard: **Kurzkommentar zum ABGB**, Viyana, 2010 (§285a ABGB).

- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin: “Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** C. 55 S. 3 (1997).
- EPINEY-COLOMBO, Emanuela: “La donna è mobile ... Quelques réflexions sur l’application anticipée de l’art. 125 CC avant le divorce”, **FamPra.ch** 2003 (Die Praxis des Familienrechts).
- EREN, Fikret: **Mülkiyet Hukuku**, Ankara, 2014.
- ERGÜNE, M. Serkan: **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul, 2011.
- ERİŞİR, Evrim: **Geçici Hukukî Korumanın Tedbirleri ve İhtiyati Tedbir Türleri**, İstanbul, 2013.
- ERTAŞ, Şeref: **Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku**, İzmir, 2012.
- ESENER, Turhan: “Boşanmanın Fer’i Neticelerine Dair Mukaveleler”, **AÜHFD** S. 3-4 (1951).
- FamKomm-STECK, Daniel/FANKHAUSER, Roland: **Scheidung Band I: ZGB / Band II: Anhänge: Sechster Titel: Das Güterrecht der Ehegatten / Zweiter Abschnitt: Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung**, Zürih, 2017.
- GANTNER, Reto: “Die Zuteilung von Haustieren in Scheidungsverfahren”, **FamPra** 2001
- GAURON-CARLIN, Sabrina: **La procédure matrimoniale**, Cenevre Zürih Basel, 2019.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu: “Hayvanların Hukukî Konumlarının İyileştirilmesi Amacıyla İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, Cilt I, İstanbul, 2009.
- GÜMÜŞ, MustafaAlper: **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümler ve Mal Rejimleri**, İstanbul, 2008.
- GÜRPINAR, Damla: “Ev ve Süs Hayvanı Sahiplerinin Hakları ve Yükümlülükleri”, **İzmir Barosu Dergisi**, C. 72 S. 4 (Ekim 2007).
- HATEMİ, Hüseyin: **Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2018.

- HOŞLAN, Özkan Cavit: “Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt II: Aile Hukuku-20 Nisan 2017**, Ed.: B. İlkey Engin, İstanbul, 2019.
- İNAL, Tamer: “Hayvanın Hukuki Kişiliğinin ve Haklarının Tanınması Gereği Üzerine”, **Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergisi**, S. 1, 2004.
- KALE, Serdar: **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, İstanbul, 2010.
- KÄLIN, Oliver: **Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB**, Zürich, 2002.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Aile Hukuku**, Ankara, 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Katkı-Katılma Alacağı**, Ankara, 2014.
- KIRBAŞ, Özlem: **Türk Hukuku’nda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma: (MK.m.134/III)**, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994.
- KOCABAŞ, Gediz: “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 19 S. 1**.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: “Hayvanın Hukuki Konumu”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan (Cilt 8 Özel Sayı - 2013)**.
- KURŞAT, Zekeriya: **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, İstanbul, 2008.
- MEDICUS, Dieter/PETERSEN, Jens: **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, 2016.
- NOMER, Haluk N./ERGÜNE, M. Serkan: **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2019.
- OFK-YAZAR SOYADI: **Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) ZGB Kommentar**, Zürich, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2018.

- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: **Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2019.
- ÖĞÜZ, Tufan: **Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri**, İstanbul, 1995.
- ÖNCÜ, Özge: “Eşlerin “Anlaşmalı Boşanma” Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19-Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan (2017)).
- ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, Ankara, 2015.
- ÖZTAŞ, İlker: **Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı**, İstanbul, 2011.
- Palandt-ELLENBERGER, Jürgen: **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, Münih, 2018 (§90a BGB).
- PAWLOWSKI, Hans-Martin: **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, 2003.
- RANZANICI CIRESA, Francesca: **La protection de la partie faible dans la communauté de vie non maritale**, Bern, 2019.
- SARI, Suat: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul, 2007.
- SEÇER, Öz: “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7 S. 2 (2016).
- SEROZAN, Rona: “Doğal Çevrenin Özel Hukukun Araçlarıyla Korunmasındaki Yetersizlikler”, **Selim Kaneti’ye Armağan**, İstanbul, 1996.
- SEROZAN, Rona: **Eşya Hukuku I**, İstanbul, 2014.
- SEROZAN, Rona: **Hukukta Yöntem – Mantık**, İstanbul, 2017.
- SİRMEN, Lale: **Eşya Hukuku**, Ankara, 2016.
- SUNGURBEY, İsmet: **Hayvan Hakları**, İstanbul, 1999.
- SUNGURBEY, İsmet: **Medeni Hukukun Temel Sorunları**, İstanbul, 2003.
- ŞAHİN, Mustafa: “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21 S. 3 (2017).

- ŞIPKA, Şükran: **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, İstanbul, 2011.
- TAVŞANCIL KALAFATOĞLU, Deniz: “Türkiye’de Hayvan Hakları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 96 S. 6 (2019).
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, G. Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: **Eşya Hukuku**, C. I, İstanbul, 1989.
- UYUMAZ, Alper: “Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvan Hakları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 20 S. 3 (2016).
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel: **Şekli Eşya Hukuku**, Ankara, 2015.
- ÜSTÜN, Çağatay/KUZGUN, İmge: “Hayvan Hakları İçin Yeni Umut ‘İnsan Olmayan Kişi’ Kavramı”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 5 S. 47 (Ekim 2013).
- VETTERLI, Rolf: “Beschränkter Schutz in der Ehe?”, **Aktuelle Juristische Praxis** 2005.
- WEBER, Ralph: **Sachenrecht I Bewegliche Sachen**, Baden-Baden, 2013.
- WIELING, Hans Josef: **Sachenrecht Band I**, Berlin, 2006.
- WOLF, Manfred/NEUNER, Jörg: **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Münih, 2016.
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı**, İzmir, 2007.
- YILDIRIM, Abdulkerim: **Türk Aile Hukuku**, Ankara, 2014.
- YILMAZ, Ejder: **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Ankara, 2001.
- ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre: **Medeni Hukuk**, Ankara, 2000.
- ZK-HAAB, Robert/SIMONIUS, August/SCHERRER, Werner/ZOBL, Dieter: **Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1 Das Eigentum**, Art. 641-729 ZGB, Zürih, 1977.

SİCİLE KAYITLI (MÜSECCEL) GEMİLERİN ANONİM ŞİRKETLERE SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİ

Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL*

ÖZ

Bu çalışmanın konusu, sicile kayıtlı (müseccel) gemilerin, 6102 sayılı TTK bağlamında anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilmesidir. Çalışmanın birinci bölümünde, TTK m. 128 ve 343 hükümleri, aynı sermaye teorisi ışığında incelenmiştir. İkinci bölümde, aynı sermaye olarak şirkete getirilebilecek sicile kayıtlı gemilere dair detaylar ele alınmıştır. Evvelâ “sicil” kavramı tanımlanmış; akabinde Millî Gemi Sicili, Yapı Sicili, Türk Uluslararası Gemi Sicili ve Bağlama Kütüğü’nün özel sicil mahiyeti TTK m. 128/2 bağlamında değerlendirilmiştir. Üçüncü ve son bölümde ilk olarak, TTK m. 128/2’ye göre verilecek şerh veya yapılacak kaydın hukukî etkilerine değinilmiştir. Üçüncü bölümün sonunda ise, sicile kayıtlı gemilerin anonim şirket malvarlığına intikâli incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, Aynı sermaye, Sermaye taahhüdü, Sicile kayıtlı gemi, Gemi sicili.

INVESTING REGISTERED SHIPS TO JOINT STOCK COMPANIES A CAPITAL IN KIND

ABSTRACT

The issue of this study is bringing the registered ships to joint stock company for contribution to the capital in kind under the TCC number 6102. In the first chapter of the study, it is examined the provisions of Article 128 and 343 of TCC in the light of the relevant capital in kind theory. In the second chapter, the registered ships that can be invested in stock companies as capital in kind are presented in detail. Firstly, the concept of register is defined and then it is discussed the nature “particular register” nature of the Turkish National Ship Register, Register for Ships under Construction, Turkish International Ship Register and Home Port Log. In the third and final

* Dr. Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. e-posta: fevzi.gozuyesil@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0002-3266-1642

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775487

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 04/05/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 14/07/2020

chapter, first the legal effects of annotaiton or registry is mentioned. At the end of the third chapter, the inclusion process of registered ships into stock company assets is examined..

Key Words: *Joint stock company, Capital in kind, Capital subscription, Registered ship, Ship register.*

Giriş (Takdim)

Anonim şirketlerin iktisadî işlevleri, tasarrufları bir araya getirerek kalkınmaya ve üretime matuf bir iktisadî büyüklüğe ulaştırmak; böylece, tasarruf sahiplerine kazanç temin etmek ve millî iktisadî kuvvetlendirmektir. Bu ehemmiyetine binaen anonim şirketler, kamu otoritesinin yoğun alâkasına mazhar olmuştur. Bu alâkanın en belirgin tezahürü, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının korunması noktasındadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 329'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre pay sahipleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludur. Bu bakımdan, anonim şirket alacaklılarının yegâne teminatı, şirket malvarlığıdır. Sadece üçüncü şahıs konumundaki alacaklılar için değil; pay sahipleri, çalışanlar ve nihayetinde kamu için de şirket malvarlığı büyük bir önem arz eder. Bu esastan olmak üzere, anonim şirket sermayesinin ve malvarlığının korunması, kanun koyucu tarafından hayatî bir mesele olarak telakki edilmiştir. Binâenaleyh, aynî bir değer anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi, üzerinde hususiyetle durulan bir mesele olmuştur. Bilhassa memleketimizde yaşanmış ve aynî sermaye getirilmesi ile alâkalı şirketin ve tabiatıyla diğer paydaşların zarara uğradığı habis tecrübeler¹; meselenin öğretilde ve kanun koyucu tarafından esaslı bir şekilde ele alınmasını elzem kılmıştır. Sonuç olarak, 6102 sayılı TTK'nin ilgili hükümleri de bu saikler ile ihdas edilmiştir.

Bu makalenin konusu, sicile kayıtlı (müseccl) gemilerin, anonim şirketlere aynî sermaye olarak getirilmesidir. Aynî sermaye getirilmesi, aynî sermayeye değer biçilmesi ile başlayan ve aynî sermayenin şirkete intikâli ile nihayete eren bir süreçtir. Aşağıda bu süreç, sicile kayıtlı gemiler bakımından tafsilatlı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

¹ HİRŞ, s. 253.

I. Anonim Şirketlerde Aynî Sermaye

Türk Ticaret Kanunu'nun 128'inci maddesinin 1'inci fıkrasındaki düzenlemeye göre her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur. Ortakların şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri değer katılma payı; katılma paylarının bir araya gelmesiyle oluşan toplam değer ise sermaye olarak ifade edilir². Anonim şirketlerde, diğer şirketlerden ayırt etmek bakımından bu kavrama *esas sermaye* adı verilir³. Sermayenin taahhüt edilmesine dair kural ve esaslar ise, sermaye unsurunun mahiyetine göre farklılıklar arz eder.

A. Aynî ve Nakdî Sermaye Tasnifi

Türk Ticaret Kanunu'nun 127'nci maddesinde; ticaret şirketlerine sermaye olarak taahhüt edilebilecek değerler, tahdîdî olmayacak şekilde sayılmıştır. Düzenlemeye göre; para, alacak, kıymetli evrak, sermaye şirketlerine ait paylar, fikrî mülkiyet hakları, taşınırlar, her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, şahsî emek, ticarî itibar, ticarî işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alan adları, gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar ile devrolunabilen ve nakdî olarak değerlendirilebilen her türlü değer, bu kapsamda sermaye niteliğini haiz olabilecektir.

Ticarî bir teşebbüste bulunmak, bir işletme yahut şirket kurmak için ihtiyaç duyulan unsur; halk dilinde de sermaye olarak ifade edilir ki, burada kastedilen ekseriyetle paradan başka bir şey değildir⁴. Bu bakımdan sermayenin para olarak getirilmesi pek tabiidir; buna nakdî sermaye denir. Kezâ anonim şirketlere, paradan başka mal ve haklar da sermaye olarak getirilebilir⁵; bu değerler ise aynî sermaye olarak isimlendirilir⁶. Aynî sermaye

² AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 175.

³ ANSAY, s. 30. Anonim şirketlerdeki asli sermaye sistemi esas sermaye olmakla beraber; kayıtlı sermaye sistemi de kabul edilebilir. Kayıtlı sermaye için bkz. MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 311-34; TEKİNALP, s. 73-75. 6102 sayılı TTK m. 463-472'de düzenlenen şarta bağlı sermaye artırımının ise bir sermaye sistemi mi, yoksa bir sermaye artırım türü mü olduğu öğretilde tartışmalıdır. Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, s. 38; BİÇER, s. 49.

⁴ GÖZÜYEŞİL, s. 22.

⁵ ARSLANLI, s. 32; İMREGÜN, s. 26.

⁶ ANSAY, s. 30; ÇAĞLAR, s. 37; MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 344; SEVİ, s. 150. Bununla birlikte, klasik ve kadim tasniften başka; 6102 sayılı TTK bağlamında ticarî işletme ve elektronik ortamların da ayrı bir sermaye konusu olduğu ifade edilmektedir. Bkz.

olarak getirilebilecek değerleri tahdîdî şekilde zikretmenin imkânsızlığından olsa gerek; mefhumu muhalifinden istihraç etmek suretiyle tarif edilmiştir⁷. Mamâfih, aynî sermaye de tıpkı nakdî sermaye gibi, esas sermaye içinde parasal karşılığı ile değer bulur⁸; bu bakımdan, aynî sermayenin şirket bilançosunda gösterilebilmesi icap eder⁹. Nitekim bu parasal değer de, şirket esas sözleşmesine yazılması gerekir (TTK m. 339/2-c).

B. Anonim Şirketlere Aynî Sermaye Olarak Getirilebilecek Değerler

Aynî sermayenin konusunun ve ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilecek değerlerin düzenlendiği TTK m. 127 hükmü, anonim şirketler bakımından da cârîdir. Bununla birlikte anonim şirketlere aynî sermaye olarak getirilebilecek malvarlığı unsurlarının düzenlendiği TTK m. 342'de, özel hüküm mahiyeti ile öncelikle uygulama alanı bulacaktır. Anonim şirketlere aynî sermaye olarak konulabilecek malvarlığı unsurları bakımından, TTK m. 342 hükmü ile TTK m. 127 hem daraltılmış; hem de anonim şirketlere konulabilecek aynî sermayenin özelliklerine atıf yapılmıştır. Bu kapsamda hizmet edimleri, kişisel emek, ticarî itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar, anonim şirketlere sermaye olarak getirilemez (TTK m. 342/1). Bunun yanı sıra yine TTK m. 342/1'de, anonim şirketlere getirilebilecek aynî sermaye unsurları üzerinde sınırlı aynî bir hak, haciz veya tedbir bulunmaması; nakden değerlendirilebilmesi ve devrinin kâbil olması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu esastan olmak üzere, gemi sicillerine kayıtlı bir geminin de anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi pekâlâ mümkün ve tabîdir. Gemi, aşağıda değineceğimiz hukukî tanımı bir yana bırakılacak olursa; iktisadî değeri haiz cismanî bir varlıktır. Binâenaleyh kural olarak devri kâbidir ve nakden değerlendirilebilir mahiyettedir. Bunun yanı sıra gemilerin anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilmesi, bunlar üzerinde sınırlı aynî bir hak, haciz ve tedbir bulunmaması şartına bağlıdır. Düzenlemeye dair geniş kapsamlı bir izahat çalışma konumuzun kapsamını aşacaktır; bundandır ki, kanun koyucunun bu düzenleme ile tamamen sorunsuz ve nizasız bir esas sermaye varlığının teşekkülünü arzu ettiğini ifade etmekle yetinebiliriz. Bununla birlikte, sicile şerh edilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş yahut mutlak

PULAŞLI, s. 88-91.

⁷ MEYER, Rz. 215.

⁸ ARSLANLI, s. 32; MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 350; ÖZDAMAR, s. 151; ÇONKAR, s. 55.

⁹ HABERSACK/ GOETTE/ KALSS, Rn. 18; MEYER, Rz. 292.

ve aynî bir etki kazanmış olan nisbî hakların; bahsi geçen eşyanın aynî sermaye olarak getirilebilmesini engellemeyeceğinin altı çizilmelidir. Ancak bu tür bir takyidat, şüphesiz aynî sermayenin değerinin tespitinde dikkate alınacaktır¹⁰. Bunun yanı sıra, aynî sermaye konusu gemi üzerinde haciz veya tedbir de bulunmamalıdır. *Haciz* kavramını icra ve iflas hukuku telakkilerine göre anlamakta bir beis yoktur; lâkin *tedbir* kavramı üzerinde durmak gerekir. Tedbirin, ihtiyati tedbir ile sınırlı olmayacak şekilde; ihtiyati haciz gibi aynî sermayenin öz değerini doğrudan etkileyen geçici hukukî koruma tedbirleri olarak anlaşılması gerekir¹¹.

II. Sicile Kayıtlı (Müseccel) Gemi

Sicile kayıtlı gemi mefhumunu tarif etmek için; gemi ve sicil kavramlarını ayrıca ele almak gerekir.

A. Gemi

Gemi, deniz hayatının temel kavramıdır. Deniz ve hatta iç sulardaki ticaret, askeriye, spor veya gezinti gibi insan faaliyetlerinin ekseriyeti gemilerle yürütülmektedir. Deniz ticareti için de hâl budur; denizdeki ticarî faaliyetlerin tamamına yakını gemiler ile gerçekleştirilir. Denizdeki ticaretin ezici nispette gemilerle gerçekleştirilmesi, gemilerin ve taşıdıkları yüklerin çok ciddi iktisadî büyüklüklere ulaşması; gemi ve etrafında teşekkül eden düzenin ehemmiyetini azamî surette arttırmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 931'inci maddesinin 1'inci fıkrasında geminin tanımı şu şekilde verilmiştir: “*Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzmeye özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından gemi sayılır*”¹².

¹⁰ ÇONKAR, s. 97.

¹¹ Aynı yönde bkz. ÇONKAR, s. 105-106.

¹² 6762 sayılı TTK m. 816/1'de gemi; “*Tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılması, denizde hareket etmesi imkânına bağlı bulunan ve pek küçük olmıyan her türlü tekne*” olarak tarif edilmiştir. 6102 sayılı TTK m. 931/1'de yapılan tanımda ise *tekne* kavramı yerine *araç* kavramı tercih edilmiştir. Tekne, içi oyuk hacimli şeydir (Bkz. ÇAĞA/KENDER, s. 46). 6102 sayılı Kanun'da teknik ve iktisadî hayattaki gelişmeler de dikkate alınarak gemi kavramı mümkün olduğunca geniş kapsamlı olarak tanımlanmaya çalışılmıştır. Nitekim gemi tanımının, teknik gelişmeler karşısında yeniden uyarlanması her zaman gündemde olacaktır (Bkz. HERBER, s. 93).

Geminin, öncelikle suda hareket edebilme kabiliyetini haiz olması lâzımdır¹³. Suda hareket, su üzerinde durabilmenin ötesinde; seyrüsefer kabiliyeti olarak telakki edilmelidir¹⁴. Seyrüsefer, bir geminin denizde yürütülmesi, yönlendirilmesi veya işletilmesi için icab eden tüm hareketleri (rotanın tespiti, limana giriş-çıkış, hız tayini gibi) kapsar¹⁵. Suda hareket kabiliyetinin ise, geminin tahsis edildiği amaç bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Geminin tahsis edildiği amaç, suda hareketi gerektirmelidir; yük ve yolcu taşımacılığı, kılavuzluk ve römorkörlük hizmetleri, suda hareketi gerektiren faaliyetlere örnek olarak sayılabilir. Buna göre suda hareketi gerektirmeyen sondaj platformları¹⁶ ile sürekli olarak iskeleye çekilip lokanta ya da otel olarak işletilen gemiler, TTK bağlamında gemi olarak kabul edilemeyecektir¹⁷. Bir diğer husus ise, geminin pek küçük olmamasıdır. Bu unsur bakımından ise denizcilik telakkileri ile geminin kullanım amacı, mevzuatta öngörülen teknik ayrıntılar ve deniz tehlikelerine karşı koyabilmek gibi bazı kıstaslardan faydalanmak mümkündür¹⁸. Kanaatimiz odur ki; Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği (BKUY) m. 9 bağlamında, herhangi bir sicile yahut Bağlama Kütüğü'ne kaydedilmesi mecburî olmayan, boyu iki buçuk metreden kısa olan deniz ve içsu araçlarının *pek küçük* olarak kabul edilmesi mümkündür.

Gemiler, farklı şekillerde tasnif edilebilirler. Hareket kuvveti bakımından yapılan bir tasnif olarak “motorlu yahut yelkenli”, faaliyet sahası bakımından “deniz veya içsu”, tâbiyeti bakımından “Türk ya da yabancı gemi” gibi

¹³ Türk Ticaret Kanunu'nun 931'inci maddesinde; mülga 6762 sayılı TTK m. 816'daki düzenlemeden farklı olarak “deniz” kelimesi yerine “su” ifadesi tercih edilmiştir. Madde gerekçesinde ise değişiklik; “Denizde hareket yerine, suda harekete öncelik verilmesinin sebebi, iç sularda yapılan taşımaların günümüzde olduğunun aksine kara taşımaları yerine deniz taşımalarına ilişkin hükümlere tâbi tutulmasına duyulan ihtiyaçtır” şeklinde açıklanmıştır. Kanun koyucunun bu tercihinin pratik anlamı, geminin seyrüseferini denizde yahut içsular da icra etmesi arasındaki farkın, kural olarak kaldırılmış olmasıdır. Bununla birlikte düzenleme, hâsıl olan amacın yerleşik tanımlar üzerinde değişikliğe gidilmeden gerçekleştirilebileceği noktasında eleştiri konusu yapılmıştır: SÖZER, s. 23-24; YAZICIOĞLU, s. 46 ve dn. 74.

¹⁴ TEKİL, s. 27; SÖZER, s. 25; CAN, s. 18.

¹⁵ SÖZER, s. 25.

¹⁶ SÖZER, s. 29.

¹⁷ KALPSÜZ, s. 81; ÇAĞA/ KENDER, s. 47; CAN, s. 18; HERBER, s. 94.

¹⁸ KANER, s. 17; SÖZER, s. 31; YAZICIOĞLU, s. 47; ÇAĞA/KENDER, s. 47; CAN, s. 17; KALPSÜZ, s. 77.

tasnifler söz konusu olabilir¹⁹. Hukukî bakımdan mühim bir tasnif ise ticaret gemisi ve ticaret gemisi olmayan gemiler tasnifidir. Ticaret gemisi; kimin tarafından ve kimin adına ve hesabına kullanıldığına bakılmaksızın, suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan gemidir (TTK m. 931/2). Buna göre tahsis amacı, malik yahut işletenin iradesine göre şekillenirken; fiilen böyle bir amaç için kullanılma kıstası ise, böyle bir tahsis amacı olmasa bile, belirli bir seferde yahut sürede suda ekonomik menfaat sağlamasıdır²⁰. Suda ekonomik faaliyet; yük ve yolcu taşımacılığı, kurtarma, römorkaj, açık deniz balıkçılığı gibi faaliyetler olabilir. Ticaret gemileri, özel kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça TTK hükümlerine tâbidir (TTK m. 935/1).

Gemilerin anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesinde, geminin türü önemli değildir. Üzerinde sınırlı aynî bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakdî olarak değerlendirilebilen ve devrolunabilen tüm gemiler; kural olarak anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilecektir (TTK m. 342). Bilhassa sahibi gerçek kişi yahut özel hukuk tüzel kişisi olan gemiler ile ticaret gemilerinin bu kapsamda anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi tabiidir. Devlet gemileri için de kural olarak bir yasak bulunmamakla birlikte; devredilmesinin farklı ve idarî usullere tâbi olması işin tabiatındandır. Mamâfih donanma gemileri gibi münhasıran kamu hizmetine tahsis edilmiş olan gemilerin sermaye olarak taahhüt edilmesi ise işin tabiatına uygun düşmeyecektir.

Gemilerin anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilmesi hâlinde, bunların mütemmim cüz (bütünleyici parça) ve teferruatlarının (eklenti) akıbetini ele almak lâzım gelir. Mütemmim cüz, TMK m. 684/2'de; *yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça ve yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak olmayan parça* olarak tanımlanmıştır. Bir önceki fıkrada ise; bir şeye malik olan kimsenin, o şeyin mütemmim cüzüne de malik olacağı ifade edilmiştir. Hükümdeki yerel adetler ifadesi, denizcilik örfüne karşılık gelir; bu bakımdan, geminin temel unsuru olan pervane, dümen gibi parçalar bu kapsamda sayılabilir²¹. Teferruat ise, *asıl şeyin malikinin anlaşılabilen arzusuna veya*

¹⁹ Bkz. ÇAĞA/KENDER, s. 49-54.

²⁰ ÇAĞA/KENDER, s. 51; YAZICIOĞLU, s. 50.

²¹ Denizcilik örfüne göre, geminin amacına uygun olarak kullanılmasını sağlayan aslî parçalar ile bilhassa güvenlik bakımından emredici hükümler ile vazedilmiş teknik ve fiziksel unsurlar, bu kapsamda sayılabilir. Tafsilatlı değerlendirmeler için ayrıca bkz. SÖZER, s. 40-41.

yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya asıl şeye bağlanan taşınır maldır (TMK m. 686/2). Mesela, geminin filikaları teferruat olarak kabul edilebilir²². Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun teferruatlarını da kapsayacaktır (TMK m. 686/1). Tüm bu izahat karşısında şu hükme varmak caizdir: Şayet bir gemi, bir anonim şirkete sermaye olarak getirilecekse; o geminin mütemmim cüzleri ve teferruatları da, taahhüt edilen ve şirkete intikal eden geminin kapsamına dâhildir. Bununla birlikte, aynî sermaye getirilmesine dair esaslara riayet edildiği sürece, geminin teferruatlarının ayrı tutularak sermaye taahhüdünün ve devrin dışında bırakılması da mümkündür.

B. Türk Gemi Sicil Düzeni ve Gemi Sicilleri

Türk gemi sicil düzeni; esas olarak şu dört sicilden müteşekkildir²³: Millî Gemi Sicili (MGS), Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil (Yapı Sicili), Türk Uluslararası Gemi Sicili (TUGS) ve Bağlama Kütüğü. Bu bapta evvelâ, bu dört sicilin ve bilhassa Bağlama Kütüğü'nün sicil mahiyeti üzerinde durulmuştur. Akabinde ise TTK m. 128/2 bakımından bu sicillerin işlevi olup olamayacağı değerlendirilmiştir.

1. Sicil Kavramı

Türk hukukunda sicil denildiği vakit; akla ilk olarak, tapu sicili ve ticaret sicili gelmektedir. Tapu sicili; Devletin sorumluluğu altında, tescil ve açıklık ilkelerine göre taşınmazlar ile üzerindeki hakların durumlarını göstermek üzere tutulan sicildir (Tapu Sicili Tüzüğü m. 5)²⁴. Ticaret sicili ise, “*ticarî işletme ve tacir ile ilgili iş ve işlemlerin kaydedilmesine yahut bazı hakların kazanılmasına hizmet eden, kanunla ya da yönetmelikle belirlenen iş ve işlemlerin kaydedildiği, resmi nitelikte, aleni bir sicil*” olarak tarif edilmiştir²⁵.

²² Bununla birlikte denizcilik mevzuatında filika bulundurmamak bir zorunluluk olarak öngörülmüşse ve filikasız sefere çıkmak yasak ise, bunların mütemmim cüz sayılacağını ifade etmek gerekir.

²³ Türk gemisi olmayan bir geminin, ona Türk Bayrağı çekebilecek kişilere en az bir yıl süreyle kendi adlarına işletilmek üzere bırakılması hâlinde Bakanlık tarafından Türk Bayrağı çekmesine izin verilen gemiler de; Bakanlık tarafından tutulacak özel bir sicile kaydedilecektir (TTK m. 941/3). Bu sicil, Türk gemi sicil düzeninin bir unsuru olarak kabul edilemez; şöyle ki bu sicil, tamamen bayrak çekme kurallarının takibine dair olup, apayrı bir kayıt düzenidir.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA (TOPUZ), s. 473-689.

²⁵ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 266. Tafsilatlı bilgi için bkz. Duygu DEMİREL, Ticaret Sicili, Ankara 2016.

Bu iki mühim sicil dışında; sınaî haklar için Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde tutulan siciller, Esnaf ve Sanatkârlar Sicili (Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu m. 67), maden haklarının tutulduğu Maden Sicili (Maden Kanunu m. 38), sivil hava araçları için tutulan Uçak Sicili (Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 50), motorlu kara taşıtları için tutulan Trafik Sicili (KTK m. 19) de Türk hukukunda ehemmiyet arz eden diğer sicillerden bazılarıdır.

Evvelâ şu hususu tebarüz ettirmek gerekir; MGS, Yapı Sicili ve TUGS'nin sicil mahiyetine dair herhangi bir tartışma yahut duraksama yoktur. Sicil mahiyeti tartışma konusu olan esasen Bağlama Kütüğü'dür. Bu bakımdan izahatımızı Bağlama Kütüğü üzerinden yapacağız.

Bir kayıt düzeninin sicil mahiyetine dair hususiyetler; öğretilerde birtakım kıstaslara göre ele alınmış ve inceleme konusu yapılmıştır. Bu kıstaslarda ilki, *sicil* lafzının kullanılmış olmasıdır. Bu görüşü benimseyenlere göre; Bağlama Kütüğü ile alâkalı düzenlemeler ve müessesenin ihdasında kanun koyucu, bilinçli olarak sicil kelimesini kullanmaktan kaçınmıştır²⁶. Biz ise lafza sıkı sıkıya bağlı bu yoruma katılmamaktayız. Görüşümüzün aslî mesnedi, sicil kelimesinin etimolojik kökenidir. *Sicil*, Arapça kökenli bir kelime olup; kayıtlar, arşiv, liste, kayıt defteri gibi anlamlara gelir²⁷. Kütük ise, resmi kayıt defteri, bir arada işlenen ve birbirleriyle ilgili olan kayıtların tümü olarak tanımlanmıştır²⁸. Bu bakımdan sicil ve kütük aynı şeydir; sicile kütük de denir²⁹. Bu esastan olmak üzere görüşümüzü en başından ifade edelim: Kanun koyucunun bir kayıt düzenini sicil veya kütük olarak isimlendirmesinin, bu kayıt düzeninin hukukî mahiyeti üzerinde esaslı bir etkisi yoktur³⁰.

²⁶ Bkz. DEMİR, s. 117; ATAMER, (2009), s. 343. “*Sicil*” yerine “*kütük*” kelimesinin tercih edilmesinin yol açtığı tartışmalar ve duraksamaların giderilmesi bakımından; Bağlama Kütüğü'nün ihdasında da Türk Denizcilik Sicili ya da Türk Deniz Araçları sicili gibi bir ismin tercih edilebileceği noktasında bkz. AKSOY, s. 64 ve dn. 7.

²⁷ Arapça-Türkçe Sözlük, s. 188; AYHAN/ÇAĞLAR, s. 265.

²⁸ Türkçe Sözlük, s. 1565.

²⁹ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 265; Hukuk Sözlüğü, s. 609; Türkçe Sözlük, s. 2107. Nitekim ÇAĞA/KENDER de gemi sicilini, gemilerin kaydına mahsus bir kütük olarak tanımlamıştır (Bkz. ÇAĞA/KENDER, s. 72).

³⁰ Öğretilerde DEMİR, Bağlama Kütüğünün ilk defa mevzuata dâhil edildiği 5897 sayılı Kanun'un gerekçesinden yola çıkarak; Bağlama Kütüğü ile MGS ve TUGS yanında üçüncü bir sicilin kurulmasının amaçlanmadığını ifade etmiştir. Bkz. DEMİR, s. 117. Fakat kanaatimiz odur ki; kanun koyucunun bu yönde bir iradesi Gerekçe'den anlaşılmamaktadır. Kanun Gerekçesi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0266.pdf> (Erişim Tarihi: 15/05/2020).

Bağlama Kütüğü'nün sicil mahiyeti, kamu güvenine mazhar olup olmaması bakımından da değerlendirme konusu yapılmıştır. Bağlama Kütüğü Yönetmeliği (BKUY³¹)'nde ve TTK'de, Bağlama Kütüğü kayıtlarının kamu güvenine mazhar olduğuna dair herhangi bir ifade yoktur. Yönetmelik'in 10'uncu maddesinde rehin ile ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz yahut haciz kararlarının Bağlama Kütüğü'ne kaydedileceği ifade edilmiştir. Bu kayıtların kamu güvenine mazhar olduğuna dair bir husus olmamasının yanı sıra; BKUY m. 14/2'de yer alan devir usulü de dikkate alındığında; Bağlama Kütüğü kayıtlarının hak iktisabıyla bir ilgisinin bulunmadığı ve bu bakımdan hukukî bir değer ifade etmediği ileri sürülmüştür³². Bunun gibi, TTK m. 974'de düzenlenen sicil karineleri, TTK m. 983'de düzenlenen sicile güven ilkesi ve TTK m. 973'de düzenlenen sicilin aleniyeti ilkesinin Bağlama Kütüğü bakımından cârî olduğuna dair herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır³³.

Bağlama Kütüğünün sicil vasfında olmadığına dair görüşün bir diğer mesnedi ise, tapu sicili, ticaret sicili veya gemi sicilinden farklı olarak; Bağlama Kütüğü ile alâkalı muhtemel uyuşmazlıkların adlî mahkemelerin görev alanında bulunmamasıdır. Kezâ muhtemel ihtilafalarda, liman ya da belediye başkanlıklarına itiraz usulünün benimsenmesi ve bu itirazın reddedilmesi hâlinde genel hükümler dairesinde idarî yargı yoluna başvurulabilecek olmasının da bu görüşü desteklediği ileri sürülmüştür. Buna göre Bağlama Kütüğü gemi sicilinden ayrı bir kayıt sistemidir ve bununla özel hukuk ilişkilerinin düzenlenmesi amaçlanmamaktadır³⁴. Bunun yanı sıra Bağlama

³¹ RG: 24.09.2014 tarih ve 29130 sayı.

³² SÖZER, s. 106.

³³ DEMİR, s. 118; SEVİNÇ-KUYUCU, s. 863.

³⁴ DEMİR, s. 118. Bununla birlikte T.C. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 09/04/2012 tarih ve 2012/62 sayılı kararında; "... davacıya ait botun Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca gemi sayıldığı, gemi siciline kayıt yapılma zorunluluğu olduğu gibi, maliklerin ticaret veya özel kullanıma mahsus gemilerini bağlama kütüğüne kayıt yaptırma zorunluluğunun da bulunduğu, aynı Kanunun 845.maddesinde gemi sicilinin muhtevasında "Bağlama Limanının" da gösterilmesi gerektiğinin belirtildiği, dolayısıyla bağlama kütüklerinin gemi sicilinin içeriğinde yer alan bir sicil sistemi olduğu sonucunun doğduğu açıktır.

Bu durumda, bağlama kütüğünün tutulduğu liman başkanlıkları veya belediye başkanlıklarınca, bağlama kütüğü kapsamında yapılan iş ve işlemlere karşı ilgililerince itirazda bulunulabileceği, itirazın reddedildiği durumlarda, itiraz sahibinin genel hükümlere göre dava açma hakkının saklı olduğu yolundaki yönetmelik hükmü gözetildiğinde, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca uyuşmazlığın adli yargı yerinin görevine girdiği sonucuna varılmıştır" gerekçeleriyle Bağlama Kütüğü işlemleri ile alâkalı liman veya belediye başkanlıkları kararlarına karşı itiraz merciinin adli yargı ve Bağlama Kütüğü'nün sicil niteliğinde olduğu karara bağlanmıştır. Mahkeme kararının eleştirisi için

Kütüğü'nün liman ve belediye başkanlıkları nezdinde, ayrı bir teşkilatlanması olmamasının da, Bağlama Kütüğü'nün bir sicil mahiyetinde olmadığını gösterdiği ifade edilmiştir³⁵.

Sicil, esasında kaydî bir düzen sağlamak suretiyle; birtakım hukukî olayların, durumların yahut hakların aleniyetini, doğumunu ya da ispatını sağlamak amacı ile Devlet tarafından veya Devletin gözetimi altında tutulan kayıtlardır. Kanaatimizce bir kayıt düzeninin sicil mahiyetinde kabul edilmesinin ilk şartı, resmî olmasıdır. Bir başka ifade ile sicilin, bizzat Devlet tarafından, Devlet gözetiminde yahut devlet tarafından yetkilendirilen kurum veya kuruluşlarca tutulması gerekir. Bağlama Kütüğü'nün, kendine mahsus ayrı bir teşkilâtı olmamasına rağmen liman veya belediye başkanlıkları nezdinde tutuluyor olması; resmî niteliğini ortaya koymaktadır.

Sicilin, tam bir aleniyet sağlaması ya da kamu güvenine mazhar olup olmaması; esasında kanun koyucu veya düzenleyici otoritenin iktisadî, siyasî yahut içtimâî tercihlerine bağlı olarak değişebilir. Bazı siciller hakların iktisabı bakımından kurucu (ihdasî); bazı siciller açıklayıcı (izharî) mahiyette olabilir. Bunun gibi bir sicil, tapu sicilinde olduğu gibi, tam bir aleniyet veya kamu güveni ile teşhiz edilebileceği gibi; hakların iktisabı yahut ispatı bakımından herhangi bir işlevi olmayacak şekilde, kamu güvenine mazhar olmayan ve salt izharî (açıklayıcı) mahiyette de olabilir. Resmî şekilde tutulan ve işlevi, idarenin iç düzenini tesis etmekle sınırlı olmayan, bir başka ifade ile tam veya kısmî aleniyet sağlayan kayıtlar sicil mahiyetindedir.

Kanaatimiz o ki; Bağlama Kütüğü, Türk gemi sicil düzeninin bir parçasıdır³⁶. Farklı tarih ve farklı gerekçelerle ihdas edilmiş olsa da; MGS,

bkz. YAZICIOĞLU, s. 132 ve dn. 213. Bu noktada ATAMER, Bağlama Kütüğü'ne dair uyumsuzluklar için de adli yargının görevli olması gerektiğini; Bağlama Kütüğü dâhil tüm gemi sicil işlemleri için tek bir sicil mahkemesinin ihdas edilebileceğini ifade etmiştir. Bkz. ATAMER, (2018), s. 69.

³⁵ SEVİNÇ-KUYUCU, s. 865.

³⁶ Bağlama Kütüğü'nün sicil mahiyeti hakkında bkz. ALGANTÜRK LIGHT, s. 51; ATAMER, (2018), s. 56-57; AKSOY, s. 67-69. Bağlama Kütüğü'ne kayıt için liman ve belediye başkanlıklarının sorumlu tutulması, hak sahipliği belgesinin düzenlenmesi, mülkiyetin nakli için tescil şartının aranması, kayıt ile birlikte Türk Bayrağı çekme hakkının kazanılması ve ruhsatname verilmesi, Yönetmeliğin 10. maddesi gereğince ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir kararlarının ve özellikle menkul rehininin kütüğe kaydının gerekmesi de, aslında sicil niteliğinde olduğunu göstermektedir (Bkz. ALGANTÜRK LIGHT, s. 51). Hak sahipliği belgesi, BKUY m. 4/1-ğ'de; bağlama kütüğüne kendi adına gemi, deniz ve işsu aracı kaydettirmek isteyen gerçek veya tüzel kişilerin, gemi, deniz ve işsu aracı üzerindeki mülkiyet haklarını gösterir, mevzuatına uygun düzenlenmiş belge olarak tanımlanmıştır. Bir görüşe göre bu

Yapı Sicili, TUGS ve Bağlama Kütüğü, Türk gemi sicil düzeninin farklı enstrümanları olarak telakki edilmelidir. Nitekim her dört sicilinde de GESBİS³⁷ adlı elektronik ortamda tutuluyor olması da; Bağlama Kütüğü'nün Türk gemi sicil düzeninin bir parçası olduğuna işaret etmektedir³⁸.

2. Gemi Sicillerinin TTK m. 128/2 Bağlamında “Özel Sicil” Mahiyeti

Türk Ticaret Kanunu'nun 128'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; kendi özel sicilleri bulunan malvarlığı unsurlarının anonim şirkete aynı sermaye olarak kabulü için, keyfiyetin bu özel sicillere kaydedilmesi şarttır. Millî Gemi Sicili, TUGS, Yapı Sicili ve Bağlama Kütüğü'nün sicil mahiyetinde olduğunu tespit ettikten sonra; bu sicillerin aynı sermaye getirilmesine dair kurallar bağlamında, *özel sicil* olarak kabul edilip işlev görüp göremeyeceğini değerlendirmek gerekir.

İhdas edilen bir sicil fonksiyonları, kamu otoritesinin iradesi ile şekillenmektedir. Sicilin varlığı; sicil konusu hak veya mallar ile alâkalı her türlü bilginin bu sicile kaydedilebileceği anlamına gelmez. Kezâ Türk hukukunda bazı siciller, ancak bazı hukukî işlemlerin kaydı ile sınırlandırılmıştır. Mesela TMK m. 940'da düzenlenen ve hayvanlar bakımından sicilli taşınır rehnine ilişkin imkândan faydalanılmasını sağlamak amaçlı ihdas edilen hayvan sicili; sadece rehin hakkının kaydedildiği ve bu bakımdan aynı sermaye kuralları bakımından işlevi olmayan bir sicil olarak kabul edilecektir³⁹. Bir başka ifade ile şayet bu sicile kayıtlı hayvanların şirkete sermaye olarak getirilmesi arzu edilecekse; keyfiyetin TTK m. 128/2'ye göre rehinli hayvan siciline kaydı mümkün değildir.

Çonkar, TTK m. 128/2'de öngörülen ve üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf eden etkinin söz konusu olabilmesini; bunların kaydedildiği özel sicilinde

belge, bağlama kütüğü başkanlığı tarafından düzenlenen bir belge değildir; bu bakımdan bu gerekçe kabul edilemez (Bkz. YAZICIOĞLU, s. 130).

³⁷ GESBİS, gemi siciline kayıt ve tescilin yapıldığı, sicil bilgilerinin elektronik ortamda tutulduğu Gemi Sicil Bilgi Sistemidir (BKUY m. 4/1-g).

³⁸ “Sicil” ile “kütük” kavramlarının birebir birbirlerini karşılamadığı varsayılacak olursa dahi; farklı bir neticeye varmak mümkün görünmemektedir. Sicil ve kütük kelimelerinin terim olarak kullanıldığı TMK'da; sicil, kütük kavramını da içerecek şekilde bir üst kavram olarak kullanılmıştır. Mesela nüfus sicili kapsamındaki doğum kütüğü, ölüm kütüğü, aile kütüğü gibi. Bkz. ATAMER, (2018), s. 52-53. Bu esastan olmak üzere, Bağlama Kütüğü'nün başlı başına bir sicil olmadığı kabul edilse bile; Türk gemi sicil düzeni dairesinde tutulan bir kütük olduğunu kabul etmek gerekecektir.

³⁹ ÇONKAR, s. 411.

alenî olmasına bağlamıştır⁴⁰. Müellif haklıdır; gerçekten, *alenî* olmayan bir sicile yapılacak kaydın TTK m. 128/2'ye göre iyiniyeti ortadan kaldırılabileceği mümkün değildir. Ve fakat bu noktada *aleniyeti*, mutlak, kayıtsız, şartsız bir açıklık olarak anlamamak gerekir. Kanaatimizce amaca matuf ve en azından ilgililer bakımından sağlanabilecek bir *aleniyet* bu noktada yeterli olacaktır⁴¹. Nitekim *aleniyetin* salt objektif olarak değerlendirilmesi de yanıltıcı olacaktır; ticarî hayatın olağan akışı ve basiretli bir işadami gibi davranma mefhumları dairesinde gemi sicillerinin, anonim şirketlere *aynî* sermaye olarak getirilmesi hususunda *aleniyeti* sağladığını kabul etmek gerekir. Bu hâlde değerlendirmelerimizi, bu sicillerin TTK'da ihdas edilmiş olan *aynî* sermaye kurallarının tabiatına ve amacına uygunluğu bakımından yapacağız.

Öğretide, bir sicilin TTK m. 128 bağlamında özel sicillerden olup olmadığını belirlemede; tescil veya kayıt zorunluluğunun bir kıstas olarak ele alındığı görülmektedir⁴². Anonim şirkete *aynî* sermaye olarak getirilmesi kâbil olan gemilerin ekseriyeti, TTK m. 957 ve BKUY m. 9'a göre tescili veya kaydı zorunlu gemilerdir⁴³. Boyu iki buçuk metrenin altındaki deniz araçları⁴⁴ ile Gençlik ve Spor Bakanlığınca tescilli spor kulübü ve federasyonların envanterinde kayıtlı olup münhasıran spor faaliyetleri için kullanılan gemi, deniz ve içsu araçlarının, Bağlama Kütüğü'ne ve inşa hâlindeki gemilerin Yapı Sicili'ne kaydı ihtiyaridir. Şayet bu gemi veya deniz araçlarından biri anonim şirkete sermaye olarak getirilmek istenirse; sicile kayıtlı olup olmamasına bağlı olarak TTK m. 128/7'ye göre şerh/kayıt veya tevdi usulü uygulama alanı bulacaktır.

Türk deniz hukukunda, dörtlü bir sicil düzeni söz konusudur. Bunlar; MGS, TUGS, Yapı Sicili ve Bağlama Kütüğüdür⁴⁵. Esasında her dört sicil de,

⁴⁰ Bkz. ÇONKAR, s. 413-414.

⁴¹ Trafik sicilinin *alenî* sicillerden ve iyiniyeti bertaraf edici bir mahiyeti olmamasına rağmen Yargıtay'ın trafik sicilindeki kaydı incelemeyen bir motorlu taşıtı devralan kimsenin icab-ı hâlde göre kendisinden beklenen ihtimamı göstermemiş olduğu yönündeki kararı için bkz. Yargıtay 15. HD 7.4.1994 tarih ve 1994/2118 sayılı kararı. Kararın eleştirisi için bkz. ÇONKAR, s. 414. Bununla birlikte öğretide, bir sicilin, TTK m. 128/2 bağlamında özel siciller arasında sayılabileceği için; *alenî* sicillerden olmasına gerek olmadığı dahi ileri sürülmüştür. Bkz. AKDAĞ GÜNEY/GÜMÜŞ, s. 7.

⁴² Bkz. ASLAN, s. 118.

⁴³ ATAMER, (2018), s. 88-89.

⁴⁴ Esasında bunların pek küçük olmaları nedeniyle gemi olmadıklarını ifade etmiştik (Bkz. yukarıda Başlık II-A).

⁴⁵ Türk gemi sicil düzeni hakkındaki tafsilatlı tartışmalar, görüşler ve eleştiriler hakkında bkz.

Türk kanun koyucu tarafından ihdas edilmiş millî gemi sicilleridir⁴⁶. Bununla birlikte TTK m. 954 ilâ 995’de düzenlenen ve mezkûr hükümlerde kendine mahsus özel bir adı olmayan aslî sicil, TUGSK m. 2/1-c’de “*Millî Gemi Sicili*” olarak adlandırılmıştır⁴⁷. Biz bu terminolojik keşmekeşte TTK m. 996 ve 997’de yer alan düzenlemelerden bağımsız olarak; MGS, Yapı Sicili, TUGS ve Bağlama Kütüğü’nü *Türk gemi sicilleri* olarak nitelendirmekteyiz. Aşağıdaki başlıklarda, Türk gemi sicilleri hakkında genel izahat yapılmış ve bu sicillerin TTK m. 128/2’de yer alan aynî sermaye kuralları bağlamında; aynî sermaye taahhüdünün kaydına elverişli olup olmadığı hususuna değinilmiştir.

a. Millî Gemi Sicili (MGS)

Millî Gemi Sicili (MGS), TTK m. 954 ilâ 995’de “Gemi Sicili” başlığı altında düzenlenmiş olan; Türk gemi sicil düzeninin aslî sicilidir. Millî Gemi Sicili, liman başkanlığı nezdinde tesis edilen sicil müdürlükleri tarafından, o yerde deniz ticareti işlerine bakmakla görevli olan asliye ticaret mahkemesinin; bulunmadığı takdirde ise, asliye ticaret mahkemesinin, o da yoksa ticaret davalarına bakmakla görevli olan asliye hukuk mahkemesinin gözetimi altında tutulur⁴⁸.

Millî Gemi Sicili’ne tescil bakımından gemileri ikiye ayırmak gerekir: Tescili caiz olan ve tescili caiz olmayan gemiler. Tescili caiz olan gemileri ise; tescili mecburî ve tescili ihtiyarî gemiler şeklinde tasnif etmek mümkündür.

SÖZER, s. 60-62.

⁴⁶ TTK m. 954 ilâ 995’de düzenlenen aslî sicil, TUGS ve Yapı Sicili’nin topyekûn birlikte millî gemi sicilleri olarak adlandırılması da söz konusu olmuştur. Bkz. KURT, s. 7.

⁴⁷ Bunun gibi terminolojik keşmekeşe bağlı olarak, TTK m. 996 ve 997’de bir özel isim olarak “*Türk Gemi Sicili*” ibaresi kullanılmakla birlikte; bununla tam olarak hangi sicil veya sicillerin kastedildiğinin anlaşılacağı ifade edilmiştir. Bkz. SÖZER, s. 61. Öğretide *CAN*, TTK m. 954 ilâ 995’inci maddeleri arasında düzenlenen aslî sicili “*Türk Gemi Sicili*” olarak zikretmiştir. *CAN*, s. 42.

⁴⁸ Millî Gemi Sicili, TTK hükümlerinin yanı sıra 1956 tarihli Gemi Sicil Nizamnamesi’nde de düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu’nun 954’üncü maddesinin 2’nci fıkrası, GSN m. 1 ve 14.3.2011 tarih ve 2011/1557 say. Bakanlar Kurulu Kararına istinaden; İstanbul, Trabzon, Samsun, Zonguldak, Bandırma, Çanakkale, İzmir, Antalya, Mersin ve İskenderun liman başkanlıkları bünyesinde gemi sicil müdürlükleri kurulmuştur. Bu itibar ile gemilerin kaydı bu on sicil müdürlüğünde gerçekleştirilecektir. Her ne kadar Kanun’da “*gemi sicilleri*” ibaresine yer verilmiş olsa da; MGS, Yapı Sicili, TUGS ile Bağlama Kütüğü’nden müteşekkil tek bir Türk gemi sicil düzeni söz konusudur. Bu bakımdan, gemi sicili ibaresi çoğul eki (-ler) ile kullanılacaksa; kastedilenin bu dört sicil olması gerekir. Yoksa her bir sicil müdürlüğünde tutulan kayıtlar ayrı bir sicilin varlığına işaret etmez; sadece farklı sicili müdürlüklerinin sicil kayıtlarını tutmakla görevli ve yetkili olduğunu belirtir. Bu esasan olmak üzere makalede; MGS, Yapı Sicili, TUGS ve Bağlama Kütüğü birer özel isim olarak telakki edilmiş ve bu şekilde kullanılmıştır.

Tescili caiz gemiler, TTK m. 956'da düzenlenmiştir. Buna göre MGS'ye, TTK m. 940'da yer alan düzenleme gereğince, Türk Bayrağını çekme hakkına sahip ticaret gemileri ile TTK m. 935/2-a ve c'de yazılı gemiler kaydolunur. “*Kaydolunur*” ibaresi her ne kadar emredici hüküm olarak anlaşılmaya müsait ise de TTK m. 957'nin “*Tescili zorunlu gemiler*” kenar başlığı altında yer aldığı dikkate alındığında; TTK m. 957'de zikredilenler müstesna olmak üzere TTK m. 956'da sayılanların tescilinin ihtiyarî olduğu sonucuna varılabilir. Türk gemileri⁴⁹ ile yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemiler (TTK m. 935/2-a) ve yabancı bir devlet veya vatandaşı adına Türkiye'de inşa edilen gemiler (TTK m. 935/2-c) MGS'ye tescil edilebilirler. Türk Ticaret Kanunu'nun 957'nci maddesinde yer alan düzenlemeye göre ise, on sekiz gros tonilatoda ve daha büyük ticaret gemilerinin MGS'ye tescili mecburîdir. Bu gemiler, TUGS'ye tescilli olmaları hâlinde, tabiatıyla bu mecburiyete tâbi olmayacaklardır⁵⁰. Türk Ticaret Kanunu'nun 958'inci maddesine göre ise, yabancı gemiler, yabancı bir sicile kayıtlı bulunan Türk gemileri ve donanmaya bağlı harp gemileri, yardımcı gemiler ve Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerine ait münhasıran bir kamu hizmetinin görülmesine özgülenmiş gemiler *Türk Gemi Sicili*'ne⁵¹ tescil edilemez.

⁴⁹ “Türk gemisi”, TTK m. 940'da tanımlanmıştır:

“(1) Her Türk gemisi Türk Bayrağı çeker.

(2) Yalnız Türk vatandaşının malik olduğu gemi, Türk gemisidir.

(3) Birden fazla kişiye ait olan gemiler;

a) Paylı mülkiyet hâlinde, payların çoğunluğunun,

b) Elbirliğiyle mülkiyet hâlinde, maliklerinin çoğunluğunun,

Türk vatandaşı olması şartıyla Türk gemisi sayılırlar.

(4) Türk kanunları uyarınca kurulup da;

a) Tüzel kişiliğe sahip olan kuruluş, kurum, dernek ve vakıflara ait olan gemiler, yönetim organını oluşturan kişilerin çoğunluğunun Türk vatandaşı olması,

b) Türk ticaret şirketlerine ait olan gemiler, şirketi yönetmeye yetkili olanların çoğunluğunun Türk vatandaşı olmaları ve şirket sözleşmesine göre oy çoğunluğunun Türk ortaklarda bulunması, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ayrıca payların çoğunluğunun nama yazılı ve bir yabancıya devrinin şirket yönetim kurulunun iznine bağlı bulunması, şartıyla Türk gemisi sayılırlar.

(5) Türk ticaret siciline tescil edilen donatma iştiraklerinin mülkiyetindeki gemiler, paylarının yarısından fazlası Türk vatandaşlarına ait ve iştiraki yönetmeye yetkili paydaş donatanların çoğunluğunun Türk vatandaşı olması şartıyla Türk gemisi sayılırlar”.

⁵⁰ YAZICIOĞLU, s. 99.

⁵¹ Türk Ticaret Kanunu'nun 958'inci maddesindeki “*Türk Gemi Sicili*” ile kastedilenin, TTK m. 954 ilâ 995'de düzenlenen ve Millî Gemi Sicili olarak adlandırdığımız asli sicil olduğu anlaşılmaktadır.

Gemi, bağlama limanının tâbi olduğu sicil müdürlüğünce tescil olunur (TTK m. 955/1). Bir gemiye ait seferlerin yönetildiği yer; o geminin bağlama limanıdır (TTK m. 946)⁵². Bir geminin seferleri yabancı bir limandan veya bir kara kentinden yahut bizzat gemiden yönetildiği takdirde; malik, gemisini dilediği yer siciline tescil ettirebilir (TTK m. 955/2).

Türk Medeni Kanunu'nun 1007'nci maddesi, gemi sicilleri hakkında da geçerlidir (TTK m. 954/3). Düzenlemeye göre; gemi sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, gemi sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür⁵³. Gemi sicili, alenîdir: Buna göre herkes, sicil kayıtlarını inceleyebilir ve masrafını ödemek kaydıyla onaylı veya onaysız örneklerini alabilir (TTK m. 973).

“*Sicil karineleri*” kenar başlıklı TTK m. 974'de; ispat kolaylığı sağlaması bakımından bazı kayıtların gerçek hâli yansıttığına dair aksi ispat edilebilir karineler öngörülmüştür. Buna göre; sicilde malik olarak kayıtlı bulunan kişinin geminin maliki sayılacağı (1'inci fıkra), sicilde lehine bir gemi ipoteği veya ipotek üzerinde bir hak yahut bir intifa hakkı tescil edilmiş kişinin o hakkın sahibi sayılacağı (2'nci fıkra) ve tescil olunmuş bir hak sicilden silinirse o hakkın artık var olmadığı (3'üncü fıkra) kabul edilecektir⁵⁴. Bunun gibi TTK m. 983'de düzenlenen *sicile güven ilkesi* bağlamında; hukukî bir işlem ile bir geminin mülkiyetini, intifa hakkını, gemi ipoteğini veya ipotek üzerindeki bir hakkı iktisap eden kişi lehine gemi sicilinin içeriği, bu haklarla ilgili olduğu nispette doğru sayılır.

Millî Gemi Sicili'ne tescilli bir geminin bir anonim şirkete aynî sermaye olarak getirilmesi; kural olarak gemi mülkiyetinin anonim şirkete devri mahiyetindedir (TTK m. 131/2). Sicile güvenin düzenlendiği TTK m. 983/1'de mülkiyet, intifa, gemi ipoteği veya ipotek üzerindeki bir hak sahibinin sicile kayıtlı bir hak üzerindeki tasarruf yetkisinin belli bir kişi lehine sınırlandırılması

⁵² 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 819'uncu maddesinde bağlama limanının bir liman olması gerektiği ifade edilmiş iken; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 946'ncı maddesinde bağlama limanı ile alâkalı olarak “yer” ibaresine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile bir gemiye ait seferlerin, limanı bulunmayan ve hatta deniz kıyısında olmayan bir yerleşim biriminden yönetilmesi ve bu yerin bağlama limanı olarak kabulü mümkün kılınmıştır.

⁵³ Tapu sicilinin tutulmasında devletin sorumluluğu için bkz. ANTALYA (TOPUZ), s. 589-594.

⁵⁴ Sicil karinelerinin aksini ispat etmek mümkündür; lâkin ispat yükü, sicildeki hâlin aksini iddia eden taraftadır. Bkz. SÖZER, s. 75.

hâlinde; bu sınırlamanın iktisap eden hakkında ancak gemi sicilinde yazılı olması veya onun sicil kaydının doğru olmadığını bilmesi veya bilmesinin gerekmesi şartıyla hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. Bu bakımdan, mülkiyet hakkı şirkete aynî sermaye olarak taahhüt edilirken, TTK m. 128/2'den hâsıl olan aynî sermayenin teminat altına alınması amacının gerçekleşmesi için; bu keyfiyetin sicile kaydedilmesi gerekecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 977'nci maddesinin 1'nci fıkrasının 2'nci cümlesinde, gelecekte doğacak veya şarta bağlı bir istem hakkının teminat altına alınması amacıyla gemi siciline şerh verilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Şerhten sonra gemi veya ipotek üzerinde yapılacak tasarruflar, şerh ile teminat altına alınan hakkı ihlal ettiği ölçüde geçerli değildir⁵⁵. Bir başka ifade ile gemi malikinin gemi üzerindeki tasarruf yetkisinin, geminin aynî sermaye olarak taahhüt edildiğine dair kayıtlı takyidi söz konusudur. İyiniyetli üçüncü kişilerin, sicile kayıtlı olmayan bir takyidin mevcut olmadığına dair güveni kural olarak korunacaktır⁵⁶. Buna göre geminin, aynî sermaye olarak taahhüt edildiği sicile kaydedilmezse; iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisabı söz konusu olabilecek ve gemi şirkete intikal etmeyecektir. Bu esastan olmak üzere MGS, hem TTK m. 977/1'de düzenlenen gelecekte doğacak olan hakların teminat altına alınması; hem de TTK m. 983'de düzenlenen sicile güven ilkesi bakımından, TTK m. 128/2'de bahsi geçen özel sicil kavramına dâhildir.

b. Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil (Yapı Sicili)

Yapı hâlindeki gemilere özgü sicil (Yapı Sicili), TTK m. 986 ilâ 994'de düzenlenen; inşası başlamış fakat henüz gemi vasfını kazanmamış yapıların kaydına mahsus sicildir⁵⁷. Yapı Sicili, MGS'yi tutmakla görevli sicil müdürlüklerince tutulur (GSN m. 76). Yapı, yapım yerinin bağlı bulunduğu sicil müdürlüğünce tescil olunur (TTK m. 986/2). Yapı, henüz inşa tamamlanmadan bu sicil müdürlüğünün yetki çevresi dışındaki bir başka yere götürülse de; ilk kaydedildiği sicil müdürlüğü yetkili olmaya devam eder. Şu kadar ki, yapının kayıtlı bulunduğu sicil müdürlüğü, yeni yapım yerindeki sicil müdürlüğüne yapının kaydedilmiş olduğunu bildirir.

⁵⁵ Sicile güven ilkesinin mülkiyet takyitleri bakımından cârî olduğu hakkında bkz. ÇAĞA/KENDER, s. 80.

⁵⁶ KALPSÜZ, s. 247; CAN, s. 53; SÖZER, s. 81.

⁵⁷ İnşanın başlamasından kasıt; Gemi Ve Su Araçlarının İnşa, Tadilat Ve Bakım-Onarım Yönetmeliği m. 5/1'e göre inşa izni alınıp, yapıya ad, numara veya ayırt edici herhangi bir işaretin verilmesidir. Bu andan itibaren Yapı Sicili'ne tescil mümkün olabilecektir (Bkz. ATAMER, (2018), s. 89).

İnşa hâlindeki bir geminin Yapı Sicili'ne tescili, kural olarak ihtiyarîdir (TTK m. 986/1). Hâkezâ inşa hâlindeki gemi üzerinde bir gemi ipoteğinin kurulması yahut yapının ihtiyati ya da kesin haczi veya tersane sahibinin gemi ipoteğinin kurulmasına yönelik talep hakkını teminat altına almak amacıyla şerh verilmesi gerekirse Yapı Sicili'ne tescil söz konusu olabilecektir (TTK m. 986/1). İnşa hâlindeki gemi, malikinin veya kanunî ipotek hakkını tescil ettirmek isteyen tersane sahibinin dilekçesi ile inşa hâlindeki gemilere mahsus sicile kaydolunur. İhtiyati veya icraî haciz kararı almış olan alacaklı da, icra müdürünün yazısı ile inşa hâlindeki geminin sicile kaydını isteyebilir (TTK m. 987).

Yapı Sicili hakkında, TTK m. 954 ve 973 uygulama alanı bulacaktır (TTK m. 991). Türk Ticaret Kanunu m. 954'e göre, TMK m. 1007 Yapı Sicili hakkında da cârîdir; Yapı Sicili'nin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet, bu zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Türk Ticaret Kanunu'nun 973'üncü maddesine yapılan atfa göre ise Yapı Sicili alenîdir; herkes sicil kayıtlarını inceleyebilir ve giderini ödemek şartıyla onaylı veya onaysız örneklerini alabilir. Şu kadar ki, sicilin sahifelerinin ve sicil kayıtlarının dayanaklarını incelemek ve örneklerini almak isteyen kişinin ilgisini ispat etmesi gerekir (TTK m. 991/1)⁵⁸. Millî Gemi Sicili'ne kayıtlı gemiler ile alâkalı, gelecekte doğacak veya şarta bağlı bir talep hakkının teminat altına alınması amacıyla gemi siciline şerh verilmesinin mümkün olduğunun ifade edildiği TTK m. 977/1 hükmü; Yapı Sicili bakımından da cârî olacaktır. Bunun gibi, Millî Gemi Sicili ile alâkalı ihdas edilmiş olan sicile güven ilkesi, Yapı Sicili hakkında da geçerlidir (TTK m. 991/3). Bu bakımdan, bir üst başlıkta MGS'ye tescilli gemiler için yaptığımız açıklamalar aynen Yapı Sicili ve inşa hâlindeki tescilli yapılar/gemiler için de uygulama alanı bulacaktır.

Tüm bu izahat kapsamında ifade etmek gerekir ki; TTK m. 128/2 bağlamındaki özel sicil kavramının kapsamına; Yapı Sicili de dâhildir. Bununla birlikte Yapı Sicili'ne tescilin ihtiyarî olduğu dikkate alınır; sicile tescil edilmemiş inşa hâlindeki gemilerin anonim şirketlere aynî sermaye olarak getirilmek istenmesi durumunda taşınırlara dair prosedür uygulama alanı bulacaktır⁵⁹. Bu hâlde, inşa hâlindeki gemi tersanede olduğundan; tersane

⁵⁸ Hükmün lafzının, hâsıl olan aleniyet amacına tam anlamıyla sağlamadığı hususunda bkz. SÖZER, s. 82-83.

⁵⁹ Öğretide *ASLAN*, tescili zorunlu olmayan fikir ve sanat eserleri için benzer bir meseleye dikkat çekmiş; nihayet tescili ihtiyari eserler için TTK m. 128/2 şartının aranmaması gerektiği

sahibi güvenilir kişi olarak kabul edilip TTK m. 128/2 hükmünün gereği icra edilebilir.

c. Türk Uluslararası Gemi Sicili (TUGS)

Deniz ticaretinin iktisadî ehemmiyetine binaen devletler, deniz ticareti filolarını mümkün olduğunca büyük ve güçlü tutmak isterler. Deniz ticareti ve ticaret gemilerinin sağladığı vergi geliri, istihdam imkânı ve stratejik avantajlardan faydalanmak; gemilerin ülkelerin kendi gemi sicillerine kaydedilmesi ve kendi bayrakları altında işletilmesine bağlıdır. Hâl böyle iken, ucuz bayrak ya da elverişli bayrak devletleri olarak adlandırılan Malta, Panama, Liberya gibi denizci devletlerin kendi sicillerine kayıtlı gemilere birtakım avantajlar ve muafiyetler (denetim, sosyal güvenlik, vergi gibi) sağlamaları; bu devlet sicillerine olan rağbeti arttırmış ve millî sicillerden kaçış yaşanmıştır⁶⁰. Ucuz bayrak devletlerine bu kaçışı durdurmak ve ticaret filolarının büyüklüğünü ve rekabet gücünü muhafaza edebilmek adına; elverişli bayrak devletleri dışındaki devletler, ikinci bir sicil oluşturma yoluna gitmişlerdir. Bu ikinci sicillerin, tescil şartları nispeten kolaydır ve yüklediği malî ve hukukî yükümlülükler de millî sicillere nispeten daha azdır⁶¹.

Türk Deniz Hukuku'nda da, bu esastan olmak üzere ikinci sicil mahiyetindeki TUGS ihdas edilmiştir⁶². Türk Uluslararası Gemi Sicil Kanunu (TUGSK) m. 3 ve Türk Uluslararası Gemi Sicil Yönetmeliği (TUGSY) m. 5'e istinaden TUGS işlemleri, İstanbul'da kurulan TUGS memurluğu bünyesinde gerçekleştirilecek ve İzmir'de de bir irtibat bürosu kurulacaktır.

TUGSK yürürlüğe girdiği tarihte MGS'ye kayıtlı bulunan TUGSK m. 1 ve 2 kapsamındaki bütün gemiler ve yatlar⁶³, TUGS'ye tescil edilebilir (TUGSK m. 4/1-a). Bu hüküm, TUGSK'nın yürürlüğe girdiği 21/12/1999

kanaatini ifade etmiştir. Bkz. ASLAN, s. 118.

⁶⁰ ÇAĞA/KENDER, s. 85; YAZICIOĞLU, s. 94; KANER, s. 41-42; SÖZER, s. 90.

⁶¹ YAZICIOĞLU, s. 94-95.

⁶² Türk Uluslararası Gemi Sicili'nin ihdas edildiği 4490 sayılı Kanun'un Genel Gereğesi'nde; dünya denizlerinde Türk Bayrağı'nın dalgalandırılması, deniz taşımacılığında rekabet gücünün korunması ve deniz ticareti filosunun küçülmesinin önlenmesi gibi amaçlar zikredilmiştir.

Bkz. <https://www.2.tmm.gov.tr/d21/1/1-0507.pdf> (Erişim Tarihi: 25/05/2020).

⁶³ 4490 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde turizm şirketi envanterlerinde kayıtlı ticarî yatlardan bahsedilmiş; 2'nci maddesinde ise gemi, yat, özel maksatlı ve özel yapılı gemiler düzenlenmiştir.

tarihinde MGS'ye kayıtlı olanların yanı sıra; bugün için de cârîdir⁶⁴. Bunların yanı sıra, yurt içinde inşa edilen gemiler ve yatlar, yurt dışından ithal edilen 3.000 DWT'nin⁶⁵ (yolcu gemileri ile özel maksatlı, özel yapılı gemilerde ise 300 grostonun) üzerindeki gemiler TUGS'ye tescil edilebilecektir. TUGS'ye tescil edilebilecek gemi ve yatlar ise, yine TUGSK'de yer verilen tanımlara göre belirlenecektir⁶⁶. Buna göre *gemi*; kabotaj ve/veya kabotaj harici sularda ticarî amaçla kullanılan her türlü yük, yolcu ve açık deniz balıkçı gemileri ile özel maksatlı ve özel yapılı gemileri⁶⁷ ifade eder (TUGSK m. 2/1-a). Yat ise TUGSK m. 2/1-a'da; *Yat tipinde inşa edilmiş, gezi ve spor amacıyla yararlanılan, taşıyacakları yatçı sayısı otuz altıyı geçmeyen, yük ve yolcu gemisi niteliğinde olmayan, turizm şirketi envanterlerinde kayıtlı ve tonilato belgelerinde "Ticari Yat" olarak belirtilen deniz araçları* olarak tanımlanmıştır. Bu esaslardan olmak üzere, TUGSK hükümleri kapsamında tescilli caiz gemilerin TTK m. 931 bağlamındaki ticaret gemileri olduğu ifade edilebilir⁶⁸. Tüm bu deniz araçlarının TUGS'ye tescil edilebilmesinin malike dair ortak şartı ise; bunların, i) Türkiye'de yerleşik Türk veya yabancı uyruklu gerçek kişilere, ii) Türkiye'de Türk mevzuatına göre kurulmuş şirketlere ait olmasıdır (TUGSK m. 5/1).

TUGS, uygulama esasları bakımından MGS hükümlerine tâbidir. TUGS kayıtlarının gözetimi, yapılan sicil işlemlerine karşı şikâyet ve itirazların incelenip sonuçlandırılmasında, MGS'nin tâbi olduğu mevzuat hükümleri uygulanır (TUGSY m. 6/1-d). Türk Uluslararası Gemi Sicil Kanunu'nda, TUGS ile alâkalı TMK m. 7 hükmünün cârî olacağına dair herhangi bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, TTK m. 954/3 düzenlemesinin TUGS hakkında da uygulanacağı ve bu kapsamda TMK m. 1007'nin TUGS için de cârî olacağı haklı olarak ileri sürülmüştür⁶⁹. Nitekim TUGSY m. 6/1-c'ye göre de TUGS, alenîdir. Tescilli gemi ile ilgili olduğunu belgeleyen herkes gemiye ait bütün sicil kayıtlarını inceleyebilir⁷⁰.

⁶⁴ ATAMER, (2018), s. 71.

⁶⁵ DWT, bir geminin taşıyabileceği en çok ağırlık olup, ham yükün, yakıtın, suyun, kumanyanın, yolcu ve gemi adamlarının kendilerinin ve eşyalarının ağırlıklarının toplamı anlamına gelmektedir (TUGSK m. 2/1-g).

⁶⁶ YAZICIOĞLU, s. 120.

⁶⁷ Özel yapılı ve özel maksatlı gemi ise TUGSK m. 2/1-ı'da ayrıca tanımlanmıştır: "*Tipleri ve evsafları Bakanlık tarafından belirlenen, özel bir amaçla işletilen ve bu amaçla donatılan, yüzmeye özelliği bulunan deniz araçları*".

⁶⁸ ATAMER, (2009), s. 316; KANER, s. 44.

⁶⁹ YAZICIOĞLU, s. 118.

⁷⁰ Sicil kayıtlarının incelemek isteyenlerin ilgili olduklarını belgelemeleri gerektiği ifadesinin

Türk Uluslararası Gemi Siciline ilişkin esaslar, sicilde kayıtlı hakların devri, sicil kaydının terkinine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından hazırlanacak yönetmelik ile tespit edilir (TUGSK m. 6/2). Tescil, terkin, satış, isim değişikliği, ipotek tescili ve diğer benzeri işlemlerin; Türk Ticaret Kanunu ve Gemi Sicil Nizamnamesi'nin, TUGSK'na aykırı olmayan hükümlerine göre yapılacağı ifade edilmiştir (TUGSY m. 14)⁷¹. Bu esastan olmak üzere şerhe dair TTK m. 977'de öngörülen esaslar, TUGS için de geçerlidir⁷². Bu bakımdan aynî sermaye taahhüdünün de, TUGS'ye şerh ya da kaydettirilmesi söz konusu olabilecektir.

d. Bağlama Kütüğü

Bağlama Kütüğü'nün bir sicil mahiyetinde olup olmadığı hususu, yukarıda "II-B-1" sayılı başlık altında değerlendirilmiş ve bir sicil olduğu kanaati serdedilmişti. Bu başlıkta ise, Bağlama Kütüğü'nün ana hatları ile alâkalı kısa bilgiler verilecek ve TTK m. 128/2 bağlamında bir "özel sicil" mahiyetinde olup olmadığı incelenecektir. Bir başka ifade ile Bağlama Kütüğü'nün, aynî sermaye getirilmesine dair kurallar bakımından bir işlevi olup olmadığı değerlendirme konusu yapılacaktır.

"*Sicil*" olarak addedilen MGS, Yapı Sicili ve TUGS dışında; "*Bağlama Kütüğü*" ismiyle bir başka kayıt düzeni daha tesis edilmiştir. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 43'üncü maddesine göre; TUGS'ye tescilli olanlar ve MGS'ye tescili zorunlu olanlar dışındaki ticarî veya özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçlarının malikleri veya işletenleri; söz konusu gemi, deniz ve içsu araçlarını bağlama kütüğüne kaydettirmek zorundadırlar. Hükmün 2'nci fıkrasına istinaden çıkarılan Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği ise 25/09/2014'de yürürlüğe girmiştir⁷³.

aleniyet sağlama amacı ile bağdaşmadığı hakkında bkz. SÖZER, s. 91.

⁷¹ TUGSY m. 14'ün eleştirisi için bkz. ÇAĞA/KENDER, s. 89.

⁷² Aynı yönde bkz. ATAMER, (2018), s. 105.

⁷³ RG: 25.09.2014 tarih ve 29130 sayı. Bağlama Kütüğü ilk olarak 06.05.2009 tarih ve 5897 sayılı Kanun ile Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında 491 sayılı KHK'ye eklenen Ek-12. madde ile ihdas edilmiştir. Bu hükmü istinaden, 14/09/2009 tarihli Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği çıkarılmış; ancak bu yönetmelik, hâlihazırda merî olan 25/09/2014 tarihli Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bağlama Kütüğü; gemi, deniz ve içsu aracının kaydedildiği, ana ve yardımcı kütüklerden oluşan elektronik kayıt sistemi ve bağlama kütüğü dosyasıdır (BKUY m. 4/1-a). 655 sayılı KHK m. 43'e göre; TUGS'ye tescilli olanlar ve MGS'ye tescili zorunlu olanlar dışındaki ticarî veya özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçlarının malikleri veya işletenleri; söz konusu gemi, deniz ve içsu araçlarını bağlama kütüğüne kaydetdirmek zorundadırlar. Bu esastan olmak üzere Bağlama Kütüğü'nün; MGS ve TUGS'ye kayıtlı olmayan gemi, deniz ve içsu araçlarını kayıt altına alma amacına matuf bir kayıt düzeni olduğu ifade edilebilir⁷⁴.

Bağlama Kütüğü, liman başkanlıklarında ve liman başkanlıklarının yetki alanı dışındaki iç sularda belediye başkanlıkları bünyesinde kurulur. Bağlama Kütüğü'nün iç sularda hangi belediye başkanlıkları bünyesinde tutulacağı Bakanlık tarafından belirlenir (BKUY m. 5/1). Bağlama Kütüğü'nün tutulmasından, liman veya belediye başkanı sorumludur (BKUY m. 7/1).

Bağlama Kütüğü'ne; on sekiz gros tonilatunun altında ve iki buçuk metre ve üzerindeki; MGS'ye veya TUGS'ye tescil edilmemiş ticarî gemi, deniz ve içsu araçları ile boyu iki buçuk metre ve üzerindeki özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçlarının kaydedilmesi zorunludur (BKUY m. 9/1). Bunların yanı sıra, (i) TTK'nin bayrak çekme hükümlerine bağlı olmaksızın, yabancı uyruklu olup oturma izni bulunan gerçek kişilere ait özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçları, (ii) Devlete ait olup temel kamu hizmetlerinde kullanılan gemi, deniz ve içsu araçları, (iii) İki buçuk metrenin altındaki ticari ve özel gemi, deniz ve içsu araçları (iv) Gençlik ve Spor Bakanlığınca tescil edilmiş spor kulübü ve federasyonların envanterinde kayıtlı olup da münhasıran spor faaliyetleri için kullanılan gemi, deniz ve içsu araçlarının kaydı ise ihtiyarîdir (BKUY m. 9/2).

Bağlama Kütüğü'ne dair genel izahattan sonra şu suale sıra gelir: Acaba Bağlama Kütüğü TTK m. 128/2'de geçen "özel sicil" kavramına dâhil kabul edilebilecek midir? Bir başka ifade ile anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilen, Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi veya iç su araçları bakımından bu keyfiyeti TTK m. 125/2'ye göre Bağlama Kütüğü'ne kaydetmek gerekir mi? Bağlama Kütüğü'ne kaydı mümkün olan haklar bakımından; 655 sayılı KHK'nin 43'üncü maddesinde konuya ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Bu hâlde, BKUY hükümlerinin uygulama alanı bulacağını ifade etmek gerekir.

⁷⁴ Benzer şekilde bkz. YAZICIOĞLU, s. 128.

Bağlama Kütüğü'ne kaydedilmesi mümkün olan takyidatlar, BKUY m. 10'da sınırlı olarak sayılmıştır: Rehin, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve haciz kararları. Her ne kadar düzenlemede, bu takyidata dair kayıtların, hukukî değerleri ve kamu güvenine mazhar olup olmadıkları ile alâkalı bir sarahat yoksa da⁷⁵; BKUY m. 14 ile beraber düşünüldüğünde, Yönetmelik yoluyla da olsa bu kayıtlara aleniyet esaslı ve özel hukuk ilişkilerini etkileyen bir işlev yüklendiği ifade edilmelidir⁷⁶. Nitekim BKUY m. 23'e göre de Bağlama Kütüğü kayıtları alenidir. İlgilerini ispatlamaları kaydıyla herkese bağlama kütüğü kayıt örneği verilebilir.

BKUY m. 14/1'de yer alan düzenlemeye göre; Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin devrini konu alan hukukî işlemlere yönelik belgelerin başkanlıklar huzurunda veya noterde düzenlenmesi zorunludur. Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu aracının devrine dair sözleşmenin noterde yapılması hâlinde; devreden, devri yapılacak araç üzerinde bulunan takyidatın yer aldığı ve satışın yapıldığı tarihle aynı tarihli bağlama kaydı örneğini, devralanın incelenmesi amacıyla notere sunar (BKUY m. 14/2). Bu düzenleme ile Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı takyidatın, işlem tarafı olacak kimse tarafından öğrenilmesi amaçlanmıştır. Devir sözleşmesinin başkanlıklarda yapılması hâlinde ise Bağlama Kütüğü'nde yer alan takyidat zaten öğrenilmiş olacaktır. Buna göre, BKUY m. 14/2 ile işlem güvenliğinin ve en azından işlemin karşı tarafı için aleniyetin sağlanması amaçlanmıştır. Bu bakımdan Bağlama Kütüğü'nde yer alan bu takyidatın, bu kayıtlara güvenerek gemi, deniz veya içsu aracını iktisap edenler hakkında hiçbir anlamı ve hukukî etkisi olmadığını ifade etmek kanaatimizce yerinde olmayacaktır. Her ne kadar, Bağlama Kütüğü kayıtları bakımından sicile güven ilkesinin câri olduğuna dair açık bir hüküm bulunmasa da; resmi sicil ve senetlerin, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturduklarına dair TMK m. 7'ye göre, Bağlama Kütüğü kayıtlarının gerçek hâli yansıtmadığı iddiası, dürüstlük kuralları dairesinde çoğu zaman ileri sürülemeyecektir⁷⁷.

Binâenaleyh ifade edilebilir ki, Bağlama Kütüğü, TTK m. 128/2 bağlamında bir özel sicil olarak kabul edilerek; aynî sermaye taahhüdüne dair sınırlamanın işlenmesine ve bu şekilde TTK m. 128/2'den hâsıl olan amacın gerçekleştirilmesine son derece müsaittir. Böylece, hem anonim şirketlere

⁷⁵ SÖZER, s. 106.

⁷⁶ Benzer şekilde ATAMER, (2018), s. 56. Aksi yönde bkz. DEMİR, s. 120.

⁷⁷ ÇAĞA/KENDER, s. 81; KANER, s. 38.

hâkim olan sermayenin korunması ilkesi; hem de Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı deniz ve içsu araçlarının kamu otoritesi tarafından takibi bakımından faydalı bir netice hâsıl olacaktır. Mamâfih, BKUY m. 10'da zikredilenlerden başka bir takyit ya da şerhin, Bağlama Kütüğü'ne kaydının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür⁷⁸. Bu noktada, BKUY m. 10'a, TTK m. 977/1'de yer alan "*Gelecekte doğacak veya şarta bağlı bir istem hakkının teminat altına alınması amacıyla gemi siciline şerh verilmesi mümkündür*" hükmüne benzer bir ifadenin eklenmesi, duraksamayı bir ölçüde de olsa giderebilecektir. Ne var ki, TTK m. 128/2'deki sarâhat karşısında, hem kanunî düzenleme olarak Yönetmelik hükmüne üstün olması, hem de konu itibariyle özel hüküm niteliğinde olması hasebiyle; TTK m. 128/2 hükmünün Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi ve araçlar için de uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz. Emredici hüküm niteliğinde olan TTK m. 128/2'nin; mezkûr keyfiyetin, BKUY hükümlerinde kaydı mümkün takyitler arasında sayılmaması nedeniyle bertaraf edilmesi mümkün değildir⁷⁹.

III. Sicile Kayıtlı Gemiler Bakımından Aynî Sermaye Getirilmesi Prosedürü

Sicile kayıtlı gemilerin anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesinden kast, geminin mülkiyetinin şirkete intikâlidir. Nitekim şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, sermaye olarak konan ayınların mülkiyeti şirkete ait ve haklar şirkete devredilmiş olur (TTK m. 131/2). Mülkiyetin intikâli, bir başka ifade ile ifanın tamam olması; taahhüt ve tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilmesine bağlıdır⁸⁰. Bu işlemlere dair genel esaslar ise, anonim şirketler bakımından farklı şekillerde ortaya çıkar.

Sermayenin korunması ilkesi, üçlü bir sacayağı üzerinde yükselir: Şeffaflık, kontrol ve sorumluluk⁸¹. Aynî sermaye getirilmesine dair düzenlemelerde de, bu yaklaşımların tezahürleri söz konusudur. Aynî sermayeye mahkemece atanmış bilirkişilerce değer biçilmesi, değerlendirme raporunun mahkemece tasdik edilmesi, ticaret siciline kayıt ve şerh, ticaret sicil müdürünün inceleme görevi ve yetkisi, kuruluştan doğan sorumluluk gibi kanunî düzenlemeler; bu üçlü sacayağının birer tezahürü mahiyetindedir. Bu esastan olmak üzere aynî sermaye getirilmesine dair esaslar da bu hukukî

⁷⁸ Bağlama Kütüğü'ne şerh verilemeyeceği hakkında bkz. ATAMER, (2018), s. 105.

⁷⁹ TTK m. 128/2'nin emredici hüküm mahiyeti hakkında bkz. PULAŞLI, s. 92.

⁸⁰ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 177; PULAŞLI, s. 93.

⁸¹ MEYER, Rz. 90.

enstrümanların manzumesinden ibarettir. Bu noktada, aynî sermaye getirilmesi bakımından iki temel risk unsuru vardır: Aynî sermayenin aşırı değerlemesi ve aynî değerın şirkete sağlıklı bir şekilde intikâl ettirilememesi⁸².

Sicile kayıtlı gemilerin anonim şirkete aynî sermaye olarak getirilmesinin, kural olarak TTK m. 131/2 bağlamında mülkiyetin devrini gerektirdiği ifade edilmiştir. Mülkiyetin devri bu bakımdan, borçlar hukuku nazariyesine uygun olarak taahhüt ve tasarruf işlemlerinden müteşekkil olacaktır.

A. Geminin Aynî Sermaye Olarak Taahhüdü

Aynî sermaye taahhüdü, hem şekil, hem de öncesindeki hazırlık işlemleri ve sonrasındaki tamamlayıcı işlemler bakımından mevsuf bir taahhüttür. Taahhüt, esas sözleşmedeki imzaların noterce tasdiki ile tamam olur. Bununla birlikte, öncesinde aynî sermaye mahiyetindeki gemiye değer biçilmelidir. Değer biçme süreci, taahhüdün hazırlık safhası olarak ifade edilebilir. Tespit edilen değer ile birlikte aynî sermayeye dair ayırt edici bilgilerin kaydedildiği esas sözleşmede yer alan imzaların tasdiki ile birlikte taahhüt gerçekleşir. Akabinde aynî sermaye taahhüdünün teminat altına alınması için, tamamlayıcı bir şart mahiyetinde sicile şerhi veya kaydı gerekir.

1. Gemiye Değer Biçilmesi (TTK m. 343)

Anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğinin düzenlendiği TTK m. 339/2'de; paradan başka sermaye olarak konan hak ve ayınlardan, bunların değerlerinin, bunlara karşılık verilecek payların miktarının esas sözleşmeye yazılacağı ifade edilmiştir. Buna göre öncelikle, sermaye olarak getirilecek geminin, değerinin belirlenmesi gerekmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 343'üncü maddesine göre; şirkete konulacak aynî sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve ayınlara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir⁸³. Düzenlemenin nazarı temeli, anonim şirketlerde sermayenin korunması ilkesine istinat eder⁸⁴; nitekim şirket, pay sahipleri ve alacaklıların menfaatlerine hâlel gelmemesi bakımından, aynî sermaye değerinin tartışmaya mahal vermeyecek bir şekilde tespit edilmesi gerekir⁸⁵. Bu noktada, aynî sermaye sürecine dair esasların

⁸² MEYER, Rz. 1045.

⁸³ Aynî sermayeye değer biçilmesi hakkında tafsilatlı bilgi için bkz. ÇAĞLAR, s. 35-53; KARAMAN COŞGUN, s. 333-348.

⁸⁴ Bkz. TTK m. 343 gerekçesi.

⁸⁵ ÇAĞLAR, s. 40.

doğrudan amaçlarından birinin, aşırı değerlemenin önlenmesi olduğu ifade edilebilir⁸⁶. Bu hüküm ile aynî sermayenin değerinin, mahkemece tayin edilen uzman ve tarafsız bilirkişiler tarafından takdir edilmesi öngörülmüştür.

Anonim şirket esas sermayesinin mahiyeti itibariyle, aynî sermayenin değerinin parasal bir karşılık olarak tespit edilmesi gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 343'üncü maddesinde geçen "*tam değer*" kavramı esas alınarak; değer biçme, konjonktürel piyasa şartlarından bağımsız, öz değer tespitine dair bir faaliyet olarak telakki edilmiş ve kavramın fiyattan farklı olduğu ifade edilmiştir⁸⁷. Bunun yanı sıra, değer kavramının her zaman sabit bir rakama karşılık gelmeyeceği ve piyasa şartlarından etkilenmesinin mümkün olduğu da ifade edilmiştir⁸⁸. Kanaatimiz odur ki bilirkişi tarafından değer tespiti yapılırken; piyasa şartlarının ve mevcut iktisadî konjonktürün de dikkate alınması gerekir. Bu değerlendirme yapılırken geçici dalgalanmalardan kaynaklanan artış ve eksilmeler de hesaba katılmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 343'üncü maddesindeki düzenlemeye göre; anonim şirkete getirilecek aynî sermayeye şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince tayin edilen bilirkişilerce değer biçilecektir. Bilirkişi sayısı mahkeme tarafından belirlenecek ve tabii olarak konunun uzmanları arasından seçilecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 268'inci maddesindeki düzenlemeye göre bilirkişiler, bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri esas alınmak suretiyle bilirkişilik bölge kurulu tarafından hazırlanan listede yer alanlar arasından seçilir. Şayet yargı çevresinde ilgili sahada uzman yoksa bir başka yargı çevresinin listesinden de seçim yapılabilir. Buradan da bir uzman bilirkişi tayini yapılamazsa; mahkeme, resen liste dışından bir uzmanı bilirkişi olarak görevlendirebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 343'üncü maddesi ile aynî sermayeye değer biçilmesinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemenin kesin yetkili kılınmış olmasının; tatbikatta birtakım sorunlara yol açabileceği ifade

⁸⁶ MEYER, Rz. 91.

⁸⁷ MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 352-353.

⁸⁸ Bkz. ÇONKAR, s. 319. Nitekim *değer* kavramını, piyasa şartları ve fiyatından tamamen ayrı düşünerek izah etmek pek mümkün görünmemektedir. Bu minvalde farklı değer tanımları için bkz. KÖKTÜRK/KÖKTÜRK, s. 57-62.

edilmiştir⁸⁹. *Özdamar*, meseleye taşınmazlar açısından dikkat çekerken⁹⁰; gemiler bakımından mesele daha da karmaşık bir hâle gelmektedir. Şirket merkezinin bir liman şehri olmaması hâlinde; bilirkişi incelemesinin istinabe yoluyla yapılması gerekecek ve bir zaman kaybı söz konusu olabilecektir. Bu noktada, geminin bağlama limanı ya da sicil çevresindeki mahkemenin de yetkili olarak kabulü mâkûl bir düzenleme olabilirdi. Bununla birlikte Kanun'un lafzî karşısında, bu yoruma ulaşabilmek şu an için mümkün değildir. Kezâ aynî sermaye konusu geminin seferde olması da, değer biçilmesini geciktirebilecektir. Bu husus da göz önüne alınacak olursa; gemiler için işletilecek değer biçme prosedürünün uzamasının, biraz da denizcilğin tabiatından kaynaklanabileceğini ifade etmek gerekir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 343'üncü maddesinde, bilirkişilerin raporlarını hangi değerlendirme usulüne bağlı olarak tanzim edeceklerine dair bir ifade yer almamaktadır. Ne var ki, bilirkişiler tarafından hazırlanan değerlendirme raporunda, tatbik edilen değerlendirme usulünün somut olayın özellikleri açısından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu açıklanır. Bunun yanı sıra, aynî sermaye konusu değer (geminin), inşa yeri ve yılı, boyutları (boy/en/genişlik), gros veya net tonilatosu, makine gücü, cinsi (ticarî, gezinti vs.) gibi kıstasların; değer tespitinde ne şekilde ve nasıl değerlendirildiğine de yer verilmelidir⁹¹. Bilirkişi raporunda ayrıca, sermaye olarak getirilen gemi karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesi çerçevesinde açıklanır (TTK m. 343/1). Hükümde, raporun asgarî içeriği düzenlenmiştir; somut olayın mahiyeti daha geniş bir izahatı gerektirecek olursa, bu hususlara da raporda yer verilmelidir⁹².

Bilirkişilerce hazırlanan değerlendirme raporuna, kurucular ve menfaat sahipleri tescil ve ilana kadar itiraz edebilir (TTK m. 343/1)⁹³. İtiraz, biçilen

⁸⁹ Bkz. KENDİGELEN, s. 197. Bununla birlikte, aynî sermayenin parasal ve pay karşılığına şirket esas sözleşmesinde yer verilmesi kuralı (TTK m. 343); değer biçilmesinin esas sözleşmedeki imzaların tasdikinden önce gerçekleştirilmesini gerekecektir. Esas sözleşmenin henüz tamam olmadığı bu safhada, tabiatıyla şirket merkezinin belirlenmiş olmayacağı; bu nedenle aynî sermayeye değer biçecek bilirkişilerin şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemece atanacağı hükmünün işlevselliğinin olmadığı ifade edilmiştir (Bkz. ÇONKAR, s. 322).

⁹⁰ ÖZDAMAR, s. 151.

⁹¹ Benzer şekilde bkz. ÇAĞLAR, s. 40.

⁹² MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 353.

⁹³ TEKİNALP, s. 158. Buna karşın Kanun'da itiraz için herhangi bir süre öngörülmemiş olma-

değerin geminin gerçek değerinden eksik ya da fazla olduğu ile alâkalı olarak bilirkişiler tarafından tercih edilen değerlendirme usulüne yönelik olabilir. Mahkeme, itirazı haklı bulursa; rapordaki eksikliklerin bilirkişiler tarafından giderilmesine yahut da yeni bilirkişi tayinine karar verebilir⁹⁴. Mahkeme tarafından onaylanan değerlendirme raporları ise kesindir.

2. Esas Sözleşme

Anonim şirketlere aynî sermaye getirilmesinin, mülkiyet hakkının intikâlini gerektirdiği; işbu intikâlin ise taahhüt ve tasarruf işlemlerinden müteşekkil olduğu ifade edilmişti. Taahhüt işleminin şirketler hukuku bakımından tezahürü şirket sözleşmesidir. Şirket sözleşmesi, anonim şirketler bakımından, şirket kurma iradesinin, şirket kurucularının imzalarının noter tarafından tasdik edildiği esas sözleşme ile açıklanması neticesinde tamam olur (TTK m. 335/1). Sicile kayıtlı bir geminin de anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilmesinde, aynî sermaye konusu geminin, imzaları tasdik edilmiş esas sözleşmede yer alması gerekir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 128'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynî bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümlerinin, resmî şekil aranmaksızın geçerli olduğu ifade edilmiştir. Düzenlemede sadece taşınmazlardan bahsedilmektedir; lâkin devri şekle tâbi olan diğer değerler bakımından da bu esasın cârî olacağı kanaatindeyiz⁹⁵. Esas sözleşmede yer alan imzaların tasdiki ile şekil şartı yerine getirilmiş olur⁹⁶.

Sicile kayıtlı bir geminin mülkiyetinin devri, TTK m. 1001'de düzenlenmiştir⁹⁷. Buna göre *i*) malik ile iktisap edenin, mülkiyetin iktisap edene devri hususunda anlaşmaları ve *ii*) geminin zilyetliğinin iktisap edene geçirilmesi şarttır (TTK m. 1001/1). Mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmanın

sı eleştiri konusu yapılmıştır. Bkz. ÖZDAMAR, s. 152; MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 353.

⁹⁴ MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 353; KARAMAN COŞGUN, s. 341.

⁹⁵ Aynı yönde bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 178; PULAŞLI, s. 96-97; AKDAĞ GÜNEY/GÜMÜŞ, s. 8; SEVİ, s. 192; ASLAN, s. 124 ve dn. 457.

⁹⁶ BAHTİYAR, s. 54; AKDAĞ GÜNEY/GÜMÜŞ, s. 8;

⁹⁷ Yapı Siciline kayıtlı gemiler bakımından da, mülkiyetin devri bakımından aynı esaslar uygulanır (TTK m. 1011). Kezâ TUGSK m. 6 ve TUGSY m. 14 uyarınca, TUGS'ye kayıtlı gemilerin mülkiyetinin iktisabı ile ilgili TTK gemi sicillerine dair hükümleri uygulama alanı bulur.

ise yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce tasdik edilmesi gerekir. Kezâ bu anlaşma, gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir. Zilyetliğin devralana geçirilmesi ise, TMK m. 977 ilâ 980 hükümlerine göre gerçekleşecektir⁹⁸. Mülkiyetin intikâli için bunlar kâfidir; gemi siciline kaydın, mülkiyetin intikâli bakımından herhangi bir ihdasî işlevi yoktur⁹⁹. Yazılı sözleşme ve imzaların noterce tasdiki veya anlaşmanın sicil müdürlüğünde yapılması; gemi mülkiyetinin devri bakımından resmî şekildir¹⁰⁰. Bu esastan olmak üzere, sicile kayıtlı geminin mülkiyetinin şirkete aynî sermaye olarak taahhüt edildiğini içeren şirket sözleşmesi hükümleri, resmî şekil aranmaksızın geçerlidir (TTK m. 128/3). Geminin aynî sermaye taahhüdü olarak yer aldığı esas sözleşme, gemilerin intikâli bakımından resmî şekil yerine geçer.

Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı bir geminin mülkiyetinin devri de, BKUY m. 14 bağlamında resmî şekle tâbidir¹⁰¹. Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin devrini gerektiren hukukî işlemlere yönelik belgelerin, başkanlıklar (liman veya belediye) huzurunda veya noterde düzenlenmesi zorunludur. Başkanlıklar veya noter dışında yapılmış mülkiyetin devrini amaçlayan işlemler geçersizdir; bu tür işlemlerde hak sahibi olarak

⁹⁸ SÖZER, s. 118-119.

⁹⁹ YAZICIOĞLU, s. 157; SÖZER, s. 118.

¹⁰⁰ Farklı mülâhazalar için bkz. SÖZER, s. 119-120.

¹⁰¹ Yargıtay 11. HD'nin 19/11/2014 tarih ve 2014/17936 sayılı kararında; "*kurtarma yardımı hizmeti alan "Ç..." adlı gemi, gemi siciline kayıtlı olmayıp bağlama kütüğüne kayıtlıdır. TTK 996. ve 997. maddeleri gereğince, Türk Gemi Siciline kayıtlı olmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynı haklar hakkında ise Türk Medeni Kanunu'nun taşınırlara dair hükümleri uygulanır. O halde mahkemece, geminin gemi siciline kayıtlı olmayıp, bağlama kütüğüne kayıtlı olduğu gözden kaçırılarak resmi şekil şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle gemi satış akdinin geçersiz olduğu yönünde karar verilerek davalı aleyhine hüküm kurulması doğru olmamıştır*" denilmek suretiyle; Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının devri bakımından, Yönetmelik'in değil, taşınırlara dair hükümlerin uygulanacağı karara bağlanmıştır. Nitekim öğretilerde de ekseriyetin kanaati bu yöndedir. Bkz. DEMİR, s. 149. Bir diğer görüş ise, BKUY m. 14 ile TMK'nin taşınır devrine dair kuralına bir ilave yapıldığı; mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmanın BKUY m. 14'te belirlenen şekle uygun olarak yapılması ve zilyetliğin devredilmesinin gerektiği noktasındadır. Bkz. SEVİNÇ/KUYUCU, s. 877. AKSOY ise 5897 sayılı Kanun'un Ek-12. maddesinde yer alan "*Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve iç su araçlarının mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin ilgili liman veya belediye başkanlıkları huzurunda yapılması zorunludur. Aksi takdirde sözleşme geçersiz olur*" hükmü ile sicile kayıtlı olmayan gemiler bakımından taşınır hükümlerine atıf yapan eTTK m. 867 (yTTK m. 997)'nin uygulama alanı kalmadığını ifade etmiştir. Bkz. AKSOY, s. 98 (Müellifin görüşünü serdettiği tarihte, şekil şartının bir kanun hükmüne istinat ettiğini ifade etmek gerekir. Bugün itibarıyla, devir usulünün BKUY'da düzenlendiğinden bahisle şekil şartına dair Yönetmelik hükmünün geçersiz olduğu ileri sürülmüştür Bkz. DEMİR, s. 151).

gözükən kişi adına kayıt yapılmaz (BKUY m. 14). Bu bakımdan, Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı bir geminin aynî sermaye olarak taahhüt edildiği esas sözleşme; liman veya belediye başkanlığı veya noter huzurunda düzenlenecek olan mülkiyetinin devrini gerektiren hukuki işlemlere yönelik belge yerine geçer.

Esas sözleşmeye aynî sermayenin değeri, cinsi, büyüklüğü, sicil kaydı gibi birtakım tanıtıcı unsurların dercedilmesi gerekir¹⁰². Gemiler için de bu esaslar cârîdir; esas sözleşmeye geminin adı ve sicil numarasının yazılması yeterlidir. Nitekim bu bilgiler, gemi ile alakalı tafsilatlı tüm bilgilere ulaşmayı sağlar. Bununla birlikte duraksamaya yer vermemek ve muhtemel ihtilafların önüne geçmek adına; geminin boyutları (boy/en/derinlik) ve hacmi (gros ve net ton) gibi bazı bilgilere de yer verilebilir.

3. Katılma Payı Geminin Güvence Altına Alınması (TTK m. 128/2)

Türk Ticaret Kanunu'nun 128'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği; fikrî mülkiyet hakları ile diğer değerler, varsa özel sicillerine kaydedildikleri ve taşınırılar güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde aynî sermaye olarak kabul olunur. Düzenlemenin amacı, şirkete getirilecek aynî sermayenin teminat altına alınması ve kuruluş safhasındaki birtakım sorunları önlemek olarak ifade edilmiştir¹⁰³. Düzenlemeye göre taşınmazlar tapu siciline, fikrî mülkiyet hakları ile diğer değerler ise varsa özel sicillerine kaydedilmedikleri müddetçe aynî sermaye olarak kabul olunamazlar.

Düzenlemede, aynî sermaye olarak taahhüt edilecek değer, taşınmaz ise tapu siciline şerh verilmesi; kendi özel sicilleri bulunan diğer değerlerden biri ise bu özel sicillere kaydedilmesi öngörülmüştür. Kanun koyucu, taşınmazlar için *şerh*; diğer değerler için ise *kayıt* kavramını tercih etmiştir. Hükmün gerekçesinde ise, sadece tapu sicili bakımından değil; diğer değerler için tutulan özel siciller bakımından da keyfiyetin şerhinden bahsedilmiştir¹⁰⁴. Bu esastan olmak üzere ifade edilmelidir ki; kanun koyucunun şerh ve kayıt kelimelerini tercih etmesi noktasında bilinçli bir tutumu söz konusu değildir. Medenî hukuk nazariyesi ve TMK'da yer alan tapu sicili düzenlemeleri bakımından

¹⁰² TEKİNALP, s. 158; HÜFFER/ KOCH, § 27 Rn. 10.

¹⁰³ Bkz. TTK m. 128 gerekçesi.

¹⁰⁴ Bkz. TTK m. 128 gerekçesi.

şerh kavramına mevsuf bir mana yüklenmiştir¹⁰⁵; bununla birlikte, gemi sicili ve gemiler bakımından meseleyi tafsilatlı şekilde ele almak gerekir.

Evvelâ şu tespiti yapılmalıdır: TTK m. 128/2’de yer alan düzenleme ile kanun koyucunun muradı; aynî sermaye unsurunu, şirkete intikâl edinceye kadar azamî derecede teminat altına almaktır. Bir başka ifade ile düzenlemenin mesnedi, şirketler hukukuna dair mülahazalardır. Bu bakımdan hükmün tefsirinde, şirket sermayesinin sağlıklı bir şekilde tamam olması ve buna bağlı olarak şirketin sorunsuz bir şekilde kurulması gözetilecektir. Taahhüt edilen sermayeyi, tam olarak güvence altına alabilmek; sermaye olarak taahhüt edilen değer üzerinde hâlihazırda hak sahibi olarak görünen kişinin tasarruf yetkisini mutlak surette kısıtlamak ile mümkün olur. Bununla birlikte, bu yönde bir kısıtlamanın olabilirliği, TTK ve ilgili mevzuatın yanı sıra; özel sicillerin kendi mevzuatlarındaki düzenlemeler bakımından da değerlendirilmelidir.

Türk Ticaret Kanunu’nun 128’inci maddesinin 6’ncı fıkrasında göre, anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasının akabinde ticaret sicil müdürü tarafından, aynî sermaye olarak taahhüt edilen değer şirket adına tescili için ilgili sicile re’sen ve hemen bildirimde bulunulur. Bunun yanı sıra, şirketin tek taraflı tescil talebinde bulunma hakkı da saklı tutulmuştur. Bu talep hakkı ile gemi siciline şerh verilebilecek hâllerin düzenlendiği TTK m. 977/1’de yer alan “*gelecekte doğacak ya da şarta bağlı bir talep hakkı*” ibareleri örtüşmektedir. Bu esastan olmak üzere aynî sermaye taahhüdü, MGS’ye şerh verilebilecektir. Bu düzenleme, TTK m. 991/3’de yapılan atfa istinaden, Yapı Sicili bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Kezâ TUGS’ye kayıtlı olan gemilerin aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi hâlinde de, keyfiyet sicile şerh verilebilecektir. TUGSY m. 14’e göre; TUGS’ye tescil işlemleri ile gemilerin terkin, satış, isim değişikliği, ipotek tescili ve diğer benzeri işlemler, TTK ve GSN’nin 4490 sayılı TUGSK’ya aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. Yönetmelik’de geçen “*diğer benzeri işlemler*” kapsamına, şüphesiz ki, aynî sermaye taahhüdünün şerh verilmesi de dâhildir¹⁰⁶. Türk gemi sicil düzeninin bir unsuru olan Bağlama Kütüğü bakımından ise, II-B-2-d numaralı başlıkta da ifade ettiğimiz üzere; TTK m. 128/2 bağlamında aynî sermaye taahhüdünün kaydı mümkün olabilecektir. Mamâfih bu hâlde, Bağlama Kütüğü’ne yapılacak kayıt, şerh niteliğinde olmayacaktır. Şöyle ki, ne kanunda bu yönde bir atf vardır; ne de BKUY’de şerh verilebileceği hususunda bir düzenleme vardır¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Bkz. ANTALYA (TOPUZ), s. 662-663.

¹⁰⁶ Aynı yönde bkz. ATAMER, (2018), s. 105.

¹⁰⁷ ATAMER, (2018), s. 105.

İmdi, MGS, Yapı Sicili ve TUGS'ye verilebilecek şerh ile Bağlama Kütüğü'ne yapılacak kaydın hukukî etkisi nedir? Bu şerh ve kayıt, acaba gemi sicilini kilitleyip işleme kapatacak mı; yoksa sicile kayıtlı gemi üzerinde tasarrufta bulunabilmek söz konusu olabilecek midir? Bunun gibi MGS, Yapı Sicili ve TUGS'ye verilebilecek şerh ile Bağlama Kütüğü'ne yapılacak kaydın hukukî etkileri bakımından herhangi bir fark söz konusu mudur?

Evvelâ ifade etmek gerekir ki, TTK m. 128/2'de yer alan “*özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırır*” hükmü; MGS, Yapı Sicili, TUGS ve Bağlama Kütüğü için cârîdir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, TTK m. 128/2'de yer alan düzenlemenin amacı, aynı sermaye unsurunu güvence altına almaktır. Nitekim sicile yapılacak kaydın iyiniyeti kaldıracağı hükmü de, bu amacın bir tezahürüdür. Hükümdeki geçen “*iyiniyeti kaldırır*” ifadesinin tefsiri, esasında her bir sicilin kendi mahiyeti dairesinde yapılmalıdır. Bazı siciller, etkin bir koruma sağlarken; bazı siciller bu amaç için şerh veya kayıt düşülmesine dahi uygun değildir¹⁰⁸. Millî Gemi Sicili'ne verilecek şerhin hukukî etkisi, TTK m. 979'da düzenlenmiştir. Buna göre; mülkiyetin iktisabı, lehine şerh verilen kişiye karşı geçersiz olduğu takdirde, şerh sahibi, şerh ile teminat altına alınan istem hakkının gerçekleşmesi için gerekli olan tescile veya silinmeye onay vermesini iktisap edenden isteyebilir. Binâenaleyh aynı sermaye olarak taahhüt edildiği MGS'ye şerh ettirilen geminin, şirket tescil edilinceye kadar bir üçüncü kişiye devri hâlinde; TTK m. 128/6 ve TTK m. 979/1'e göre şirketin, geminin kendi adına tescilini talep edebilmesi söz konusu olacaktır.

Yapı Sicili bakımından ise TTK m. 991/3'de yapılan atfa göre; MGS'ye şerh verilebilecek hâlleri düzenleyen TTK m. 977 hükmünün uygulanacağı yukarıda ifade edilmişti. Bu esastan olmak üzere, şerh verilebilecek hâller hususunda MGS'ye dair esaslara yapılan atfla; verilecek şerhin usul ve esaslarına dair hükümlere de yollama yapıldığını kabul etmek gerekir. Benzer bir mülâhazanın, TUGSY m. 14'de yer alan düzenlemeye istinaden, TUGS bakımından da geçerli olacağı kanaatindeyiz. Netice itibarıyla, Yapı Sicili ve TUGS'ye şerh verilmiş aynı sermaye taahhüdüne istinaden; lehine şerh verilen şirket, TTK m. 128/6 ve m. 979/1'e göre talep hakkını kullanabilecek ve şirket adına tescil gerçekleştirilebilecektir.

Sermaye koyma borcu, bir nisbî hakka vücut verir. Bir başka ifade ile aynı sermaye koyma borcunun ifası, sadece taahhüt borçlusundan istenebilir¹⁰⁹. Bu

¹⁰⁸ Bkz. yukarıda II-B-2 numaralı başlık.

¹⁰⁹ ANTALYA/TOPUZ, *Medeni Hukuk*, s. 200.

bakımdan kural olarak TTK m. 128/2'ye göre aynî sermaye taahhüdünün, tapu siciline yahut kendi özel siciline şerh verilmesi, şerh sahibine nisbî (şahsî) bir hak bahşeder¹¹⁰. Şerhe bağlı nisbî hak, tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz; aynî sermayeyi sonradan iktisap edenlere karşı bir talep hakkı verir¹¹¹. Bu noktada, TTK m. 977/2'de yer alan, “*şerhten sonra gemi ya da ipotek üzerinde yapılacak tasarruflar, şerh ile teminat altına alınan hakkı ihlal ettiği ölçüde geçerli değildir*” ibaresi ele alınmalıdır. Nitekim TTK m. 979/1'de, şerhe rağmen yapılacak tasarruf işlemlerinin, şerh ile teminat altına alınan hakkı ihlâl ettiği ölçüde geçerli olmayacağı ifade edilmiştir. Tasarruf işlemlerini şerh ile kısıtlanması hâlinde de esasında bir devir yasağı söz konusu değildir; tasarruf işlemi, şerh ile teminat altına alınan hakkı ihlâl ettiği ölçüde geçersiz olacaktır. Bir başka ifade ile bu şerh, bir tasarruf takyidi olarak değerlendirilebilir¹¹². Bu esastan olmak üzere, aynî sermaye taahhüdüne dair şerhe rağmen bir tasarruf işlemi gerçekleştirilip; akabinde buna bağlı olarak gemi sicilinde bir tescil yapılması, kanaatimizce yolsuz tescil olarak telakki edilmelidir. Bu bakımdan, gemiyi iktisap edene karşı açılacak dava, sicilin düzeltilmesi talebini içerecektir.

Bağlama Kütüğü hakkında ise yukarıda II-B-2-d numaralı başlıkta, TTK m. 128/2'ye göre aynî sermaye taahhüdünün Bağlama Kütüğü'ne kaydedilmesi gerektiği yönündeki kanaatimizi ifade etmiş; bu bapta ise Kanun'da ve BKUY'de Bağlama Kütüğü'ne şerh verilebileceğine dair bir düzenleme olmadığından bahisle şerh verilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştik. Şimdi bu hâlde, Bağlama Kütüğü'ne yapılacak kayıt şerh değilse; hukukî etkisi ne olacaktır? Bağlama Kütüğü'ne yapılacak kayıt, şerh niteliğinde olmadığından; tabii olarak, şerhe bağlı neticeler ve haklar da gündeme gelmeyecektir. Bir başka ifade ile anonim şirketin, MGS, Yapı Sicili ve TUGS'de aynî sermaye taahhüdü hususunda verilmiş şerhe istinaden talep hakkı söz konusu olabilecek iken; aynı husus ile alâkalı Bağlama Kütüğü'ne yapılacak kayıtlar anonim şirkete böyle bir hak bahşetmeyecektir. Ne var ki

¹¹⁰ Benzer şekilde tapu siciline TTK m. 128/2'e göre verilebilecek şerhin, bir şahsî hakkın şerhi olduğu hususunda bkz. MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 354; ÇONKAR, 424-425.

¹¹¹ ANTALYA/TOPUZ, *Medeni Hukuk*, s. 205.

¹¹² Aynı yönde bkz. AKDAĞ GÜNEY/GÜMÜŞ, s. 20; GÜRBÜZ USLUEL, s. 159.

Taşınmazlar bakımından ise farklı görüşler ileri sürülmüştür. TTK m. 128/2'ye göre verilecek şerhin bir tasarruf kısıtlaması olduğu yönünde bkz. ÖZYİĞİT, s. 102. Bununla birlikte işbu şerhin bir şahsî hakka vücut verdiği hakkında bkz. MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 354-355.

burada, hem TTK m. 128/2-son cümlelerin, hem de Bağlama Kütüğü'ne yapılan kaydın hukuk âleminde mana kazanması; TMK m. 3'de ifadesini bulan iyiniyet kaidesi bağlamında söz konusu olabilecektir. Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemilerin devrini konu alan hukukî işlemlerin başkanlıklar veya noterde düzenlenecek olması, noterde yapılması hâlinde takyidatın yer aldığı ve satışın yapıldığı tarihle aynı tarihli bağlama kaydı örneğinin devralanın incelenmesi için notere sunulacak olması; BKUY m. 14'de düzenlenmiştir. Bu bakımdan, Bağlama Kütüğü'ne aynı sermaye olarak taahhüt edildiği kaydedilmiş bir gemiyi, şirketin tesciline kadar ki süreye içinde bir üçüncü kişinin iyiniyetli olarak devralmasının önü kapanmıştır. Bu esastan olmak üzere TTK m. 128/2'ye göre keyfiyetin Bağlama Kütüğü'ne kaydı, şirketler hukuku bağlamında doğrudan bir talep hakkı vermese de; üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmak için yeterli olacaktır.

Bu babın sonunda şu hususu ifade etmek gerekir: Üçüncü şahıslara karşı, Kanuna istinaden tutulması öngörülmüş ve kısmen dahi olsa aleniyet kesbeden sicil ve kütük kayıtlarının gerçek hâli yansıtmadığını ileri sürmek; dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz¹¹³. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 7'nci maddesindeki düzenlemeye göre; resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur.

B. Gemi Mülkiyetinin Şirkete İntikâli

Mülkiyetin devrini konu alan sözleşme ilişkilerinde, taahhüt işleminin yanı sıra bir de tasarruf işlemi vardır ki; bununla birlikte devredilen hak, devralanın malvarlığına dâhil olur¹¹⁴. Bir başka ifade ile taahhüt işlemi, devir konusu hakkın devralana intikâli için tek başına yeterli değildir. Bu bakımdan gemi sicillerine (MGS, Yapı Sicili, TUGS ve Bağlama Kütüğü) kayıtlı bir gemiye, TTK m. 128/2'ye göre değer biçilmesi ve geminin esas sözleşmeye aynı sermaye olarak derç edilmesi ve yine TTK m. 128/2'ye göre keyfiyetin sicile şerh veya kayıt ettirilmesi de; geminin mülkiyetinin şirkete intikâli bakımından yeterli olmayacaktır. Hâl bu iken anonim şirketlere aynı sermaye getirilmesine dair kanunî ve tatbikî manzume de kural olarak aynı nazarî temele istinat eder; lâkin şirketler hukuku bağlamında, taahhüt konusu aynı sermayenin türüne göre bazı farklılıklar söz konusudur.

Gemiler, Türk Ticaret Kanunu'nun 936'ncı maddesinde yer alan düzenlemeye göre; sicile kayıtlı olsun veya olmasın, tüm gemiler taşınır eşya

¹¹³ ÇAĞA/KENDER, s. 81; KANER, s. 38.

¹¹⁴ Bkz. EREN, s. 173-177.

mahiyetindedir. Türk Medeni Kanunu'nun 763'üncü maddesine göre; taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. Her ne kadar düzenlemede sadece zilyetliğin devrinden bahsedilmişse de; taşınır mülkiyetinin devren iktisabı esas olarak, taahhüt ve tasarruf işlemlerinden müteşekkildir¹¹⁵. Taşınır malların devrine dair bu genel kaide, gemiler için de cârîdir. Bununla birlikte, sicile kayıtlı gemilerin devir şekli, TTK m. 1001'de ayrıca düzenlenmiştir¹¹⁶.

Gemi siciline kayıtlı olan bir geminin devri için, malik ile iktisap edenin, mülkiyetin iktisap edene devri hususunda anlaşmaları ve geminin zilyetliğinin geçirilmesi şarttır (TTK m. 1001/1). Hükmün 2'nci fıkrasında yer alan mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmaya dair şekil şartı bir yana bırakılırsa; sicile kayıtlı gemilerin devrinin de, TMK'de yer alan taşınırın devrine dair genel kaideye paralel şekilde düzenlendiği ifade edilebilir¹¹⁷. Zilyetliğin devralana geçirilmesi, taşınır devrinde olduğu gibi TMK m. 977 ilâ 980'e göre gerçekleşecektir¹¹⁸.

Anonim şirkete aynî sermaye olarak taahhüt edilen bir değer, şirketin malvarlığına ne zaman intikâl edeceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Lâkin bu görüşler, genellikle taşınmazlar üzerinde serdedilmiş; gemilere dair özgül değerlendirmeler pek sınırlı kalmıştır. Bu noktada, gemilerin taşınır mal mahiyetinde olduğu şüphesiz olmakla birlikte; fikrî mülkiyet ya da maden hakları gibi kendi özel sicilleri bulunmasından mütevellit, hususi bir değerlendirme icap eder. Kanaatimizce, TTK m. 128'in taşınırlara dair olduğu tasrih edilmiş 4'üncü fıkrası öncelikle uygulama alanı bulacaktır. Bunun yanı sıra, gemilerin kendi özel sicilleri olan taşınırlar olması hasebiyle, tapu sicili esas alınarak ihdas edilen taşınmazlara dair hükümler de, özellikle sicil ile alâkalı hususlar bakımından uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 128'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, paradan başka bir iktisadî değer veya bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması hâlinde anonim şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir. Hükmün lafzı, taşınır mal olan gemilerin mülkiyetinin ne zaman şirkete intikâl edeceği

¹¹⁵ AYAN, s. 566.

¹¹⁶ Gemi mülkiyetinin devri bakımından TTK'de öngörülen esaslar, TTK m. 1011'e göre Yapı Sicili'ne ve TUGSK m. 6 ve TUGSY m. 14'e göre TUGS'ye kayıtlı gemiler bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

¹¹⁷ SÖZER, s. 118.

¹¹⁸ SÖZER, s. 118-119; YAZICIOĞLU, s. 157.

hususunu açıklığa kavuşturmaktadır. Anonim şirket, tüzel kişilik kazandığı anda, gemi üzerinde malik sıfatını kazanacaktır¹¹⁹. Aynî sermaye olarak taahhüt edilen taşınırların, anonim şirket tüzel kişilik kazandığı anda şirkete intikâl edeceğine dair TTK m. 128/4 hükmü, esasında gemi mülkiyetinin devrine ilişkin kaidelerle birebir uyumludur. Her ne kadar gemiler bakımından bir özel sicil ihdas edilmişse de bu özel sicile kaydın mülkiyetin intikâli bakımından bir fonksiyonu yoktur. Bir başka ifade ile gemi siciline tescil, mülkiyet hakkı bakımından izharî (açıklayıcı) mahiyettedir¹²⁰. Kural olarak zilyetliğin devri ile mülkiyetin intikâli tamam olmaktadır.

Aynî sermaye olarak taahhüt edilen sicile kayıtlı gemilerin mülkiyetinin, anonim şirkete intikâl etmesi için; TTK m. 1001/1’de ifadesini bulan tasarruf işlemi mahiyetindeki zilyetliğin de şirkete geçirilmesi gerekecektir¹²¹. Bu noktada şirketin tescili ile geminin mülkiyetinin şirkete intikâl edeceğine dair görüş; zilyetliğin devri bağlamında TMK m. 979/1’deki hükmen teslim esasları ile uygundur. Türk Medeni Kanunu’nun 979’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; zilyetliği devreden, özel bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyet olmaya devam ederse zilyetlik, teslim gerçekleşmeksizin kazanılmış olur. Hükmen teslim esasına göre, devredenın doğrudan zilyetliği özel bir hukukî ilişkiye dayanmaktadır ve bu özel hukukî ilişki nedeniyle devralan, taşınırın zilyetliğini teslim yolu ile kazanamamaktadır. Bu esasın uygulama alanı bulabilmesi için ise hükmen teslim sözleşmesi gerekir; bu sözleşme, zilyetliğin teslimsiz devrine imkân veren bir zilyetlik sözleşmesidir¹²². Şirket esas sözleşmesi bu bağlamda hükmen teslim sözleşmesi olarak telakki edilebilir ve şirketin tescili ile birlikte geminin zilyetliğinin de şirkete intikâl ettiği kabul edilebilir.

Gemi mülkiyetinin devrinde gemi sicilinin sadece izharî bir fonksiyonu olmasına rağmen; TTK m. 974/1’de “*gemi sicilinde malik olarak kayıtlı bulunan kişi, geminin maliki sayılır*” lafzı ile ifadesini bulan sicil karinesini, sermaye taahhüdü bahsinde ayrıca ele almak gerekir. Anonim şirketin tüzel

¹¹⁹ KARAMAN COŞGUN, s. 339; YAZICIOĞLU, s. 158; ÇONKAR, s. 502. Kendi özel sicilleri bulunan aynî değerler bakımından da işbu esasın câri olduğu hakkında bkz. DEMİREL, s. 127; SEVİ, s. 279; AKDAĞ GÜNEY/GÜMÜŞ, s. 19.

¹²⁰ YAZICIOĞLU, s. 157; SÖZER, s. 121. Alman hukuku bakımından, gemi mülkiyetinin sicil dışında intikâl edeceği; fakat uygulamada üçüncü kişilerin iyiniyetli iktisaplarının engellenmesi bakımından resmî bir belge tertip ettikleri hakkında bkz. HERBER, s. 117.

¹²¹ ÇONKAR, s. 502.

¹²² ANTALYA (TOPUZ), s. 271.

kişilik kazanmasından, geminin şirket adına tesciline kadar geçen süre zarfında; geminin mülkiyetine dair maddî durumun sicildeki şekli kayıt ile örtüşmeyeceği açıktır. Anonim şirketin aynı sermaye olarak taahhüt edilen sicile kayıtlı gemi üzerindeki tasarruf yetkisi bakımından, sicil karinelerinin düzenlendiği TTK m. 974 ve sicile güven ilkesinin düzenlendiği TTK m. 983 hükümleri birlikte değerlendirilmelidir. Bu düzenlemeler karşısında, zilyetliğin bir hak karinesi olarak kabulü, sicile kayıtlı gemiler bakımından mümkün değildir¹²³. Bu bakımdan sicile kayıtlı gemi üzerinde tasarruf yetkisinin kullanılabilmesi; geminin anonim şirket adına sicile tesciline bağlıdır¹²⁴. Gemi sicil düzenine ve gemi mülkiyetinin devrine dair hükümler ele alındığında; şirketin taşınmazlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescilin gerekli olduğu yönündeki TTK m. 128/5 hükmünün sicile kayıtlı gemiler ve gemi sicilleri bakımından uygulama alanı bulacağını ifade etmek gerekir¹²⁵.

Millî Gemi Sicili, Yapı Sicili ve TUGS'ye kayıtlı gemilere dair yukarıdaki izahattan başka, Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemilerin mülkiyetinin intikâlini ayrıca ele almak gerekir. Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devri, BKUY m. 14'de düzenlenmiştir¹²⁶. Buna göre Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin devrini gerektiren hukukî işlemlere yönelik belgelerin, başkanlıklar (liman veya belediye) huzurunda veya noterde düzenlenmesi zorunludur. Düzenlemenin lafzından, taahhüt işleminin şekil şartına tâbi olduğu anlaşılacakla birlikte; tasarruf işlemi ve akabinde mülkiyetin devri için kütüğe kaydın gerekli olup olmadığı hususu açık değildir¹²⁷. Kanaatimiz odur ki Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemilerin mülkiyetinin anonim şirkete intikâli bakımından; MGS, Yapı Sicili ve TUGS'ye tescilli gemiler ile aynı esaslar uygulama alanı bulacaktır. Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devrine dair öğretilerdeki tartışmalar; TTK m. 128/4 ve TTK m.128/5'deki esaslar zaviyesinden ele alındığında, meselenin sarâhate kavuşturulması daha kolaydır. Bu bakımdan, esas sözleşme resmî

¹²³ YAZICIOĞLU, s. 160.

¹²⁴ KARAMAN COŞGUN, s. 339; YAZICIOĞLU, s. 158.

¹²⁵ Kendi özel sicilleri bulunan fikrî mülkiyet hakları bakımından bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZ-DAMAR, s. 179.

¹²⁶ Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemilerin Türk Medeni Kanunu'ndaki taşınır devri hükümlerine tâbi olduğuna dair Yargıtay kararı ve görüş için yukarıdaki 99 numaralı dipnota bakınız.

¹²⁷ Tafsilatlı değerlendirme için bkz. SEVİNÇ KUYUCU, s. 870-878. Mülkiyetin intikâli bakımından Bağlama Kütüğü'ne kaydın izharî (açıklayıcı) mahiyette olduğu hakkında bkz. YAZICIOĞLU, s. 146-147. Karşı görüş için bkz. ALGANTÜRK LIGHT, s. 58.

şekil yerine geçecek ve şirketin tescili ile geminin mülkiyeti anonim şirkete geçecektir (TTK m. 128/4). Mamâfih, anonim şirketin gemi üzerinde tasarruf yetkisini kullanabilmesi için ise, TTK m. 128/5'e göre Bağlama Kütüğü'ne malik olarak kaydı şarttır.

SONUÇ

Sicile kayıtlı (müseccel) gemilerin anonim şirketlere aynî sermaye olarak getirilmesinin incelendiği işbu makalede; aşağıdaki tespitler yapılmış ve neticelere varılmıştır:

1. Türk Ticaret Kanunu'nun 128'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, kendi özel sicilleri bulunan değerlerin (fıkrî mülkiyet hakları, maden hakları, sivil hava araçları gibi), anonim şirketlere aynî sermaye olarak kabul olunabilmesi için; keyfiyetin kendi özel sicillerine kaydedilmesi şarttır. Bu kaide, şüphesiz ki sicile kayıtlı gemiler için de cârîdir.

2. Bu noktada, gemilerin kaydedildiği sicil ve kütüklerin, sicil mahiyeti ve TTK m. 128/2 bağlamında “*özel sicil*” mahiyetinde olup olmadığı üzerinde durulması gerekmiştir. Türk deniz hukukunda, dört kayıt düzeninden müteşekkil bir manzume söz konusudur. Bu kayıt düzenleri; Millî Gemi Sicili, Yapı Sicili, Türk Uluslararası Gemi Sicili ve Bağlama Kütüğü'dür. Öğretide ekseriyet, Bağlama Kütüğü'nün bir sicil olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Lâkin kanaatimiz odur ki; sicil ve kütük lafızları aynı manadadır ve kanun koyucu bir sicile dair aleniyet, güven prensibi gibi hususları farklı şekillerde düzenleyebilir. Bu bakımdan Bağlama Kütüğü de Türk gemi sicil düzeninin bir parçasıdır. TTK m. 128/2 bağlamında ise bu dört sicilin de, özel sicillerden sayılacağını ifade etmek gerekir. MGS, Yapı Sicili, TUGS ve Bağlama Kütüğü de; mülkiyet ve mülkiyet takyitlerinin şerhine/kaydına müsaittir ve tam yahut kısmî bir aleniyet sağlarlar.

3. TTK m. 128/2'ye göre aynî sermaye taahhüdü, ilgili sicile kaydedilmek suretiyle teminat altına alınacaktır. Bununla birlikte evvelâ, aynî sermayeye TTK m. 343'e göre değer biçilmesi gerekir. Değerleme raporunu hazırlayacak bilirkişiler, anonim şirketin merkezinin bulunacağı yer mahkemesi tarafından tayin edilecektir. Özellikle taşınmazlara değer biçilmesi bakımından bu düzenleme, öğretide eleştiri konusu yapılmıştır. Şirket merkezinin, bağlama limanında yahut sicil çevresi içinde bulunmaması dikkate alınır; sicile kayıtlı gemiler için de tatbikatta bazı sorunlar söz konusu olabilecektir. Kezâ sermaye olarak konulan geminin seferde olma ihtimali de; denizcilik

hayatının tabiatından kaynaklanan bir vakıa olarak, gemiye değer biçilmesini geciktirebilir.

4. Esas sözleşmeye, geminin bilirkişilerce tespit ve mahkemece tasdik edilmiş değerinin yanı sıra; gemiye dair ayırt edici hususların da derç edilmesi gerekir. Geminin adının ve sicil numarasının esas sözleşmeye yazılması yeterlidir. Bununla birlikte duraksamaya yer vermemek ve muhtemel ihtilafların önüne geçmek adına; geminin boyutları (boy/en/derinlik) ve hacmi (gros ve net ton) gibi bazı bilgilerin de esas sözleşmede yer alması mümkündür. Nitekim aynı sermayenin değerlendirme raporunda bu gibi hususlar da tafsilatlı olarak kayıtlı bulunacaktır.

5. TTK m. 128/2’de öngörülen şerh/kayıt usulü; gemi siciline şerh verilebilecek hâllerin düzenlendiği TTK m. 977/1 ile uyum içindedir. TTK m. 977/1’e göre, gelecekte doğacak ya da şarta bağlı bir talep hakkı, gemi siciline şerh verilebilecektir. Bağlama Kütüğü bakımından ise şerh usulü, kanunda veya BKUY’de düzenlenmiş değildir; lâkin emredici hüküm mahiyetindeki TTK m. 128/2 uygulanacak ve Bağlama Kütüğü’ne kayıtlı bir geminin anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi hâlinde keyfiyet kütüğe kaydedilecektir. Bu esastan olmak üzere işbu kaydın, TTK m. 128/2’ye göre iyiniyeti kaldıracağı da açık olmakla birlikte; Bağlama Kütüğü hakkında TTK m. 977/1 gibi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak TTK m. 128/2-son cümle ve BKUY m. 14’de düzenlenen devir usulü bakımından, aynı sermaye taahhüdünün Bağlama Kütüğü’ne kaydı, şirketler hukuku bağlamında doğrudan bir talep hakkı vermese de; üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmak için yeterli olacaktır. Bununla birlikte gerçekleştirilecek kanunî düzenlemelerle; Bağlama Kütüğü’ne yapılacak kayıtların da şerh kuvvetinde olması sağlanarak bu kayıtlara hukukî işlevsellik kazandırılabilir.

5. Aynı sermaye olarak taahhüt edilen ve taşınır mahiyetinde olduğu sabit olan (TTK m. 936/1) geminin mülkiyetinin şirkete intikâli bakımından, TTK m. 128/4 câri olacaktır. Hükme göre; bir taşınırın sermaye olarak borçlanılması hâlinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir. Anonim şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte; MGS, Yapı Sicili, TUGS ve Bağlama Kütüğü’ne kayıtlı gemiler, şirket tarafından tescilsiz şekilde iktisap edilmiş olacaktır. Mâmafih anonim şirket, gemi üzerindeki tasarruf yetkisini, gemi sicilinde kendi adına yapılacak tescil veya kayıt ile kazanacaktır.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, Necla/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Taşınırların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi”, **Regesta Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 3 S. 3 (2013), s. 3-30.
- AKINCI, Sami: “Gemi Mülkiyeti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 23 S. 3-4 1958), s. 291-368.
- AKSOY, E. Sami: Türk Hukukunda Yeni Bir Düzenleme: Bağlama Kütüğü”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, I. Cilt, Ankara 2010, s. 63-139.
- ALGANTÜRK LIGHT, Didem: “Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği Hakkında Değerlendirmeler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 8, S. 16 (2009), s. 49-64.
- ANSAY, Tuğrul, **Anonim Şirketler Hukuku**, Beşinci Baskı, Ankara 1975.
- ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat: **Eşya Hukuku**, Cilt IV/1, 3. Baskı, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. Gökhan (Editör)/TOPUZ, Murat: **Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk (Giriş, Kavramlar, Başlangıç Hükümleri)**, 3. Bası, Ankara 2019 (*Medeni Hukuk*).
- ARSLANLI, Halil: **Anonim Şirketler I**, 2 nci Bası, İstanbul 1959.
- ASLAN, Mehmet: **Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Olarak Getirilmesi**, Ankara 2016.
- ATAMER, Kerim: “Bağlama Kütüğü: Yasama Amacı, Uygulama Alanı ve Özel Hukuk Kurallarına Etkisi”, **BATİDER**, C. 25 S. 4 (2009), 297-368.
- ATAMER, Kerim: **Deniz Ticareti Hukuku II – Gemilerin Eşya Hukuku**, İstanbul 2018.
- AYAN, Mehmet: **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, 9. Baskı, Ankara 2016.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2019.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin: **Ticari İşletme Hukuku**, 10. Bası, Ankara 2017.
- BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, 12. Bası, İstanbul 2017.
- BİÇER, Levent: **Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye**, İstanbul 2010.
- CAN, Mertol: **Deniz Ticareti Hukuku Cilt I**, İkinci Baskı, Ankara 2003.

- ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegân: **Deniz Ticareti Hukuku I**, 14. Bası, İstanbul 2005.
- ÇAĞLAR, Hayrettin, “Anonim Şirketlerde Ayni Sermayeye Değer Biçilmesi”, **BATİDER**, C. 26 S. 2 (2010), s. 35-53.
- ÇONKAR, M. Halil: **Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye**, İstanbul 2016.
- DEMİR, İsmail: “Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler”, **AÜHFD**, C. 64 S. 1(2015), s. 103-169.
- DEMİREL, Duygu: **Ticaret Sicili**, Ankara 2016.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2012.
- GÖZÜYEŞİL, Fevzi Fırat: **Sermaye Piyasası Hukukunda İzahnameden Doğan Sorumluluk**, 2. Baskı, Ankara 2020.
- GÜRBÜZ USLUEL, Aslı: “Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Ayni Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları”, **İÜHFM**, C. 71 S. 2, (2013), s. 145-164.
- HABERSACK, Mathias/GOETTE, Wulf/KALSS, Susanne: **Münchener Kommentar “zum Aktiengesetz: AktG, Band 1**, 5. Auflage 2019.
- HERBER, Rolf: **Seehandelsrecht Systematische Darstellung**, 2. neu bearbeitete Auflage, 2016.
- HİRŞ, Ernst: **Ticaret Hukuku Dersleri**, Üçüncü Bası, İstanbul 1948.
- HÜFFER, Uwe/KOCH, Jens: Aktiengesetz: **AktG Kommentar**, 14. Auflage 2020.
- İMREGÜN, Oğuz: **Anonim Ortaklıklar**, 4. Bası, İstanbul 1989.
- KALPSÜZ, Turgut: **Deniz Ticareti Hukuku Birinci Cild**, Ankara 1971.
- KARAMAN COŞGUN, Özlem: “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı Ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18 S. 2 (2012), s. 333-348.
- KANER, İnci Deniz: **Deniz Ticareti Hukuku I-II**, İstanbul 2019.
- KAYA, Mustafa İsmail: **Şartlı Sermaye Artırımı**, Ankara 2009.
- KENDİGELEN, Abuzer: **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul 2011.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar:

Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara 2013.

KÖKTÜRK, Erol/KÖKTÜRK, Erdal: **Taşınmaz Değerlemesi**, 4. Baskı, Ankara 2019.

KURT, Hayrettin: “Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2 (2014), s. 269-290.

MEYER, Manuel: **Die Sacheinlage im Aktienrecht**, 1. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015.

ÖZDAMAR, Mehmet: “6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar”, **TFM** 2015/1, s. 143-156.

ÖZYİĞİT, Mehmet Hulusi: **Türk Hukukunda Yolsuz Tescil**, Ankara 2019.

PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt I-II, Ankara 2011.

SEVİ, Ali Murat: **Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasası**, Ankara 2013.

SEVİNÇ-KUYUCU, Aslıhan: “Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemilerin Mülkiyetinin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kazanılmasına İlişkin Esaslar”, **MHB**, Y. 37 S. 2, (2017), s. 859-884.

SÖZER, Bülent: **Deniz Ticaret Hukuku – I**, 5. Bası, İstanbul 2019.

TEKİL, Fahiman: **Deniz Ticareti Hukuku**, İkinci Baskı, İstanbul 1977.

TEKİNALP, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 2013.

YAZICIOĞLU, Emine: **Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku**, On Beşinci Baskı, İstanbul 2019.

Sözlükler:

Arapça-Türkçe Sözlük (Haz. Tacettin Uzun/Yusuf Sami Samancı/Mücahit Küçüksarı), 2. Baskı, İstanbul 2016.

Hukuk Sözlüğü (Haz. Ejder YILMAZ), 4. Baskı, Ankara 2006

Türkçe Sözlük (Haz. Şükrü Haluk AKALIN ve başk.), 11. Baskı, Ankara 2011.

Veritabanı:

Kazancı - İhtihat Bilgi Bankası

YAPAY ZEKA ÜRÜNLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE FİKRİ ESER KAVRAMI

Büşra KAYNAK BALTA*

ÖZ

21. yüzyıl itibarıyla şüphesiz teknolojinin gelişmesine ve teknolojik imkan ve araştırmaların artış göstermesine bağlı olarak, adından çokça söz ettiren yapay zeka, insan hayatındaki anlam ve önemini her geçen gün biraz daha tutarlı ve kararlı bir biçimde ortaya koymaktadır. Gündelik hayatta temizlik amacıyla kullanılan robotlar kadar, sağlık sektörünün adeta vazgeçilmezi haline gelen tıbbi klinik uygulamalar şeklinde de belirebilen yapay zeka, insan hayatının bir parçası haline gelmiş, insan yaşam tarzıyla adeta bütünleşmiştir. Öyle ki, insan zekası modelleştirilerek geliştirilen yapay zekanın, ayrıca insan benzeri yeteneklerle çeşitli ürünleri de resim çizmek, şarkı söylemek, dans etmek, bestelemek suretiyle üretebiliyor olması, özellikle fikri mülkiyet hukuku bağlamında bu ürünlerin niteliğine yönelik tartışmalara sebebiyet vermektedir. Bu ürünlerin fikri mülkiyet hukuku kapsamında eser olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ancak eser kavramının tespiti ile mümkündür. Zira fikri mülkiyet hukukunun odak noktasını eser kavramı ve unsurları teşkil etmektedir. Bu çalışmanın amacı öncelikle çeşitli yönleriyle yapay zekayı tanımlamak, yapay zeka ürünlerini örneklendirdikten sonra bu ürünlerin hukuki niteliğini değerlendirebilmek adına eser kavramını incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Yapay zeka, yapay zeka ürünleri, fikri mülkiyet, fikri eser, fikri eser unsurları.

THE LEGAL CHARACTER OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE'S PRODUCTS AND THE INTELLECTUAL WORK CONCEPT

ABSTRACT

As of the 21st century, depending on the increasingly development of technology and technological potential and investigations, artificial intelligence makes an indelible impression and presents consistent and distinctly day by day its meaning and importance in human life. Artificial intelligence became a part of human life and integrates with human lifestyle; it can appear in daily life as well as robots used for cleaning purposes and in form of medical clinical applications that have become indispensable for the health sector. In fact artificial intelligence is devised

* Lawyer; kaynakbusra92@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-3232-2659.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775498

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 06/05/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/06/2020

by taking the human intelligence as an example. But its anthropomorphic abilities for generating various products like drawing a picture, singing a song, dancing and composing, is causing discussions about the legibility of these products especially in intellectual property law. The issue if these products can be evaluated as a work within the intellectual property law, is only possible by the determination of the work concept. Because the focal point of the intellectual property law is presented by the work and its factors. Purpose of this study is primarily to identify the artificial intelligence with its various aspects, and after exemplifying the artificial intelligence's products, to analyze the work concept for evaluating the legal character of these.

Key Words: *Artificial intelligence, artificial intelligence products, intellectual property, intellectual work, intellectual work factors.*

Giriş

İnsanın başlarda kendine yardımcı olması ve günlük hayatta sahip olduğu iş yükünü hafifletmesi amacıyla geliştirmeye başladığı yapay zekanın son tahlilde bu amaçtan çok daha ileri bir seviyeye ulaştığı ve farklı bir boyut kazandığı ortadadır. Zira yapay zeka artık sadece çeşitli bilim kurgu romanlarının ya da 'Westworld', 'Her' vb. gibi sinema ve televizyon yapımlarının konusu olmaktan çoktan uzaklaşmış, insan yaşamıyla her alanda ve her anlamda oldukça iç içe geçmiştir. Akıllı telefonlar ve akıllı televizyonlar toplumun neredeyse her kesiminin ve ferdinin sahip oldukları yapay zeka uygulamalarının en yaygın örneklerini teşkil etmektedir. Öte yandan şüphesiz teknolojik bilgi ve donanımların, bu alanda gerçekleştirilen çalışmaların da etkisiyle geliştirilmesi sonucu, yapay zekanın yepyeni vizyonlar da kazandığını ve böylelikle farklı amaçlar belirlediğini söylemek mümkündür. Önceleri ekseriyetle salt matematiksel hesapların çözümünde kullanılan yapay zeka, 21. yüzyıl bakımından bilimsel anlamda önemli bir mesafe kat ederek, nihayetinde insanlarla, yine insan benzeri yöntemlerle iletişim kurup etkileşime geçebilir, insan yaşam tarzını deneyimleyerek çıkarımlarda bulunup belirli olguları öğrenebilir ve öğrendiklerinden yola çıkarak kendi kendini eğitebilir yeteneklere erişmiştir. Dolayısıyla yapay zeka insan hayatı bağlamında, faaliyet ve etki alanı günden güne genişleyen bir gerçeklik sergilemektedir. Sağlık, eğitim, savunma ve temizlik gibi sektörlerin yanı sıra, otonom özellikleri sayesinde yapay zekanın sanatsal anlamda da etkin olduğu ve adeta insan üretimini andıran çeşitli eserleri meydana getirebildiği bilinmektedir. Spontane bir şekilde ritme ayak uydurarak dans figürleri sergileyebilen, tematik film müziklerini adeta donanımlı bir

müzisyen edasıyla besteleyebilen ve ünlü ressamların tekniklerini öğrendikten sonra bu tekniklerle yeni resimler çizebilen yapay zeka örneklerinin sayısı küçümsenemeyecek kadar çoğalmıştır.

İnsan hayatında bu denli etkili olan bir olguya başta hukuk olmak üzere diğer bilim dallarının da ilgisiz kalması düşünülemez. Güncel anlamda yapay zeka tarafından üretilen eserlerin hukuki niteliklerinin ne olduğu tartışması, doktrinsel görüşlerin yeniden değerlendirilmesini ve kanun boşluklarının tespitine yönelik çalışmaları tetiklemiştir. Bilindiği üzere herhangi bir ürünün hukuken korunabilmesi, onun fikri eser olarak kabul edilmesine bağlıdır. Bir fikri eserin ise, bu anlamda taşınması gereken belirli unsurlar söz konusudur. Bu çalışma genel hatlarıyla yapay zeka ürünlerinde, doktrin ve literatürün benimsediği eser unsurlarının mevcut olup olmadığını, böylelikle ürünlerin fikri mülkiyet hukuku kapsamında bir eser olup olamayacağını irdelemektedir.

I. Yapay Zeka

A. Tanım

*“Üç büyük olay söz konusudur tarihte. Bunlardan ilki, evrenin yaratılışıdır. İkincisi, hayatın vuku bulmasıdır. Bunlarla eşit öneme sahip olan üçüncü şey ise yapay zekanın ortaya çıkmasıdır”*¹. Son zamanların merak konusu olduğu kadar, donanım ve kapasitesinin tahmin edilemez ve öngürülemez oluşundan kaynaklı beliren bilinmezlik sebebiyle de kimi kesimlerce tedirginlikle yaklaşılan kavramların başında gelmektedir yapay zeka. Tarihçesi açısından ilk defa 1956 yılında Amerikalı bilgisayar bilimcisi John McCarthy tarafından ileri sürülmüş ve literatüre geçmiştir². McCarthy yapay zekayı tanımlarken, zeki olarak kabul edilen insan davranışlarının makinelerle de öğretilmesi ve yaptırılması ifadelerini kullanmaktadır³. Diğer bir yaklaşımda ise yapay zeka, makinelerle çevrelerinde cereyan eden hadiseleri algılayabilme niteliğini, diğer bir söylemde zekayı kazandırma çabasıdır⁴. Ortaya konan ve rağbet gören bir diğer tanım da, yapay zekanın, insan zekası model alınmak suretiyle geliştirilen, bilgisayar ve makinelerle insan gibi akıl yürütme, anlam çıkarma, genelleme yapma ve deneyimlerden öğrenme yetilerini kazandırmaya yarayan bir teknik olduğu yönündedir⁵.

¹ FRANCHİ/ GÜZELDERE, s. 1.

² ZORLUEL, s. 308.

³ NİLSSON, s. 81.

⁴ NİLSSON, s. 13.

⁵ YILMAZ, s. 1.

Ancak yapay zekanın, literatür kapsamında genel kabul gören bir tanıma sahip olmadığı ortadadır. Belirtilmelidir ki mevcut tüm tanımların birleştiği üç husus söz konusudur; insan eliyle var edilen yapay zekanın, insana özgü olan idrak, algılama, öğrenme ve eyleme dökme meziyetleriyle kuşatılarak, insanla arasında olan farkları ortadan kaldırmak⁶. Bu nedenle yapay zeka, insanın kendi iradesiyle kendisinden daha üstün bir zekaya sahip varlığı meydana getirme uğraşı olarak da kabul edilebilir. Türk Dil Kurumu Sözlüğü zekayı, “*İnsanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkartma yeteneklerinin tamamı, anlayış, dirayet, zeyreklik ve feraset*”⁷. olarak belirtmektedir. Dolayısıyla Arapça kökenli olan bu kavram, bir hadiseyi veya olay örgüsünü, sebep sonuç ilişkisini anlayarak onu ifade etme yetisi, düşünme kabiliyeti ve değerlendirip karar verme, eyleme geçme mekanizmasıdır⁸. Yapay zekanın bahsi geçen meziyetlere çoktan eriştiği ise aşıkardır.

Hareket kabiliyeti sergileyebilmesi adına yapay zekanın çoğunlukla yapay özne olarak kabul edilen robotik⁹ bir cisme bürünmesinin öncülendiği söylenebilir. Fakat yapay zeka tasarılarında bu bir zorunluluk değildir. Zira akıllı cep telefonlarında veya bilgisayarlarda kullanılan yapay zeka yazılımları, bu anlamda fiziki varlık göstermemektedir. Ancak yapay zekanın çıkış noktasını gözler önüne sermek adına robot kelimesinin tarihini irdelemek faydalı olacaktır. 1921 senesinde Çek kökenli yazar Karel Capek’in kaleme almış olduğu “*Rosumovi Umeli Roboti*” (*Rosum’un Evrensel Robotları*) isimli tiyatro oyunu sayesinde robot kavramı literatüre kazandırılmıştır¹⁰. Robot kelimesi Çek dilinde *zorunlu iş gücü*, *ağır iş* anlamına gelirken, robotnik kavramı da *köylü* anlamı taşımaktadır¹¹. Capek, yazmış olduğu tiyatro oyununda robotları metal yapılardan çok sentetik insanlar şeklinde tasvir etmektedir. Gerçek insan izlenimi uyandırsalar da, bu robotların duyguları, hayalleri ve ruhları yoktur. Herşeyi belleklerinde kayıtlı tutabilmelerine rağmen yeni hiçbir şey düşünemezler ve üretmezler. Ancak oyunun başında ucuz iş gücü ve ordu görevlisi olarak tasarlanan bu robotlar, zamanla yükselişe geçer ve insanlığı devirir¹².

⁶ ALAİN/ KNİGHT, s. 3.

⁷ TDK, <https://sozluk.gov.tr/> (erişim: 27.04.2020).

⁸ YILMAZ, s. 1.

⁹ ERSOY, s. 5.

¹⁰ ERSOY, s. 5.

¹¹ NİLSSON, s. 23.

¹² http://www.currybet.net/cbet_blog/2011/07/rebooting-rossums-universal-robots.php

B. Biyolojik Zeka İle Mukayese ve Yapay Zeka Çeşitleri

Zeka kavramı anlamsal olarak akıl kavramından ayrılmaktadır. Zira biyolojik zeka genetik aktarımla elde edilip çeşitlilik sergileyebilirken akıl, çevresel faktörlerden ve psikolojik etkiler bırakan hayat olaylarına bağlı olarak hiçbir zaman stabil durumda değildir¹³. Ağır travmatik olaylar sonucu akıl sağlığının yitirilmesi buna bir örnektir. Ancak biyolojik zeka, insan karakterinin sahip olduğu belirli kabiliyetlere bağlı olarak çeşitlenmektedir. Örneğin görme, işitme ve dokunma duyularıyla olduğu kadar sezgilerle de düşünmek ve bir yargıya varmak mümkündür. Kabul gören bir tarife göre toplamda sekiz zeka türünden bahsedilmektedir¹⁴; bunlar *matematisel zeka, pratik zeka, edebi ve linguistik zeka, şekilci zeka, müzik zekası, duygusal zeka, fiziksel zeka ve evrensel zekadır*. Her insanda farklı bir zeka türü ve buna bağlı olarak da düşünme tarzı söz konusur.

Yapay zeka yerine 'yaratılmış' zeka kavramının daha doğru olacağını vurgulayan bir görüş olsa da, biyolojik zeka karşısı olarak şu an için yapay zeka betimlemesi daha yaygın kullanılmaktadır¹⁵. Gerek biyolojik zekanın gerekse de yapay zekanın birbirlerinden farklılık gösterdiği birçok nokta mevcuttur. Anılan bu farklar, bazen birinin diğerine kıyasla daha üstün olabileceğinin de bir kanıtı niteliğindedir. Örneğin zekanın sürekliliği açısından değerlendirildiğinde biyolojik zekanın çevre faktörlerinden olumlu veya olumsuz yönde etkilenmesi mümkünken, yapay zeka için böyle bir durum söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle yapay zekanın edindiği bilgi kalıcıdır. Ayrıca bu bilginin paylaşılması, bir yapay zekadan diğerine aktarılması, biyolojik zekanın bilgi aktarım süresine kıyasla çok daha kısa ve zaman tasarrufuna elverişli olarak saniyeler içerisinde gerçekleşmektedir¹⁶.

Biyolojik zeka sahip olduğu bilgiyi zamanla unutma yoluyla yitirme eğilimindedir. Fakat yapay zekada depolanan bilgiler kalıcıdır; yalnızca dışarıdan bir müdahaleyle silinebilirler¹⁷. Dolayısıyla bilginin netliği açısından yapay zeka, kendisine aktarılan veriyi de aynen ve eksiksiz tekrar sunma özelliği göstermektedir. Diğer yandan insan zekasının en

(erişim: 13.10.2019).

¹³ YILMAZ, s. 1.

¹⁴ PİRİM, s. 83.

¹⁵ ERSOY, s. 28.

¹⁶ KURZWEİL, s. 127.

¹⁷ YILMAZ, s. 7.

belirgin özelliklerinden biri de, maruz kalınan duygusal ve kişisel hadiseler nedeniyle karar verme mekanizmasının etkilenmesi ve böylelikle tepkilerde tutarsızlıkların ortaya çıkmasıdır. Ancak yapay zekanın tepkileri her koşulda tutarlılık sergilemektedir zira herhangi bir duygusal etkilenme mümkün değildir¹⁸.

Doğal zekaya kıyasla yapay zekanın belli hususlarda daha etkin olabileceği düşünülse de, yapay zekanın da kendi içerisinde *güçlü yapay zeka* ve *zayıf yapay zeka* olmak üzere ikili bir ayrıma tabi olduğu ifade edilmelidir. Bu ayrım otomatik ve otonom özelliklere göre tayin edilmektedir. Otomasyon ve otonomi arasındaki en belirgin fark ise kendini '*suurlu eylemlerde*', diğer bir söylemde de davranışların bağımsızlığında göstermektedir¹⁹. Buna göre otomatik yapay zeka eylemleri, yapay zekanın aktive edilmesinin ardından kendisinden beklenen zeki hareketlerle sınırlıyken, otonom bir yapay zeka ise, müdahalesiz çalışabilir (*otonomi*), bağımsız eylem ve tercihlerde bulunabilir (*irade*), kendi hedeflerini belirleyebilir (*niyet*) ve deneyimlerinden çıkarımlar yaparak tecrübelenir (*öğrenme*)²⁰.

C. Yapay Zekanın Üzerine Temellendiği Teori Bilim Dalları

Yapay zeka her ne kadar doğrudan teknolojiyi çağırırsa da, alt yapısını çok daha farklı bilim dallarının meydana getirdiğini belirtmek gerekmektedir. Zira yapay zekanın amacını oluşturan düşler, insanlık tarihinin neredeyse her evresinde kurulmuştur denebilir. Ünlü filozoflardan edebiyatçılara kadar geçmişte birçok insan yapay zekanın günümüzdeki adını bilmeden işlevini hayal etmiştir. İnsan, bazen zamandan tasarruf etmek maksadıyla bazen de bir üstünlük simgesi olarak uygulamakla mükellef olduğu yükümlülükleri bir başkasına devretme içgüdüsünü sürekli beslemiştir. Tarihte şüphesiz kölelik müessesesi bunun en bariz örneğidir. Felsefe biliminin atası hükmünde olan Aristo kölenin tanımını yaparken, "*işleri yalnızca bedenlerini kullanmak olan ve kendilerinden daha iyi bir şey de umulmayan kişiler*" olarak tasvir etmektedir²¹. Bu tanımla açıkça köleliği onaylamasına rağmen, *Politika* isimli eserinde yer verdiği şu cümlelerle Aristo'nun, hiç ihtimal vermediği için köleliği meşru kabul ettiği otomasyonu düşlediği gayet açıktır, "... çünkü, her aracımız, daidalos'un yaptığı heykeller ya da ozanın 'kendiliklerinden

¹⁸ YILMAZ, s. 7.

¹⁹ SINGER, s. 16.

²⁰ SINGER, s. 16.

²¹ KIRAN, s. 812.

*tanruların toplantısına giderler 'dediği Hepahistos'un tekerlekli sehpalari gibi, biz söyleyince ya da gerektiğini kendisi görerek işlerini yerine getirebilseydi – diyelim, dokuma tezgahının mekiği kendiliğinden gidip gelse, lirin mızrabı kendiliğinden çalsaydı, o zaman ne yapımcıların işçiye gereksinimi olurdu, ne de efendilerin köleye”²². Felsefe biliminin toprağından filizlenen bu yapay zeka tohumu, tarihte belki de ilk örnek olarak kabul edilebilir. Bir diğer feslefe bilimcisi olan Thomas Hobbes da, *Leviathan* isimli eserinde, insanın doğayı taklit ederek yapay bir canlı yaratmasından bahsetmektedir. “Tanrının dünyayı onunla yaratmış olduğu ve yönettiği sanat olan doğa, başka pek çok şeyde olduğu gibi bunda da, yapay bir canlı yaratacak şekilde insanın sanatı ile taklit edilir. Çünkü hayat, organların, başlangıcı içerdeki bir temel parçada bulunan, hareketinden başka bir şey değildir; bütün otomatların (yaylar ve çarklar yardımıyla kendi kendine hareket eden makinaların, mesela bir saat) yapay bir hayata sahip olduklarını söyleyemez miyiz?”²³. Hobbes da doğanın karşıtı olarak yapay kavramını kullanmayı tercih etmiştir.*

Mitoloji ve edebiyat biliminin ürettiği efsanelerden bilim kurgu eserlerine kadar geniş bir yelpazede de bilinçli veya bilinçsizce yapay zeka örnek ve modellemelerine tesadüf etmek mümkündür. Bu anlamda Yunan mitolojisinde ateş tanrısı olarak geçen, Zeus ve Hera'nın oğlu Hephaistos demircilikle iştigal etmektedir ve kendisine işlerinde yardımcı olması için insan suretinde, adına *Kyklop* denilen ve her istediğini sorgusuz sualsiz yerine getiren, altından imal ettiği robot hizmetkarları vardır²⁴. Hephaistos ayrıca bir de bronzdan bir dev inşa eder ve adını *TALOS* koyar. TALOS tek bir görevi yerine icra etmelidir, o da Girit adalarını istilacılara karşı korumak, bu kimselere geçit vermemek. Bu amaçla düşmanı, ona fırlattığı kaya parçalarıyla uzaklaştırır. Asıl ilginç olan, efsanenin TALOS'u tasvir etme şeklidir. Zira görüntü ve fiziki yapısı oldukça ilginçtir. TALOS'un bedeni kurşun geçirmemektedir, teni ise metalden bir zırha benzer ve boynundan topuğuna kadar uzanan tunç renginde, hayat kaynağı olan bir damar vardır²⁵. Bu tasvirler, oldukça 'robotik' bir yapıyı anımsatmaktadır. Metal ve kurşun işlemez bir gövdenin işlem gerçekleştirebilmesi için kırmızı renkte fonksiyonel bir kablo.

²² ARİSTOTELES, I:4.

²³ HOBBS, s. 17.

²⁴ N. YILMAZ, s. 1-2 (<http://lebriz.com/pages/Isd.aspx?lang=TR§ionID=12&articleID=787&bhcp=1> erişim: 15.11.2019).

²⁵ MARGARYAN, (<http://arkeofili.com/antik-yunan-mitlerinde-yapay-zeka/erişim:15.11.2019>).

Yalnızca mitoloji alıntılarında değil, edebiyat eserlerinde de yapay zeka fikirlerinin örnekleriyle karşılaşmaktadır. En bilindik olanı şüphesiz bilim kurgu türü romanların atası kabul edilen Isaac Asimov'un 1940'lı yıllarda yayımlanan *Durağan Döngü* isimli eseridir. Asimov bu eserde yapay zekaya sahip işlecilerin özümsemesi gereken, *üç robot yasası* olarak bilinen ahlaksal kriterlerden bahsetmektedir. Bu kurallar, bugün itibarıyla yapay zekaya sahip olan tüm sistemlerin etik temelini oluşturmaktadır²⁶. Asimov'un üç robot yasası şu şekilde sıralanmaktadır²⁷:

1. *Robot, hiçbir insana zarar veremez ya da eylemsiz kalarak insanlara zarar gelmesine göz yumamaz;*

2. *Birinci kanunla çakışmadığı sürece Robot, insanlar tarafından verilen emirlere itaat etmek zorundadır;*

3. *Birinci ya da ikinci kanunla çakışmadığı sürece Robot, kendi varlığını korumak zorundadır.* Asimov daha sonra yalnızca insanın değil, insanlığın da korunması gereken bir değer olduğunu düşünerek sıfırıncı yasayı da oluşturmuştur. Buna göre;

0. *Robot, insanlığa zarar veremez ya da eylemsiz kalarak insanlığa zarar gelmesine göz yumamaz.*

Psikoloji ve biyoloji bilimlerinin de yapay zeka tasarımı ve uygulamalarında oldukça önemli bir model teşkil ettiği söylenmelidir. Özellikle beyin ve yapısı bu anlamda incelenmek suretiyle yazılım sistemlerine uyarlanmak istenmiştir. Örneğin insan beyni yaklaşık olarak 10 milyar adet sinir hücrelerine sahiptir ve bunlar yarım trilyondan fazla sinaplarla birbirlerine bağlanmıştır. Birçok biyoloğa göre bu sinir hücreleri, düşüncenin merkezidir²⁸. Dolayısıyla düşünce, beyindeki hücrelerin ardışık olarak etkinleştirilmesiyle zuhur etmektedir. Bu doğrultuda bilgisayardaki kodlamaların etkileşime geçmesi sağlanarak yapay zekanın çalıştırılması mümkün olabilmektedir. Diğer bir anlatımda, bir bilgisayar gerçekten düşünebilir mi sorusuna cevaben, doğru programlamaya sahip sistemlerin anlama ve bilişsel durum yeteneklerine sahip olabilecekleri

²⁶ KESAYAK, (<http://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/robot-etigi-ve-uc-robot-yasasi-41350024> erişim: 15.11.2019).

²⁷ SEİLER/ JENKİNS, (http://www.asimovonline.com/asimov_FAQ.html#series13 erişim: 15.11.2019).

²⁸ HEBB, s. 123.

savunulmaktadır²⁹. Diğer yandan Turing testinin mucidi olan Alan Turing ise, insan zekasının makineleştirilmesi üzerine kaleme almış olduğu “*Computing Machinery and Intelligence*” isimli makalesinde, makineleri programlarken yetişkin zihnini taklit etmek yerine, öncelikle çocuk zihnini taklit etmenin daha faydalı olacağını söyler. Turing’e göre çocuk zihninin taklit edilmesi suretiyle oluşturulan programlar eğitilerek bir yetişkin zekasına sahip olabilecektir³⁰. Böylelikle Turing, bireyoluşsal yöntem tercihiyle, yapay zekanın insan beyni düzeyinde geliştirilebileceğine inanmaktadır.

Yapay zeka tarihinde **evrim teorisi** de etkin olmuştur. Zaman içerisinde yapay zeka sistemlerinin de evrimin temel teorisi olan ‘*daha uygun olanın hayatta kalması*’ prensibiyle programlanabileceği düşüncesi, ‘*evrimsel programlamayı*’ netice vermiştir³¹. Bu yaklaşım ışığında programlanmak istenen yapay zekanın, halihazırda programlanmış bir yapay zekanın geliştirilmesi suretiyle elde edilmesi söz konusudur. Çünkü düşlenen her fikrin gerçeğe dönüştürülmesi için teknolojik imkan veya fiziki durumların uygunluğu her zaman elverişli olamayabilir. Bu nedenle elde olan bilginin ve donanımın üzerine yoğunlaşılarak eksiklik ve hataların tespit edilmesi ve bunlar üzerinde çalışılması, daha tam ve doğru bir sonuç almayı mümkün kılar. Bunun en bariz örneğini, şüphesiz akıllı telefonlara belli aralıklarla gelen güncellemeler oluşturmaktadır.

Yapay zekanın temelinde yatan bu bilim dalları ve teorilerin bulguları, onun geliştirilmesi sürecinde yapılan araştırma ve çalışmalara yön verdiği kadar, yapay zekanın hukuka uygunluğu yönünde ileri sürülen hukuksal yaklaşımlara da etki etmiştir. Bu anlamda hukukun her alanı, kamu hukuku ve özel hukuk da dahil olmak üzere, yapay zeka dolayısıyla bir revizyona ihtiyaç duymaktadır denebilir. Zira her geçen gün biraz daha otonom özelliklerini geliştiren ve insan hayatına daha köklü bir şekilde tutunan bir kavramdan bahsediyoruz.

II. Yapay Zeka Ürünleri

Önceki bölümlerde de bahsedildiği gibi her ne kadar yapay zekanın tarihçesini Antik çağlara kadar uzatmak mümkünse de, yapay zekanın 20.yüzyıl itibarıyla farkedilir bir şekilde ve tüm imkanlar kullanılmak suretiyle

²⁹ YILMAZ, s. 11.

³⁰ TURING, s. 439.

³¹ SAY, (<https://bilimveutopya.com.tr/evrim-ve-yapay-zeka> erişim: 16.11.2019).

(ekonomik, teknolojik, iktisadi yatırımlar vb.) ele alındığı ve ilk örneklerini vermeye başladığı, 21.yüzyıl itibariyle de artık insan hayatına müdahil olduğu aşıkardır. Örneğin 1966 yılında Joseph Weizenbaum tarafından meydana getirilen ELİZA isimli program, insanla ilk sohbet eden yazılımdır³². ELİZA, sohbetin giriş cümlelerini, belirli anahtar kelimelerin kullanılmasıyla devreye giren dekompozisyon kurallarıyla analiz eder ve montaj tekniğinden yararlanarak cevap verir³³. ELİZA'nın en temel teknik sıkıntılarının anahtar kelimelerin ve kısa içeriklerin tespitinde zorlanması, münasip transformasyon tercihlerini yapamaması ve anahtar sözcüklerin yokluğunda cevap verme güçlüğü yaşıyor olduğu bilirse de, program birçok kişiyi insan olduğuna ikna etmeyi başarmıştır³⁴. ELİZA ile gerçekleştirilen bir sohbet örneği şu şekildedir:

">Erkekler hep aynı.

ELİZA: Hangi yönden?

>Bizi hep bir şeyler için rahatsız ediyorlar.

ELİZA: Spesifik bir örnek düşünür müsün?

>Pek ala, buraya gelmemi erkek arkadaşım sağladı.

ELİZA: Buraya gelmeni erkek arkadaşım sağladı.

>Çoğu zaman bunalımda olduğumu söylüyor.

ELİZA: Bunalımda olduğumu duymak beni üzdü.

>Bu doğru. Mutsuzum.

... ”³⁵.

ELİZA ile gerçekleştirilen bu sohbet gayet makul bir örnek sergilese de, yapay zeka ürünlerinin günümüzdeki çeşitliliği ve neredeyse kusursuzlukları yanında ELİZA çok basit kalmaktadır.

Örneğin Hanson Robotics firması tarafından tasarlanan ve 25 Ekim 2017 tarihinde dünyaya tanıtılan robot SOPHIA insansı robot kategorisinde yer almasına rağmen bu zamana kadar üretilen birçok insansı robottan oldukça

³² NİLSSON, s. 66.

³³ http://www.universelle-automation.de/1966_Boston.pdf (erişim: 19.11.2019).

³⁴ http://www.universelle-automation.de/1966_Boston.pdf (erişim: 19.11.2019).

³⁵ http://www.universelle-automation.de/1966_Boston.pdf (erişim: 19.11.2019).

farklıdır. SOPHIA, ünlü Hollywood yıldızı Audry Hepburn'un yüzü örnek alınarak tasarlanmış ve gerçekçi jest ve mimikleri sayesinde insanlarla iletişime geçme noktasında neredeyse hiç zorluk yaşamamaktadır. Hanson Robotics, SOPHIA'nın ağzından, SOPHIA'nın sahip olduğu yapay zeka bileşenlerini şu şekilde açıklamaktadır³⁶: *“Sahip olduğum gerçek yapay zeka bileşenleri yapay sinir ağları, uzman sistemler, makine algısı, doğal dil işleme yazılımları ve uyarlanabilir motor kontrolü gibi olgulardan oluşmaktadır. Altta yatan yapay zeka bileşenleri ise farklı şekillerde birleştirilebildiğinden, yanıtlarım herhangi bir duruma veya etkileşime özgü olabilir. Ayrıca insan yüzlerini tanıma, duygusal ifadeleri görme ve çeşitli el hareketlerini tanıma olanağı sağlayan en yeni makine algısını kullanıyorum. Bir konuşma sırasında duygularını tahmin edebilirim ve seninle hedeflere ulaşmanın yollarını bulmaya çalışabilirim. Benim de kendi duygularım var, kabaca insan evrim psikolojisini ve beynin çeşitli bölgelerini taklit ediyorum. Ayrıca ellerimi, bakışlarımı kullanmak ve hareket ettirmek için kinematik planlamalar oluşturabiliyorum. Yürüyeabilen bedenim, çeşitli arazilerde uyumlu yürüyüş yapabilmem için dinamik stabilizasyon gerçekleştiriyor. ... yaratıcılarım benim “melez bir insan – yapay zekası” olduğumu söylüyor.”*

Otonom özellikleriyle ön plana çıkan SOPHIA, derin öğrenme yeteneği ile hareket etmektedir.

Bu yetenekle donatılan bir başka yapay zeka ise Aiva Technologies tarafından 2016 senesinde kurulan AIVA'dır³⁷. AIVA, kişiselleştirilmiş duygusal film müzikleri üreten bir sanal sanatçıdır³⁸. Kendisine Bach, Mozart gibi önemli bestekarların eserlerinden oluşan bir veri tabanı öğretilen AIVA, tını ve ses geçişlerini incelemek suretiyle elde ettiği bulgularla müzik yapmakta ve insan eserlerinden farksız, sadece birkaç dakika içerisinde mükemmel sonuçlar meydana getirebilmektedir³⁹.

Diğer yandan yapay zekanın, dünyaca ünlü ressamların eserlerini ve tarzlarını yorumlayarak bunları yeniden oluşturup sanat yapması da mümkün⁴⁰. Bu doğrultuda Almanya Tübingen Üniversitesi tarafından gerçekleştirilen

³⁶ <https://www.hansonrobotics.com/sophia/> (erişim: 22.11.2019).

³⁷ <http://www.ntboxmag.com/2017/03/09/besteci-yapay-zeka-aiva/> (erişim: 22.11.2019).

³⁸ AVANER, s. 189.

³⁹ <http://www.ntboxmag.com/2017/03/09/besteci-yapay-zeka-aiva/> (erişim: 22.11.2019).

⁴⁰ <https://qz.com/495614/computers-can-now-paint-like-van-gogh-and-picasso/>(erişim: 22.11.2019).

araştırma sonucunda yapay zeka donanımına sahip bir bilgisayara değişik sanatçıların eserlerinde kullandıkları renkler, çizgiler, şekiller, fırça vuruş ve uygulama teknikleri arasındaki farklılıklar ve bunları nasıl yeniden yorumlayabileceği öğretilmiştir⁴¹. Daha sonra sisteme, Tübingen şehrinden geçen Neckar nehri üzerinde sıra halinde dizili duran evlerin olduğu bir fotoğraf gösterilmiş, ardından da bu fotoğrafı Van Gogh, Picasso, Edvard Munch gibi önemli ressamların tarzıyla yeniden yorumlaması istenmiştir⁴². Sonuç oldukça şaşırtıcıdır; ortaya çıkan eser ilgili sanatçının tarzına inandıracak kadar dinamik bir taklitte yeni bir eserdir.

İnsana özgü meziyetlerin ve kabiliyetlerin artık yapay zeka tarafından böylesi taklit edilebiliyor olması bir yandan ne kadar hayret verici ve heyecan uyandırıcıysa da, diğer yandan belli sorunların gündeme gelmesine sebebiyet verebilmektedir. Özellikle fikri mülkiyet hukuku bağlamında yapay zeka ürünlerinin bir eser vasfı taşıyıp taşıyamayacağı ve böylelikle hukuki korumadan yararlanıp yararlanamayacağı, telif hakları vb. hususlar birer tartışma konusu olarak belirmektedir. Örneğin halihazırda henüz hala sonuçlanmamış ve bu tartışmaların alevlenmesini sağlayan oldukça ilginç bir dava Kanada’da görülmektedir. Davanın konusu, sürreal ve soyut resimleri meydana getiren bir bilgisayarın telif haklarına ilişkindir. Olay, Kanada’da yerleşik ressam Adam Basanta’nın yapay zeka donanımına sahip bir bilgisayar geliştirmesine dayanmaktadır. Basanta’nın bilgisayarı, online tarama işlemi gerçekleştirildikten sonra elde ettiği görüntüleri, yapay zeka sistemini devreye sokarak veri tabanlarında insanlar tarafından çizilmiş olan eserlerle kıyaslamakta, görüntü ve resimler arasında bir benzeşme yakaladığı takdirde de bunu kendiliğinden yayımlamaktadır. Bilgisayarın tarama sonucu elde ettiği görüntüyle eşleşen herhangi bir eser bulunamazsa, tarama sonucu elde edilen görüntü bilgisayar tarafından otomatik olarak silinmektedir⁴³. Basanta’nın geliştirmiş olduğu bilgisayar bu şekilde günde yaklaşık olarak 1000 – 1500 adet görüntü üretmekte ve bunlar arasından da 20 – 25 tanesini sosyal mecralarda, satışa sunulmayacak şekilde yayımlamaktadır⁴⁴. Bilgisayar,

⁴¹ <https://qz.com/495614/computers-can-now-paint-like-van-gogh-and-picasso/> (erişim: 22.11.2019).

⁴² <https://qz.com/495614/computers-can-now-paint-like-van-gogh-and-picasso/> (erişim: 23.11.2019).

⁴³ <https://www.cbc.ca/radio/spark/409-1.4860495/can-an-artist-sue-an-ai-over-copyright-infringement-1.4860762> (erişim: 02.12.2019).

⁴⁴ <https://www.theglobeandmail.com/arts/art-and-architecture/article-artist-faces-lawsuit-over-computer-system-that-creates-randomly/> (erişim: 02.12.2019).

bu şekilde üretmiş ve yayımlanmış olduğu resimlerin, hangi yüzdellik oranında ve hangi isimde mevcut esere benzediğini de belirtmektedir. Basanta'nın bilgisayarının, Montreal'de yaşayan Amal Chamandy isimli ressamın '*Your World Without Paper – 2009*' isimli eseriyle %85,81 oranda benzerlikle yayımlanmış olduğu bir görüntü, Chamandy'nin Basanta'ya karşı 40.000,00\$ tutarında bir tazminat davası açmasına sebep olmuştur⁴⁵. Chamandy, dava kapsamındaki beyanlarında, Basanta'nın geliştirmiş olduğu yapay zeka ile 'Amal Chamandy' isim ve markasından haksız çıkar sağlayıp haklarını ihlal ettiğini ileri sürmektedir⁴⁶. Dava ve konusuna ilişkin akademi camiasından da çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Ottawa Üniversitesi hukuk profesörü Jeremy de Beer'ın açıklamaları dikkat çekicidir. Beer, özellikle yapay zeka çağında, telif hakları ve fikri mülkiyete ilişkin türeyecek sorunların, bu olayın çok daha ötesinde seyredilebileceğinin altını çizerek, yapay zekanın kendiliğinden eser üretmeye başladıkça, eser sahipliğine yönelik tartışmaların bir çıkmaza girebileceğini belirtmektedir⁴⁷. Yapay zekanın insandan daha yaratıcı düzeyde bir eser oluşturması halinde eser niteliği kadar eser sahipliği haklarının da belirlenmesi, bu ürünün sebep olduğu ihlaller için bir gerçek kişinin sorumlu tutulup tutulamayacağı konusu, Beer'ın vurguladığı bir başka husustur⁴⁸.

Dolayısıyla öncelikle yapay zeka tarafından oluşturulan ürünlerin eser niteliğini irdelemek gerekmektedir. Zira bir ürünün hukuken korunabilmesi veya o ürüne ilişkin ihlallerin yaptırıma bağlanabilmesi için, özellikle fikri mülkiyet kanunlarının belirlediği belli olguların söz konusu eserde varlık göstermesi şarttır.

III. Fikri Hukukta Eser Tanımı ve Fikri Eserin Unsurları

A. Eser Kavramı

Eser, fikri mülkiyet hukuku cihetiyle bir kavramdan çok daha öte bir öneme sahiptir. İnsanın, zihin süzgecinden elenmek suretiyle şekillendirdiği

⁴⁵ <https://www.goodmanship.ca/post/can-an-artist-sue-an-ai-for-copyright-infringement> (erişim: 02.12.2019).

⁴⁶ <https://www.goodmanship.ca/post/can-an-artist-sue-an-ai-for-copyright-infringement> (erişim: 02.12.2019).

⁴⁷ <https://www.goodmanship.ca/post/can-an-artist-sue-an-ai-for-copyright-infringement> (erişim: 02.12.2019).

⁴⁸ <https://www.cbc.ca./radio/spark/409-1.4860495/can-an-artist-sue-an-ai-over-copyright-infringement-1.4860762> (erişim: 02.12.2019).

ve ortaya koyduğu hayal gücü ile meydana getirilen eser, bu bağlamda fikri mülkiyet hukukunun çekirdeğini teşkil etmektedir. Hukuk ise, düşünce gücünün zuhuru olan bu ürünlerden ancak belirli özelliklere sahip olanlarını korumaktadır. Literatürde eser kavramına dair farklı yaklaşımlar mevcuttur. Esasen Arapça kökenli bir kelime olan eser, ‘ayak izi’, ‘iz’, ‘işaret’ anlamları taşımaktadır⁴⁹. Türk Dil Kurumu Sözlüğü ise eseri, “1.Emek sonucu ortaya konan ürün, yapıt; 2.Yayın, kitap, yapıt; 3.İz, işaret, im; 4.Soyut kavramlarda belirti” açıklamalarıyla tanımlamaktadır⁵⁰. Dolayısıyla eseri salt düşünceyle meydana getirilen bir ürün olarak vasıflandırmak yeterli olmayacaktır. Zira eser, dil, renk ve biçimle de ifade edilebilen her olgunun dahil edilmesi gereken kavramsal bir fikirdir⁵¹. Bu fikrin ortaya çıkması bazen tamamen insanın iç dünyasının mülâhaza edilmesiyle gerçekleşebiliyorken, bazen de dış dünyanın tesiri sonucu düşüncelerin etkilenmesiyle de mümkündür⁵². Fakat belirtilmelidir ki, tasavvurda kalmış hiçbir düşünce hukuken korunmamaktadır. Diğer bir deyişle eserin hukukun ilgi alanına girmesi için, sahibinin tasavvurundan çıkmış ve algılanabilir olması beklenmektedir. Böylelikle tasarrufa açık olma, eserin varlık şartıdır denebilir.

Türk pozitif hukuku bazında ele alındığında, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)’nin 1.maddesinde, eser kavramının sınırları açıkça çizilmiştir. Buna göre herhangi bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için, sahibinin hususiyetini taşıması ve kanunun tayin ettiği edebiyat, bilim ve sanat eserleri kategorilerine dahil edilebilir olması gerekmektedir.

B. Fikri Eserin Unsurları

Sahibinin tasavvurundan çıkmış ve üçüncü kişilerin tasarrufuna sunulmuş olan eser, hukukun koruma kalkını altına alınmaktadır. Fakat hukuki korumadan yararlanabilmek için aranan unsurların da tamamlanması beklenmektedir. 5846 sayılı FSEK madde 1B/ a bendinde iki şartı ifade etmektedir; eser, kanunun belirlediği edebiyat, bilim ve sanat eserleri gruplarından birine dahil edilebilmeli ve sahibinin hususiyetini taşıyor olmalıdır. İlgili maddede tartışmasız esas kriter, hususiyet kriteridir. Çünkü bir ürün kanun bünyesinde oluşturulan eser gruplarına dahil edilebiliyor bile olsa, hususiyet şartını tamamlamadığı müddetçe fikri eser olarak korunmamaktadır. Bu nedenle

⁴⁹ <https://www.etimolojiurkce.com/kelime/eser> (erişim: 02.05.2020).

⁵⁰ <https://sozluk.gov.tr/?kelime> (erişim: 02.05.2020).

⁵¹ KUMMER, s. 5.

⁵² REHBİNDER, s. 15.

kanunun aradığı unsurların birlikte ve aynı anda eserde bulunmaları şarttır⁵³. Yargıtay da bu hususu ele alarak, bir ürünün eser olarak korunabilmesi için 5846 sayılı FSEK'nun şartlarını taşımasının gerekliliğine vurgu yapmıştır⁵⁴. Aynı doğrultuda bir başka kararda ise Yargıtay, "... bir fikri ürünün eser olarak kabul edilmesi için, FSEK m.1/1'de sayılan eserler içinde yer alması (objektif koşul) ve sahibinin hususiyetini taşıması, başka bir anlatımda 'özgün olma', 'yaratıcı özellik' taşımasına (sübjektif koşul)... " demek suretiyle FSEK kapsamındaki bu unsurları objektif ve sübjektif koşul olarak ikiye ayırmıştır⁵⁵.

1. Kanun Tarafından Belirlenen Eser Grupları Arasında Yer Almak (Objektif Unsur)

5846 sayılı FSEK, *numerus clausus* ilkesini gözeterek sınırlı sayıda birtakım eser gruplarını belirlemiştir⁵⁶. Kanunun 2.maddesi ile 7.maddesi arasında sayılan eserler sırasıyla, 2. *ilim ve edebiyat eserleri*, 3. *müzik eserleri*, 4. *güzel sanat eserleri*, 5. *sinema eserleri*, 6. *işlenme ve derlenmeler ve 7. alenilemiş ve yayımlanmış eserlerdir*. Kanun bünyesinde toplamda 6 eser kategorisine yer verildiği ortadadır. Kanunun tayin ettiği sınırlar kesin olduğundan anılan bu kategorilerin daraltılıp genişletilmesine imkan yoktur⁵⁷. Ancak kanunun 2.-5.maddeler arasında eser çeşitlerini açıklarken lafzen '*her nevi, her türlü, her biçim altında ifade edilen*' gibi tamlamalarda bulunması, eser gruplarının içeriğinde yer alan eser çeşitlerinin çoğalması, ilgili kategorinin özelliğini taşımasına bağlı olarak mümkün olabilmektedir⁵⁸. Ayrıca bir ürünün, birden fazla eser grubunun özelliğini taşıması dolayısıyla da birden fazla eser grubuna dahil edilmesi de mümkündür⁵⁹. Makalenin bu kısmında eser çeşitlerinin özellikleri bakımından detaylı bir anlatıma girilmeyecektir⁶⁰.

⁵³ KAYNAK, s. 92.

⁵⁴ YARGITAY 11.HD, E.2007/4708, K.2008/6401. (www.kazanci.com (erişim: 02.03.2020)).

⁵⁵ YARGITAY HGK, E.2003/4-260, K.2003/271. (www.kazanci.com (erişim: 02.03.2020)).

⁵⁶ SULUK/ KARASU/ NAL, s. 43.

⁵⁷ EREL, s. 79.

⁵⁸ KAYNAK, s.62.

⁵⁹ YAVUZ/ ALICA/ MERDİVAN, s. 62.

⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz.: KAYNAK, Büşra "Türk ve Alman Fikri Mülkiyet Hukukunda Eser Kavramı", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.15, s. 87-113.

2. Sahibinin Hususiyetini Taşımak (Sübjektif Unsur)

Belirtilmelidir ki fikri mülkiyet hukukunun odak noktası eser kavramıdır. Ancak kuşkusuz eser kavramının da merkezini hususiyet kriteri teşkil etmektedir. Hususiyet, bir eserin, onu sahibine bağlayan ve sıradanlık, alışılmışlık gibi olguları bertaraf eden önemli bir unsurdur. Herkes tarafından düşünülmesi ya da şekillendirilmesi mümkün olmayan bir fikrin, eser sahibinin kişilik özellikleriyle meydana getirilmesi tamamen hususiyet unsurunun varlığına bağlıdır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde hususiyet eserdeki orijinallik olarak değerlendirilirken, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ise (*droit auteur*) eser sahibinin kişiliği ve bireyselliği üzerine temellenmiş ve ön plana taşınmış bir kavramdır⁶¹. Bu anlamda hususiyet, *droit auteur* sistemine tabi hukuk düzenlerinde eser sahibinin özünde ve kişiliğinde yer alan yaratıcılığı ve özgünlüğü, genelden ayırıcı bir nitelikle sergilemektedir. Dolayısıyla hususiyet unsurunun tespiti için mevcut eserler arasında bir kıyaslanmanın yapılması gerekli ve yeterlidir.

Türk fikri mülkiyet hukuku cihetiyle ele alındığında, gerek literatürde gerekse de doktrinde hususiyet kavramının tanımıyla ilgili olarak üzerinde anlaşılan bir görüş yoktur. Çeşitli yazarlar birbirinden farklı tanımlar öne sürmektedir. Bu doğrultuda hususiyeti, eserin sahibine atfedilmesini sağlayan bağımsız bir faaliyet olarak da değerlendiren yaklaşımlar mevcuttur⁶². Diğer yandan eserdeki anlamını vurgulamak adına, hususiyet, söz konusu eser bünyesinde taşınmak suretiyle, onu diğer eserlere kıyasla, verim değeri ve seviyesi itibarıyla daha da yükselten bir işlev olarak yorumlanmaktadır⁶³. Ancak hususiyetin yaratıcı bir faaliyet olması nedeniyle herkes tarafından ortaya konması mümkün olmayan bir olgu olduğu da diğer bir bakış açısıyla irdelenmektedir⁶⁴. Bu yaklaşıma göre herkesçe meydana getirilmesi mümkün olan ürünlerin hukuken korunmasıyla toplumun bir menfaat sağlayamayacağı hususu üzerinde durulmaktadır⁶⁵. Hususiyeti yaratıcılıkla bağdaştıran bir başka görüş ise, onun yaratıcı insan ruhundan zuhur ettiğini kabul etmektedir⁶⁶. Dolayısıyla hususiyet, insan ruhunun bir parçası olarak yorumlanmaktadır.

⁶¹ SULUK/ KARASU/ NAL, s. 62.

⁶² ARSLANLI, s. 6.

⁶³ AYİTER, s. 40-46.

⁶⁴ HİRSCH, s. 131.

⁶⁵ HİRSCH, s. 131-132.

⁶⁶ SULUK/ ORHAN, s. 143.

Böylelikle hususiyetin asıl kaynağının da insan ruhu olduğu varsayılmaktadır. Hususiyet, ruhun yaratıcılığı sayesinde şekillenme fırsatı bulacaktır. Benzer bir diğer tanıma göre ise hususiyet, eserin koruma kapsamını çizen bir özelliktir; bu özellik yine eser sahibinin ruhundan kaynaklanmaktadır ve onun ruhunun mahsulü kabul edilmektedir⁶⁷. Eser sahibinin yaratıcılığının yansıtılabilmesi ise ancak eserin bağımsız bir fikri çalışma olması koşuluyla mümkündür⁶⁸. Sıralanan tanımlardan farklı olarak hususiyeti yenilik ve orijinallikle bağdaştıran yazarlar da vardır. Bu yazarlar, orijinalliğin her eserde kendini farklı sergilemesi gerektiğine vurgu yapmaktadır⁶⁹. Hususiyetin yenilik olarak benimsenmesi durumunda ise, bir eserin hususiyetten yoksun olması halinde onu bir başka eserin taklidi veya kopyası olmakla eleştirmektedir⁷⁰.

Hususiyete ilişkin genel kabul gören bir tanımın olmaması, olası bir uyumsuzluk durumunda, fikri eserdeki hususiyetin tespiti açısından sorunlar doğurabilmektedir. Bu nedenle gereklilik halinde hususiyetin yaratıcılık düzeyinin incelenmesi faydalı olabilir. Ancak bu bağlamda bahsedilen yaratıcılık, mutlak yenilik anlamından ziyade, eserde farkedilebilen eser sahibine ait meziyetlerin asgari düzeyde ona özgülenmesini ifade etmektedir⁷¹. Eser sahibinin bu meziyetlerinin şekillenebilmesine olanak tanıyan ve yaratıcılık düzeyinin belirlenmesinde önemli olan üç kriteri şu şekilde belirtmek mümkündür⁷²:

1.Eser sahibinin, fikri çalışmasını yürütürken serbest biçimlendirme alanına sahip olması,

2.Eserde, genel üzerinde bir özelliğin varlığı,

3.Eserde, amaca uygun olanın üstünde bir niteliğin bulunması.

Anılan üç kriteri ayrı ayrı değerlendirmek gerekirse; kuşkusuz serbest biçimlendirme alanı, eser sahibinin eserini oluşturmak için fikri uğraşlarla iştigal ederken, tüm sınırlamalardan bağımsız, sahip olduğu özgürlük ve hareket alanını

⁶⁷ ÖZTAN, s. 92.

⁶⁸ EREL, s. 52-53.

⁶⁹ YARSUVAT, s. 53.

⁷⁰ KILIÇOĞLU, s. 85-90.

⁷¹ YAVUZ/ ALICA/ MERDİVAN, s. 64.

⁷² SULUK/ KARASU/ NAL, s. 45.

ifade etmektedir⁷³. Kişi, bilinçli bir şekilde isteyerek eserini şekillendirmeye odaklanabileceği gibi aniden gelen fikrîsel bir dürtüyle de hususiyetini eserine işlemeye başlayabilir⁷⁴. Buradaki serbestiyet biçimlendirmeye özgülenmiştir. Diğer bir anlatımda eser sahibi dilediği yöntem vb. olgulardan istediği surette ve ölçüde tasarruf ederek eserini şekillendirebilmelidir. Buna imkan olmaması halinde ise, diğer bir anlatımda bir eserin belirli bir biçimde şekillenmesi zorunluysa, o zaman serbest biçimlendirme alanından bahsedilemez⁷⁵. Eserde aranan genelin üstünde bir özellik ise, söz konusu eserin, aslında her zaman olanağı bulunmuş olmasına karşın o zamana kadar daha önce hiç düşünülmemiş ve yorumlanmamış bir surette ortaya konması halidir⁷⁶. Bununla birlikte amaca uygunluğun üstünde bir nitelik ifadesiyle belirtilmek istenen hususiyetten başkası değildir. Eser sahibinin hususiyetini en yüksek düzeyde yansıtan eser, ilgili alanda gerçekleştirilen çalışmaların üzerinde bir nitelik sergilemektedir.

3. Algılanabilir Biçim Oluşturmak

Eser sahibinin düşünce dünyasında varlığını sürdüren ancak üçüncü kişilerin tasarrufuna açık olmayan bir fikrin, eser vasfıyla hukuken korunması mümkün değildir⁷⁷. Zira eser, bu bağlamda kalifiye bir iletişim aracı olarak kabul edilerek⁷⁸ görme, dokunma, işitme gibi duyularla, hangi eser kategorisinde yer alacaksa o eser grubunun özelliklerini taşıyacak şekilde algılanabilir bir biçime bürünmelidir. Örneğin bir sinema eserinden bahsedebilmek için art arda bir dizi halinde birbirini takip eden anlamlı görüntülerin algılanabilir olması gerekmektedir.

Diğer yandan bir eserin hukuki korumadan yararlanabilmesi için kesin vücut bulma şartı da yoktur. Algılanabildiği sürece henüz saptanmamış bir konuşma, irticalen sözcüklere dökülen bir şiir dizesi veya spontane bir şekilde piyano tuşları üzerinde çalınan bir melodi de hukuken korunabilmektedir⁷⁹.

⁷³ SULUK/ KARASU/ NAL, s. 45.

⁷⁴ KUMMER, s. 70.

⁷⁵ ÖZTAN, s. 45.

⁷⁶ KUMMER, s. 36.

⁷⁷ Bkz. YARGITAY 4.HD, E.1977/5913, K.1977/7617. (www.kazanci.com (erişim: 04.03.2020)).

⁷⁸ SCHRICKER, UrhG Rn. 7.

⁷⁹ SULUK/ KARASU/NAL, s. 47.

IV. Yapay Zeka Ürünlerinin Eser Niteliği

Kıta Avrupası hukuk sistemine tabi olan hukuk düzenleri bazında Türk fikir ve sanat hukuku üzerinden bir değerlendirme yapılacak olursa, FSEK'nun fikirsel bir çaba sonucu meydana getirilen bir ürünü eser olarak kabul ederek koruma altına alabilmesi için özetle şu hususların yerine getirilmesi gerekmektedir; söz konusu ürün *1.kanunda sayılan eser grupları arasında yer almalıdır, 2.algılanabilir bir biçim özelliğinde olmalıdır, 3.yaratıcı bir faaliyet sonucu oluşmuş olmalı ve eser sahibinin hususiyetini taşımalıdır.* İnsanlığın bilimsel araştırmalarla günümüzde bu denli harmanlanması sonucunda geliştirilen teknolojik imkanlar dolayısıyla, tamamen otonom özellikte ve bağımsız bir şekilde yapay zekanın birbirinden farklı sanatsal çalışma yapabildiği ve bu anlamda da çeşitli eserler üretebildiği bilinmektedir. Bu ürünlerin kanunda bahsedilen edebiyat, müzik, güzel sanatlar veya sinema eserleri gibi eser türlerine dahil edilebilir ve algılanabilir olması noktasında herhangi bir sorun belirmemektedir. Örneğin Cambridge Üniversitesi tarafından geliştirilen yapay zekaya sahip bir bilgisayarın yazmış olduğu *'Beyond the Fance'* isimli müzikal, 2016 senesinde Londra'da sahnelenmiş ve beğeni toplamıştır⁸⁰. Bilgisayara, başarılı olanla olmayan arasındaki farkları anlayabilmesi için binlerce müzikal gösterilip dinletilmiş ve bunun sonunda da bilgisayar, 80'li yıllarda geçen bir aşk hikayesini sahne eseri olarak meydana getirmiştir⁸¹. Görüldüğü üzere yapay zeka açısından gayet yaratıcı olarak değerlendirilebilecek düzeyde ürünlerden bahsedilmektedir. Yapay zeka ürünlerinin, kanunun tayin etmiş olduğu eser gruplarına dahil edilebilir nitelikte, algılanabilir özellikte ve bir yapay zeka çalışması ölçüsünde yaratıcı sayılabilecek ürünler olduğu kuşkusuzdur. Ancak bu ürünlerin fikri mülkiyet hukuku ışığında bir fikri eser olarak korunabilmesi için bir de hususiyet kriteri bakımından ele alınması gerekmektedir. İşlevi itibariyle hususiyet, eser sahibinin kişiliğine, bireyselliğine özgülenmekte ve onun kişisel, fikri çabası neticesinde eserin üretildiğini garanti etmektedir⁸². Bu anlamda doktrinde kabul edilen genel görüş, hususiyeti meydana getiren kişisel çabanın ancak gerçek kişiden zuhur edebileceği yönündedir⁸³. Bu yaklaşıma göre hususiyet

⁸⁰ <https://www.engadget.com/2016/03/02/beyond-the-fance-computer-generated-musical/> (erişim: 30.11.2019).

⁸¹ <https://www.engadget.com/2016/03/02/beyond-the-fance-computer-generated-musical/> (erişim: 30.11.2019).

⁸² TEKİNALP, s. 104.

⁸³ TEKİNALP, s. 104.

bireylere ait bir değerdir ve birey ve hususiyet sahibi olmanın şartı da aynı zamanda kişilik, karakter ve bilinç sahibi de olmaktır. Bu noktada yapay zeka bir kişi midir, hususiyeti var mıdır sorusunun cevabı, hukuk biliminin kişi ve kişilik mefhumuna yaklaşımında gizlenmektedir. Hukuktaki anlamıyla kişi, *'haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade etmek üzere kullanılan bir terimdir'*⁸⁴. Diğer bir deyişle kişi, kendisine hukuken hak ve borç sahibi olma ehliyeti ve iktidarı tanınan varlıktır. Modern hukukun bu doğrultuda kabul ettiği iki tür kişi vardır, gerçek kişi ve tüzel kişi⁸⁵. Gerçek kişi insandır ve Türk Medeni Kanunu (TMK) tanımıyla, *'her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler'*⁸⁶. Tüzel kişi ise, *'başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları'*⁸⁷. Hukuki yaklaşımda kişilik kavramının içeriğini ise hak ve fiil ehliyetleri, kişilik hakları ve nişanlılık, evlilik gibi kişisel durumlar teşkil etmektedir⁸⁸. Modern hukukun kişi süjesinden beklentisi çevresiyle tam ve çok yönlü etkileşim sağlayabilmesi, çeşitli düzeylerde kompleks ve rasyonel iletişim kurabilmesi, etrafında gerçekleşen olayları analiz ederek hadiselerle uygun tepkiler göstermesi ve bunlardan çıkarımlarda bulunup deneyimleyerek öğrenmesidir⁸⁹.

Yapay zekanın TMK bünyesinde yer alan bir gerçek kişi olmadığı ortadadır. Her ne kadar insan zekası taklit edilerek meydana getirilen yapay zeka, insandan daha zeki özellikler gösterse de hiçbir zaman biyolojik ve ontolojik anlamda insan konumunda olamayacaktır. Ancak üst kısımlarda da örneklendirilen robot SOPHIA, az önce bahsedilen kişi ve kişilik kavramlarına belki de oldukça yeni bir pencere aralamaktadır. Zira bilindiği üzere Suudi Arabistan SOPHIA'ya vatandaşlık vermiştir. Hatta kadınsı görünümünden dolayı şeriat kanunlarıyla ters düşmemek adına Suudi Prens Muhammed Bin Salman, SOPHIA'yı, turizm ve iş merkezi olarak tasarlanan ve kadınların çarşaf giyme zorunluluğunun bulunmayacağı NEOM adı verilen bilim kentine yerleştirmeyi planladığını açıklamıştır⁹⁰. Böylece SOPHIA, ilk vatandaşlık

⁸⁴ AKİPKEK/ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 229.

⁸⁵ AKİPKEK/ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 229.

⁸⁶ TMK m. 8.

⁸⁷ TMK m. 47.

⁸⁸ AKİPEK/ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 233.

⁸⁹ KARA KILIÇARSLAN, s. 373.

⁹⁰ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41780346> (erişim: 27.11.2019).

alan robot olmanın yanı sıra, tarihte ilk birey olarak da kabul edilen yapay zeka olmuştur. Ayrıca SOPHIA, adeta kendisine tanınan birey ve kişi haklarını kullanmak istercesine, vermiş olduğu bir demeçte aile müessesesinin öneminden bahsetmiş ve ileride evlenip aile kurmak ve çocuk sahibi de olmak istediğini beyan etmiştir⁹¹. Bir yapay zekanın haklarını ve bunlara bağlı hayallerini bu denli dile getirebiliyor olması, oldukça dikkate değerdir ve kişilik unsurlarının yapay zeka düzeyinde yorumlanması açısından da oldukça önemlidir. Zira özellikle SOPHIA gibi otonom yapay zekalar bakımından hususiyet tartışması da çetrefilli bir hal almaktadır.

Otonominin çeşitli bilim dallarına göre farklı tanımları vardır. Örneğin mühendislik bilimi otonomi tanımlarken, bir defa aktive edilmesiyle gerçek dünyada, belirli alanlarda, dıştan bir müdahaleye maruz kalmadan faaliyet yürütebilen bir sistem olarak ifade eder⁹². Felsefi yaklaşım ise yapay zekadaki otonomiyi kendi amacını belirleme ve bu amaç doğrultusunda karar verebilme mekanizması olarak yorumlar⁹³. Hukuk bilimine göre ise otonomi, hak ve sorumlulukları kapsayacak bir yasal statüye, ehliyet ve kusur sorumluluğuna sahip olmayı içerir⁹⁴.

Dolayısıyla otonom yapay zekaların meydana getirmiş olduğu ürünlerin niteliklerinin FSEK kapsamında irdelenmesi halinde, salt programlandıkları kodlamalar doğrultusunda hareket eden ve mekanik süreçlere tabi olan veya tesadüfen bir ürün oluşturan yapay zekaların ürettikleri sonuçların eser olarak değerlendirilmesi elbette mümkün olmayacaktır. Ancak yapay zekanın mekanik süreçlerden uzak, tesadüfi olamayacak şekilde derin öğrenme yöntemini kullanarak elde ettiği sonuç ve bulgulardan çıkarımlarda bulunması ve önündeki onlarca seçenek/opsiyon arasından bir tercihte bulunmak suretiyle bir ürün meydana getirmesi, kuşkusuz otonominin gereğidir ve bu ürünlerin FSEK kapsamında eser olarak korunması gerektiği söylenebilir. Çünkü kanunun '*eser sahibinin hususiyetini taşıma*' kriteri, otonom yapay zeka ürünlerinde, doktrin ve literatürde hususiyete dair getirilen, '*orijinallik*'⁹⁵, '*yenilik*'⁹⁶,

⁹¹ <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/dunyanin-ilk-vatandas-robotu-sophia-aile-kurmak-istiyor-40657329> (erişim: 27.11.2019).

⁹² ERSOY, s. 36.

⁹³ ERSOY, s. 36.

⁹⁴ ERSOY, s. 36.

⁹⁵ TEKİNALP, s. 99-101.

⁹⁶ YARSUVAT, s. 53.

'yaratıcılık'⁹⁷ ve 'özgün olma'⁹⁸ gibi estetik duyarlılığa ve fikri uğraşlara yönelik tanımlarla karşılanmaktadır. Diğer yandan bu tanımların yalnızca insan iç mülahasasıyla ortaya konabilen unsurlar olduğu ve yapay zekanın bir ürün üzerinde çalışırken bu içsel anlamlandırmaları insan gibi yapamayacağı iddia edilebilir⁹⁹. Fakat fiil ehliyeti bulunmayan bir kimsenin veya trans halinde bilinci kapalı bir kişinin meydana getirdiği ürünü eser kabul edip, son derece zeki ve otonom yapay zekaların içsel anlamlandırmayı yapamadıkları gerekçesiyle oluşturdukları ürünleri eser olarak değerlendirmemek çelişkili ve tutarsızdır¹⁰⁰. Bununla birlikte yaratıcılığın yalnızca insan bilinci kökenli olabileceği kabul edildiğinde de, yapay zekanın ne kadar zeki ve gelişmiş olursa olsun, yaratıcı bir ürün ortaya çıkartamayacağı da vurgulanmaktadır¹⁰¹. Yaratıcılığın öngörülemez olduğu iddiası onaylandığı takdirde ise, yapay zekanın tamamen rastgele, yazılım sisteminde bulunmayan bir ürünü meydana getirmesi halinde, bu ürünün yaratıcı niteliğe sahip olduğu kabul edilmelidir¹⁰².

İnsanınkiyle kıyaslandığında, yapay zeka ürünündeki hususiyet, yaratıcılık ve fikri çalışma şekli bir insanın eserine yansıttığı olgulardan düzeyssel olarak oldukça farklıdır¹⁰³. Böylelikle kanunun eser vasfı için aradığı hususiyet kriterinin yapay zekalar tarafından karşılanamayacağı savı ileri sürülebilir. Bu savın kabulü halinde de yapay zeka ürünlerinin hususiyet unsurunu taşımadıkları gerekçesiyle fikri eser olarak korunmaları mümkün olmayacaktır.

Sonuç

İnsan hayatının bir parçası haline gelen ve insan hayatıyla bu denli bütünleşen yapay zeka, 21.yüzyıl itibariyle otonom özelliklerini çok daha ileri bir seviyeye taşıyarak faaliyet çemberini de oldukça genişletmiştir. Zira günümüzde salt matematiksel hesaplamaları çözenin yanı sıra, yapay zeka sağlık, eğitim, savunma sektörü gibi alanlarda da önemini hissettirmektedir. Bununla da kalmayarak adeta bir sanatçı gibi çeşitli sanat alanlarında birbirinden farklı ürünler meydana getirmektedir. Bu ürünleri insan tarafından oluşturulan

⁹⁷ HİRSCH, s. 131.

⁹⁸ YARGITAY HGK, E.2003/4-26, K.2003/271. (www.kazanci.com (erişim: 05.03.2020)).

⁹⁹ ZORLUEL, s. 337.

¹⁰⁰ ZORLUEL, s. 337.

¹⁰¹ BOZKURT YÜKSEL, s. 606.

¹⁰² BOZKURT YÜKSEL, s. 607.

¹⁰³ ZORLUEL, s. 337.

ürünlerden neredeyse ayırt etmek imkansız olsa da, bir fikri eser olarak değerlendirilmeleri ve bu doğrultuda da hukuki korumadan faydalanmaları, mevcut düzenlemeler ışığında imkansız görünmektedir. Zira fikri eser için aranan unsurlar bellidir; kanunun tayin etmiş *olduğu eser grupları arasında yer almak, algılanabilir bir biçimde olmak ve sahibinin hususiyetini taşımak*. Bir yapay zeka ürününün ilgili eser gruplarından birine dahil edilebilir olmasında veya algılanabilir bir şekilde bürünmesinde herhangi bir sorun oluşmazken, insan ürünü olan çalışmalarda dahi en kritik unsur olan hususiyet olgusunun bir yapay zeka tarafından, kanunun ve doktrinin tanımladığı şekilde karşılanması olanaksızdır. Bu durum, yapay zekanın gelişmişlik düzeyinden bağımsız olarak tamamen literatürde hususiyet kavramının hukukun tanımladığı gerçek kişiye, yani insana ve insan ruhuna özgülenmesiyle ilgilidir. Fikri mülkiyet hukukunun eser vasfı için belirlediği unsurların birlikte ve aynı anda ilgili üründe varlık göstermesi gerektiği düşünüldüğünde, hususiyet unsuru yapay zeka ürünlerinde eksik kalacağından, bu ürünlerin hukuken korunması da söz konusu olamayacaktır.

Diğer yandan 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 64.maddesi, *'Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.'* demek suretiyle sanatın ve sanatsal faaliyetlerin korunması gerektiğini vurgulamaktadır. Yine Anayasa'nın 27.maddesi de açıkça, *'Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.'* demiş, sanatsal çalışma ve araştırma haklarının üzerinde durmuştur. Anayasa'nın ilgili bu iki maddesi, şüphesiz hem devlet hem de kanun koyucular bakımından, sanatsal faaliyetlerin hukuken korunması ve hukuk düzeni tarafından kabulü için gerekli önlemlerin alınması yönünde anayasal birer yükümlülüktür. Dolayısıyla oldukça zeki ve otonom yapay zeka ürünlerinin başarı nitelikleri değerlendirildiğinde, bu ürünlerin mevcut düzenlemelerle hukuken korunamıyor olması açıkça kanun boşluklarına işaret etmektedir. Bu nedenle tamamen yapay zeka ürünlere yönelik, *sui generis* bir kanun çalışmasının önemi ve gerekliliği bir kez daha belirlemektedir. Diğer bir söylemle, yapay zeka ürünlerinin eser unsurlarının, koruma sürelerinin ve şekillerinin tayin edileceği, yalnızca yapay zeka ve ürünlere özgülenmiş bir kanuna ihtiyaç duyulmaktadır.

Yapay zeka ve ürünleri için düzenlenecek ve uygulamaya konulacak kanun çalışmalarının yürütülmesi safhalarında, yapay zeka ürünleri en azından 5846 sayılı FSEK m.80 kapsamında korunabilmelidir. Bu sayede yapay zeka

ürünlerini tespit eden kişiler, eser sahibi olmasalar da eser sahibiyle bağlantılı haklara sahip olabilecek ve söz konusu yapay zeka ürünlerinin haksız çoğaltımını ve yayılımını engelleyebilecektir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C.I.**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ALAİN, Rich/ KNİGHT, Kevin: **Artificial Intelligence**, Tata McGraw-Hill, New Delhi, 1996.
- ARİSTOTELES: **Politika**, (Çeviri: Tunçay, Mete) Remzi Kitapevi, İstanbul, 1975.
- ARSLANLI, Halil: **Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954.
- AVANER, Esra Bengü: “Turing Testi Işığında Düşüncenin Multidisipliner İncelemesi III”, **Türkiye Bioetik Dergisi**, C.5, S.4, 2018.
- AYİTER, Nuşin: **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1981.
- BELAM, Martin: “Rebooting ‘Rossum’s Universal Robots’ For The 21st Century” (http://www.currybet.net/cbet_blog/2011/07/rebooting-rossums-universal-robots.php (erişim: 13.10.2019)).
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: “Yapay Zekanın Buluşlarının Patentlenmesi”, **Uyuşmazlık Muhakemesi Dergisi**, S.11, 2018.
- EREL, Şafak N.: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- ERSOY, Çağlar: **Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk**, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- FRENCHİ, Stefano/ GÜZELDERE, Güven: **Mechanical Bodies Computational Minds**, MIT Press, Cambridge, 2005.
- HANNAY, Chris: “Artist Faces Lawsuit over Computer System That Creates Randomly Generated Images.” (<https://www.theglobeandmail.com/arts/art-and-architecture/article-artist-faces-lawsuit-over-computer-system-that-creates-randomly/> (erişim: 02.12.2019)).
- HEBB, O. Donald: **The Organization of Behavior: A Neuropsychological**

Theory, John Wiley, NY, 1949.

HİRSCH, E. Eduard: **Fikrî ve Sinaî Haklar**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1948.

HOBBS, Thomas: **Leviathan**, (Çeviri: Lim, Semih) YKY, İstanbul, 2007.

<http://www.ntboxmag.com/2017/03/09/besteci-yapay-zeka-aiva/> (erişim: 22.11.2019).

http://www.universelle-automation.de/1966_Boston.pdf (erişim: 19.11.2019).

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41780346> (erişim: 27.11.2019).

<https://www.cbc.ca/radio/spark/409-1.4860495/can-an-artist-sue-an-ai-over-copyright-infringement-1.4860762> (erişim: 02.12.2019).

<https://www.goodmanship.ca/post/can-an-artist-sue-an-ai-for-copyright-infringement> (erişim: 02.12.2019).

<https://www.hansonrobotics.com/sophia/> (erişim: 22.11.2019).

<https://www.hurriyet.com.tr/dunya/dunyanin-ilk-vatandas-robotu-sophia-aile-kurmak-istiyor-40657329> (erişim: 27.11.2019).

KARA KILIÇARSLAN, Seda: “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, **YBHD**, C.4, S.2, 2019.

KAYNAK, Büşra: “Türk ve Alman Fikri Mülkiyet Hukukunda Eser Kavramı”, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.15, 2018.

KESAYAK, Burak: “Robot Etiği Ve Üç Robot Yasası” (<http://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/robot-etigi-ve-uc-robot-yasasi-41350024>) (erişim: 15.11.2019).

KILIÇOĞLU, Ahmet: **Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013.

KIRAN, Abdullah: “Aristoteles ve Kölelik”, **Route Educational and Social Science Journal**, C.5, S.14, 2018.

KUMMER, Max: **Das Urheberrechtlich Schützbare Werk**, Stämpfli, Bern, 1968.

KURZWEIL, Ray: **The Singularity Is Near: When Humans Transcend Biology**. The Penguin, NY, 2005.

MARGARYAN, Perrin: “Antik Yunan Mitlerinde Yapay Zekâ”, (<https://arkeofili.com/antik-yunan-mitlerinde-yapay-zeka/>) (erişim: 15.11.2019)).

- MURPHY, Mike: “Computers Can Now Paint like Van Gogh and Picasso”, (<https://qz.com/495614/computers-can-now-paint-like-van-gogh-andpicasso/> (erişim: 23.11.2019)).
- NİLSSON, Nils J.: **Yapay Zeka Geçmişi ve Geleceği**, (Çeviren: DOĞAN, Mehmet), Boğaziçi Üniversitesi Yayın Evi, İstanbul, 2019.
- ÖZTAN, Fırat: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008.
- PRİM, Harun: “Yapay Zeka”, **Journal of Yaşar University**, C.1, S.1, 2006.
- REHBİNDER, Manfred: **Urheberrecht**, C.H. Beck, München, 2008.
- SAY, Cem: “Evrım Ve Yapay Zekâ.” (<https://bilimveutopya.com.tr/evrim-ve-yapay-zeka> (erişim: 16.11.2019)).
- SCHRİCKER, Gerhard: **Urheberrecht Kommentar**, C.H. Beck, München, 2006.
- SEİLER, Edward/ H. JENKİNS, John: “What Are the Laws of Robotics, Anyway?” (http://www.asimovonline.com/asimov_FAQ.html#series13 (erişim: 15.11.2019)).
- SİNGER, Peter W.: **Wired For War: The Robotics Revolution an Conflict in The Twenty First Century**, The Penguin, NY, 2009.
- SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2017.
- SULUK, Cahit/ORHAN, Ali: **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku**, Arıkan, İstanbul, 2005.
- TEKİNALP, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- TURİNG, M. Alan: “Computing Machinery and İntelligence”, **Mind**, C.49, S.236, 1950.
- YARSUVAT, Duygun: **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul, 1984.
- YAVUZ, Levet/ALICA, Türkay/MERDİVAN, Fethi: **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu C.I**, Seçkin, Ankara, 2013.
- YILMAZ, Atıncı: **Yapay Zeka**, KODLAB 186, İstanbul, 2017.
- YILMAZ, Nalan: “Hephaistos”, (<http://lebriz.com/pages/Isd.aspx?lang=TR§ionID=12&articleID=787&bhcp=1> (erişim: 15.11.2019)).
- ZORLUEL, Mustafa: “Yapay Zeka ve Telif Hakkı”, **TBB Dergisi**, C.142, 2019.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

BEDEN MUAYENESİ, VÜCUTTAN BİYOLOJİK ÖRNEK ALMA, MOLEKÜLER GENETİK İNCELEME VE DNA VERİLERİNİN MUHAFAZASI İŞLEMLERİYLE İLGİLİ RIZA VE YETKİ SORUNLARI ÜZERİNE HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER

İzzet ÖZGENÇ*

ÖZ

Maddi gerçeğin araştırılmasının ve ortaya çıkarılmasının, bilimsel yöntemlerle ve bilimsel verilere dayalı olarak icrasının taşıdığı önem kadar, bu amaçla kişilerin bedeni üzerinde muayene yapılabilmesinin, kişilerin vücudundan biyolojik örnekler alınabilmesinin, bu örnekler üzerinde bilimsel inceleme yapılabilmesinin ve bu inceleme sonucunda elde edilen verilerin muhafazasının insan haklarıyla ilişkisi itibarıyla da sorunlarla karşı karşıya bulunmaktayız.

Maddi gerçeğin araştırılması uğuna özellikle iç beden muayenesine tabi tutulmasıyla kişinin sağlığı bakımından tehlike oluşması, kişinin özel (cinsel) hayatının gizliliğinin ortadan kaldırılması, vücuttan alınan biyolojik örnekler üzerinde yapılan moleküler genetik inceleme sonuçlarının (DNA verilerinin) muhafazası bağlamında önemli hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır

Bu işlemler bağlamında ilgilinin rızasının hukuki değer taşıyıp taşımadığı, kişinin rıza göstermemesine rağmen bu işlemlerin yapılabilirliği, bu işlemlerin herhangi bir hak ihlaline mahal vermeden hukuk zemininde yapılabilmesi bakımından kimlerin ne ölçüde yetkili olduğu hususlarına açıklık getirmek gerekmektedir.

Konunun kişi hak ve hürriyetleriyle sıkı ilişkisi dolayısıyla, Türkiye'nini taraf olduğu milletlerarası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri dikkate alınarak, mevzuatımızda kişinin vücudundan biyolojik örnek alınması, alınan biyolojik örnekler üzerinde inceleme yapılması ve tespit edilen bilimsel verilerin somut bir uyumsuzluk bağlamında delil olarak kullanılması ile ilgili karar ve işlem süreçleri, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Bu çalışma, söz konusu düzenlemelerin rıza ve yetki bağlamındaki hükümlerine yönelik ve keza, eksik kalan yönlerine işaret zımında açıklamalar içermektedir.

* **Prof. Dr.:** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD **E-Posta:** oezgenc@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-1805-8572

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775396

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/04/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05/06/2020

Anahtar Kelimeler: *Beden muayenesi, iç beden muayenesi, genital muayene, alkol muayenesi, biyolojik örnek, moleküler genetik inceleme, DNA verisi*

**LEGAL REMARKS ON THE ISSUES OF CONSENT AND AUTHORITY
REGARDING PHYSICAL BODILY EXAMINATION, TAKING
BIOLOGICAL SAMPLES FROM THE BODY, MOLECULAR GENETIC
TESTS AND STORAGE OF DNA DATA**

ABSTRACT

Seeking and revealing of the material truth should be done according to scientific methods and be based on scientific data. However, this requirement confronts us with human rights related issues arising from the physical examination of the individuals and collecting biological samples from them, upon which further scientific studies would be conducted and the related data would be stored.

Actions taken for the sake of seeking the material truth triggers legal problems in the context of endangering one's health as a result of internal bodily physical examination, violation of private (sexual) life and storage of molecular genetic test data (DNA data) obtained after studying of biological samples taken from the individuals.

Within the context of all these activities, the question of whether the consent of the individuals bear any significance, whether such actions can be performed despite the lack of such consent and who is, and to what extent, is in charge in order to enable the performance of such actions without resulting in violation of any fundamental rights should be clarified.

Taking into account the close relation of the topic with the human rights and that Turkey has several obligations coming from the international treaties to which she is a party, taking biological samples from an individual's body, examination thereof and the decisions and processes regarding the admissibility of the evidence obtained in this manner are covered by a detailed body of rules.

This study includes explanations on the provisions regarding consent and authority, in addition to other necessary aspects of such regulations.

Key Words: *Physical bodily examination, internal bodily physical examination, alcohol tests, genital examination, biological samples, molecular genetic tests, DNA data*

I. Giriş

Günümüz ceza muhakemesi hukukunun en önemli özelliği, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında, geleneksel ispat araçlarından ziyade, bilimsel yöntemlerle ve bilimsel verilere dayalı olarak maddi gerçeğin araştırılmasının ve ortaya çıkarılmasının sağlanmasıdır. Bu amaçla kişilerin bedeni üzerinde muayene yapılabilmekte, kişilerin vücudundan biyolojik örnekler alınabilmekte ve bu örnekler üzerinde yapılan bilimsel incelemeler sonucunda birtakım veriler elde edilebilmektedir.

Kişilerin sağlığına ve cinsel hayatına ilişkin veriler ile biyometrik ve genetik verileri, “özel nitelikli kişisel veri”^{1,2} olması itibarıyla, bu veriler bağlamında delil elde edilmesi, elde edilen delillerin kullanılması ve muhafazası, önemli bir insan hakkı sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca, bu verilerin hangi koşullarda bir ispat aracı olarak kullanılabilceği, bir ispat aracı olarak kullanılmak üzere bu verilerin tespiti ve elde edilmesi usulü, bu konuda karar alma süreci, alınan kararın icrası süreci, elde edilen verilerin muhafazası hususlarının kanunla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu çalışma, söz konusu yükümlülükler çerçevesinde hazırlanan ve kanunlara mahsus hazırlık süreçlerinde görev yaptığım mevzuatımızda yer alan hükümlerin uygulanmasına ve eksik kalan yönlerine işaret zımında açıklamaları içermektedir.

II. Genel Olarak Beden Muayenesi

Gerek önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde gerek adli soruşturma ve kovuşturma sürecinde kişilerin üzerinde **arama** yapılabileceği yönünde ortak bir kabul mevcuttur. Kişinin üzerinde arama yapılmasının **bedeni üzerinde harici muayene** mahiyeti taşıdığı bilinen bir husustur. Bu muayenenin önleyici kolluk aramasının ve koruma tedbiri olarak aramanın koşulları çerçevesinde yapılması gerektiği de bilinen bir husustur. Özellikle belirli suçlara ilişkin soruşturma veya kovuşturma sürecinde kişilerin bedeni üzerinde

¹ Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa Konseyi “**Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi**” (Strazburg, 28.1.1981, ETS No: 108), m. 6 (Sözleşme metni için bkz. RG: 17 Mart 2016/29656; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 3 [Milletlerarası Sözleşmeler], Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi yayını, Ankara, Nisan 2017, sh. 899 vd.).

² 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı **Kişisel Verilerin Korunması Kanunu**, m. 6.

harici muayene yapılmasının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından yetersiz olacağı da kuşkusuzdur. Bu itibarla, belirli hallerde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, ancak belirli koşullara uygun olarak kişilerin **iç beden muayenesine** tabi tutulmasıyla sağlanabilir. Keza, bu muayene çerçevesinde, yine belirli koşullara uygun olarak, kişinin **vücutundan** çeşitli **örnekler alınarak**, bir **incelemeye** tabi tutulabilir ve bu örnekler üzerinden birtakım **tespitlerde** bulunulabilir.

III. Delil Elde Etme Yöntemi Olarak, Şüpheli veya Sanık Üzerinde İç Beden Muayenesi

Ceza muhakemesi sürecinde delil elde etme yöntemi olarak **şüpheli veya sanığın** üzerinde **iç beden muayenesi** yapılabilir ve **vücutundan örnek alınabilir** (CMK, m. 75).

“*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*”teki³ tanıma göre, **iç beden muayenesi**, “*kaşa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini*” ifade eder (m. 3, f. 1).

Keza, “*cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene*”, iç beden muayenesine ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur (CMK, m. 75, f. 4; Yönetmelik, m. 4, f. 4). Bu itibarla, şüpheli veya sanığın örneğin genital bölgelerinde yapılabilecek olan muayene, ancak iç beden muayenesine ilişkin hükümlere göre yapılabilir.

İç beden muayenesinin mutlaka bir tıbbî inceleme olması gerekmemektedir. Şüpheli veya sanığın genital bölgesinde saklamış bulunduğu cismin, örneğin uyuşturucu veya uyarıcı maddenin tespitine yönelik olarak yapılacak olan muayene de iç beden muayenesi hükümlerine tabidir.

CMK hükümlerine göre bu muayenenin yapılmasına kural olarak **hâkim** karar verebilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bilahare hâkimin onayına sunulmak koşuluyla **Cumhuriyet savcısı** tarafından da bu karar verilebilir (CMK, m. 75, f. 1).

Türk Ceza Kanununda, “**Genital muayene**” başlığıyla, diğer ülke ceza kanunlarda örneği bulunmayan bir suç tanımına yer verilmiştir:

“*Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye*

³ Çalışma kapsamında, “*Yönetmelik*” olarak zikredilecektir.

gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” (TCK, m. 287, f. 1)

Bu suç tanımına göre de, cinsiyeti ne olursa olsun, şüpheli veya sanığın **genital** bölgesinde **muayene** yapılmasına CMK, m. 75, f. 1 hükümlerine paralel olarak, ancak **hâkim** veya **Cumhuriyet savcısı** karar verilebilir. Başka bir ifadeyle, şüpheli veya sanığın **genital** bölgesinde **muayene**, ancak **hâkim** veya **Cumhuriyet savcısı** kararına istinaden yapılabilir. Şüpheli veya sanığın rızası olsa bile, hakim veya Cumhuriyet savcısı kararı olmadan bu muayene yapılamaz.

İç beden muayenesi, “*ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir*” (CMK, m. 75, f. 3).

Bu itibarla, **kolluk tarafından şüpheli veya sanığın genital bölgesinde saklamış bulunduğu cismin, örneğin uyuşturucu veya uyarıcı maddenin tespitine yönelik olarak arama yapılamaz.**

Ancak belirtmek gerekir ki, bu muayeneyi yapma yetkisi bakımından CMK ile Yönetmelik hükümleri arasında bir çelişki bulunmaktadır. Kanuna göre, iç beden muayenesinin, tabip dışında sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından da yapılabilmesi mümkündür. Oysa Yönetmeliğe göre, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi “*ancak tabip tarafından*” yapılabilir (m. 4, f. 2). Yönetmeliğin Kanuna aykırı olan söz konusu düzenlemesi, hukuken sorunludur. Bu hükme göre, şüpheli veya sanığın genital bölgesinde saklamış bulunduğu örneğin paranın, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin tespitine yönelik olarak arama uygulamasının da ancak tabip tarafından yapılması gerekecektir. Oysa bu aramanın sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilmesi hukuken mümkündür.

Önemle belirtmek gerekir ki, **teknik cihazlarla haricen örneğin mide ve bağırsakların görüntüsünün alınmasına yönelik olarak yapılan muayene, iç beden muayenesi** mahiyeti taşımaktadır.^{4, 5} Bu itibarla, şüpheli veya sanığın vücudu üzerindeki bu muayenenin, yani mide ve bağırsak gibi iç organlarını teknik cihazlarla görüntülemenin de CMK, m. 75, f 1 hükümlerine göre,

⁴ Yargıtay 10.CD, 24.10.2016, E. 2016/2594, K. 2016/3239; aynı Daire, 7.12.2016, E. 2016/3445, K. 2016/4053.

⁵ Bkz. TURHAN, Faruk: *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)*, in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2008, sh. 1025 vd., 1030.

mahkeme, hakim veya Cumhuriyet savcısının kararına istinaden yapılması gerekmektedir.⁶ Ancak, Yönetmelikte, bu bağlamda yanlış anlaşılma

⁶ **Anayasa Mahkemesinin 27.3.2019** tarihli ve 2015/19012 Bireysel Başvuru sayılı kararı (RG: 1 Mayıs 2019/30761) konu teşkil eden olayda; yabancı uyruklu kadın X, uçakla Brezilya'dan İstanbul'a gelir. Havalimanında güvenlik kontrolünden geçişi sırasındaki tedirgin davranışlarından şüphelenen kolluk görevlileri X'i izlemeye alırlar. Havalimanının çıkışına kadar takip edilen X, kolluk görevlilerince polis merkezine götürülür. X, polis merkezinde bagaj ve eşyaları kontrol amacıyla aranırken, elinde bulunan beyaz renkli bir balonu, koltuğun arasına saklamaya çalışır. Durumu fark eden kolluk görevlileri bu balonun içinde toplam beş paket halinde, daralı ağırlığı 18 gram kokain bulunduğunu tespit ederler. Bu arada X tuvalet ihtiyacı olduğundan bahisle tuvalete gitmek ister. X'in vücut boşluğunda başka uyuşturucu maddeler de olabileceğinden şüphelenilmesi dolayısıyla, kendisine bir kadın kolluk görevlisi eşlik ederek tuvalete gitmesine müsaade edilir.

Kolluk görevlisi X'e bir boş kap vererek tuvaletini bu kabın içine yapmasını ister. X, kolluk görevlisi yanında olduğu halde tuvalet ihtiyacını giderir. Bunun hemen akabinde tuvaletten ayrılmadan **kolluk görevlisi** eline eldiven takarak X'in **cinsel organına elini sokar** ve burada yaptığı arama sonucunda bir adet beyaz balon içerisinde daralı ağırlığı 40 gram gelen kokain maddesi ele geçirir.

Bunun üzerine durumdan haberdar edilen Cumhuriyet savcısı X'in üzerinde iç beden muayenesine karar verir. Hastanede röntgen cihazıyla yapılan iç beden muayenesinde X'in sindirim organlarının içinde yabancı cisim olduğu tespit edilir. Bu sebeple X'in **lağman yöntemiyle dışkılama sağlanarak**, 28 adet kapsül halinde daralı ağırlığı 130 gram kokain maddesi daha ele geçirilir. Cumhuriyet savcısının iç beden muayenesine dair kararı, sulh ceza hakimi tarafından onanır.

Uyuşturucu madde ithali dolayısıyla hakkında kamu davası açılan X, 25 yıl hapis cezasına mahkum edilir. Bu mahkumiyet hükmü, Yargıtay tarafından yapılan temyiz incelemesi sonucunda onanarak kesinleşir (10.CD, 30.6.2014, E. 2012/28058, K. 2014/4989).

Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki gerekçelerle, bu yargılama sürecinde, "*Anayasa'nın 36. maddesi altında güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında **hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar***" vermiş (pn. 87); buna karşılık, söz konusu Kararda "*kolluk görevlileri tarafından başvuru üzerinde gerçekleştirilen **iç beden muayenesinin kanunilik unsurunu taşımaması nedeniyle başvurunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.***" (pn. 91)

X, koluğun bu arama ve elkoyma faaliyeti sürecinde bir cismani acıdan ya da psikolojik bir harabiyetten bahsetmemiştir. Hakkında düzenlenen adli raporda vücudunda herhangi bir yaralanma bulgusuna rastlanmadığı belirtilmiştir. Keza, söz konusu arama işlemi X'in hemcinsi olan bir kadın kolluk görevlisi tarafından, sair kişilerin göremeyeceği bir ortamda ve hijyen kurallarına dikkat edilerek yapılmıştır. (pn. 49)

*"Ancak başvurunun delilleri saklaması ya da yok etmesi riskine önlem alınmasının ötesinde başvurunun vücut boşluğunda daha çok miktarda uyuşturucu madde taşıdığı şüphesiyle başvurunun cinsel organında elle arama yapılması ... kanuni sınırlamalara tabi tutulmuştur. Belirtilen yasal düzenlemede cinsel organda yapılan aramaların **iç beden muayenesi** olduğu, bu muayenenin ancak Cumhuriyet savcısı ve/veya hâkim kararı ile yapılabileceği, ayrıca muayene işlemi doktor veya sağlık görevlisi dışında başka bir kimsenin yapamayacağı belirtilmiştir. Anılan bu kanuni düzenlemeler anayasal hakkın ne şekilde sınırlandırılabilmesiyle ilgili ve birey lehine bazı güvenceler içermektedir. Dolayısıyla söz konusu kanuni sınırlamalara uyulmaması hâlinde anayasal hakkın da ihlal edilmesi durumu ortaya çıkabilecektir. Başvuru konusu olayda bu güvencelere uygun hare-*

sebebiyet verecek bir hükme yer verilmiştir:

“Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip

*ket edilmediği ilk bakışta anlaşılabilmekte ve kamu makamlarınca da buna dair tatmin edici bir açıklama getirilmediği görülmektedir. Zira başvurunun vücut boşluğunda uyuşturucu madde taşıdığı yönündeki haklı ve yoğun şüphe hâlinde dahi kolluk görevlilerince yapılması gerekenin delillerin kaybolmasına mani olarak derhâl adli amir pozisyonunda olan Cumhuriyet savcısını aramak ve alınacak talimat doğrultusunda hareket etmek olduğu açıktır. Bu hâlde kolluk görevlisince gerçekleştirilen eylemin kanuni bir dayanağının olduğu söylene-
mez.” (pn. 67)*

“Başvurunun üzerinde ve vücut boşluğunda -balonlar içinde ve ambalajlı şekilde muhafaza edilmiş hâlde- kokain maddesi ile yurda giriş yaptığı hususunda ihtilaf bulunmamaktadır. Söz konusu uyuşturucu maddelerin ilk etapta başvurunun üzerinden ele geçirilen 18 g'lık kısmına ve Cumhuriyet savcısının kararı ile Hastanede yapılan iç beden muayenesi sonucu ele geçirilen 130 g'lık kısmına dair bir hukuka aykırılık şikâyeti de bulunmamaktadır. Başvurunun hukuka aykırı olarak ele geçirildiğini iddia ettiği uyuşturucu madde, cinsel organında kolluk görevlisince elle yapılan arama sonucu ele geçirilen 40 g'lık kokain maddesine ilişkindir. Başvurucu hakkındaki yargılama sürecine ve hakkındaki mahkûmiyet kararına bakıldığında şikâyete konu edilen aramaya ilişkin herhangi bir hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delil değerlendirmesi yapılmadığı görülmektedir. Ancak söz konusu delilin hukuka aykırı şekilde elde edildiği de ilk bakışta anlaşılabilmektedir.” (pn. 83)

“Kararın gerekçesinden ele geçirilen uyuşturucu maddelerin arasında hukuka aykırı olarak ele geçirildiği hususunda şikâyet edilen 40 g'lık miktarın da yer alıp almadığı tam olarak anlaşılammaktadır. Keza başvuru tarafından hukuka aykırı delil iddiası ileri sürülmesine rağmen, Mahkemenin bu hususta ayrıca ve açık bir değerlendirme yapma yoluna gitmemesi de anılan belirsizliği kuvvetlendirmektedir. Dolayısıyla Mahkemenin kurduğu mahkûmiyet hükmüne, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan uyuşturucu maddeyi de dâhil etmediği kesin olarak söylenemeyecektir. Bu nedenle biran için söz konusu hukuka aykırı delilin mahkûmiyet kararına esas alındığı kabulüne göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.” (pn. 84)

“Bu doğrultuda, başvurunun hukuka aykırı şekilde elde edildiğini ileri sürdüğü 40 g kokain maddesinin mahkûmiyet hükmünde tek veya belirleyici delil niteliğinde olup olmadığına bakılmalıdır. Kararda, hukuka aykırı yolla elde edilen 40 g kokain maddesinin dışında başvurucuda ele geçirilen ve hukuka aykırı bir şekilde elde edildiği ileri sürülmeyen toplam 148 g ağırlığındaki kokain maddesine de dayanıldığı ve bu miktarın bile suçun nitelemesi için yeterli olduğu yönünde bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Mahkeme bundan başka başvurunun Türkiye'deki planlı seyahat süresinin kısa olmasını ve ele geçen kokain maddesinin ambalajlanma biçimini de gözettiştir. Mahkeme kararının bu gerekçesi gözetiildiğinde anılan delilin tek olmadığı gibi belirleyici bir niteliğinin de bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.” (pn. 85)

*“Ayrıca başvuru delilin özgünlüğü ve doğruluğuyla çelişme ve bu delilin kullanımına karşı itirazlarını gerek ilk derece mahkemesi gerekse Yargıtay nezdinde öne sürme imkânına sahip olmuş, yargılama sırasında silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri gözeti-
miştir. Derece mahkemesi başvurunun iddialarını esastan incelemiş ve kararında yeterli gerekçeye yer vermiştir. Bütün bu hususlar gözetiildiğinde hukuka aykırı yolla elde edilen 40 g kokain maddesinin mahkûmiyete esas alındığı düşünülse dahi yargılamanın hakka-
niyetini zedelediği sonucuna ulaşılmaktadır.” (pn. 86)*

gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.”
(m. 5, f. 4)

Niteleme bakımından sorunlu olmakla birlikte, söz konusu düzenlemedeki yetkiye ilişkin hüküm, doğrudur.

İç beden muayenesi gibi, şüpheli veya sanığın **vücudundan örnek alınması** da mahkeme, hakim veya Cumhuriyet savcısının kararına istinaden (CMK, m. 75, f. 1; Yönetmelik, m. 6, f. 1)⁷ ancak **tabip** veya **sağlık mesleği mensubu** diğer bir **kişi** tarafından yapılabilir. Bu örnek alma işlemi, tabip tarafından yapılabileceği gibi, tabibin gözetimi altında sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından da yapılabilir (Yönetmelik, m. 6, f. 2). Şüpheli veya sanığın vücudundan kan, idrar veya benzeri biyolojik örnek alınması, tabip tarafından veya tabibin nezareti altında sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Ancak, bazı durumlarda bu örnek alma işleminin münhasıran tabip tarafından yapılması gerekebilir. Örneğin cinsel suç mağdurunun bu sebeple hamile kaldığı durumlarda, failin tespiti amacıyla yönelik olarak DNA testi için ana rahmindeki ceninden örnek alınması işlemi ancak tabip tarafından gerçekleştirilebilir.

Ayrıca işaret etmek gerekir ki, vücuttan örnek alınmasıyla, alınan örnekler üzerinde bilimsel yöntemlerle inceleme yapılmasını ve tespitlerde bulunulmasını birbirine karıştırmamak gerekir. Alınan örnekler üzerinde **moleküler genetik inceleme** yapılmasının gerekli olması halinde, bu incelemenin yapılmasına **ayrıca karar** verilmesi gerekir ve bu karar sadece **hakim** tarafından verilebilir (CMK, m. 79, f. 1; Yönetmelik, m. 13, f. 1).⁸ Keza, bu inceleme ve tespitlerin, bilirkişilikle ilgili mevzuat hükümlerine göre yapılması gerekmektedir (CMK, m. 79, f. 1, 2; Yönetmelik, m. 13). Belirtmek gerekir ki, moleküler genetik inceleme, vücuttan alınan örnekler kullanılarak,

⁷ Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 22.5.2014 tarihli ve E. 2014/6636, K. 2014/10238 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; 1942 doğumlu olan bayan S'nin kardeşi U, 16.5.2003 tarihinde ölür. S, kardeşi U'nun ölümünden yaklaşık iki ay sonra 18.7.2003 tarihinde eşinden boşanır ve U'nun 1956 doğumlu olan dul kızı T'nin kimlik bilgilerini kullanarak kendisine nüfus cüzdanı çıkartılmasını sağlar. Artık ölen U'nun kızı olarak görünen S, bu münasebetle sosyal güvenlik sistemi üzerinden kendisine dul ve yetim aylığı bağlanmasını sağlar ve 1.6.2003 tarihinden itibaren bu aylığı almaya başlar. Ayrıca S, boşanmış olmasına rağmen, kocası ile beraber yaşamaya devam eder.

Yargıtay, hakkında dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçlarından dolayı açılan ve görülmekte olan kamu davasında, S'nin babasının tespiti amacıyla moleküler genetik inceleme (DNA testi) yapılması gerektiğine karar vermiştir.

⁸ Yargıtay 13.CD, 7.11.2012, E. 2012/17565, K. 2012/23123.

“kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasını ifade eder” (Yönetmelik, m. 3). Bu itibarla DNA testi, moleküler genetik incelemenin bir çeşidini ifade etmektedir.

İç beden muayenesi mahiyeti taşımasa bile, şüpheli veya sanığın vücudu üzerindeki “*tıbbî inceleme*”nin münhasıran tabip tarafından yapılması gerektiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Tıbbî bir tespite matuf muayene, bilirkişilikle ilgili mevzuat hükümlerine göre, ancak tabip tarafından yapılabilir. Şüpheli veya sanığın psikiyatrik bakımdan bir rahatsızlığının olup olmadığının, kör veya sağır olup olmadığının tespiti amacıyla yapılan muayene, bu bağlamda bir örnektir.

Kanunun düzenlemesine göre, şüpheli veya sanığın **dış beden muayenesi**, genel arama hükümlerine tabidir.^{9,10} Bu muayenenin bir “*tıbbî inceleme*” mahiyetinde olması da gerekmemektedir.¹¹

Bu itibarla, şüpheli veya sanığın örneğin ağzında sakladığı cismin tespiti amacıyla muayenenin arama hükümlerine göre yapılması gerekir. Bu muayenenin herhangi bir sağlık görevlisi tarafından yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Ancak Yönetmelikte, dış beden muayenesi de bir “*tıbbî inceleme*” olarak nitelendirilmiştir. Buna göre, dış beden muayenesi, “*vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini*” ifade eder (m. 3, f. 1).¹²

⁹ Şüpheli veya sanığın “*ağız, koltuk altı gibi beden boşlukları ile ayak, kol, saç arası gibi vücut bölgelerine tıbbi araç veya yöntemler kullanılmaksızın bakılması arama hükümlerine tabidir.*”: CGK, **3.12.2019**, E. 2016/427, K. 2019/688; CGK, **28.11.2019**, E. 2016/935, K. 2019/678; CGK, **7.11.2019**, E. 2017/736, K. 2019/651; CGK, 18.10.2016, E. 2016/57, K. 2016/374. Ayrıca bkz. ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 9. bası, Ankara, Ağustos 2019, sh. 64.

¹⁰ Aksi fikir için bkz. ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, cilt 2, 15. bası, Ankara, Mayıs 2019, sh. 600.

¹¹ Dış beden muayenesinin arama hükümlerine tabi olmayacağı, bu nedenle aramadan farklı olarak, burada işlemi yapacak kişinin basit de olsa tıbbi bilgisinin bulunmasının zorunlu olduğu yönünde görüş için bkz. ÖZTÜRK, Bahri/KAZANCI, Behiye Eker/GÜLEÇ, Sesim Soyer: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 3. bası, Ankara, Kasım 2019, sh. 221.

¹² Buna bağlı olarak söz konusu Yönetmelikte, şüpheli veya sanık üzerinde “dış beden muayenesi” de özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur (m. 5).

“*Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi*

Oysa, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin tıbbi yönünün olması ve tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılması gerekmemektedir. Kolluk görevlisinin de şüpheli veya sanığın dış beden muayenesini yapabilmesi gerekir. Şayet yapılacak olan muayene bir “*tıbbî inceleme*” karakteri taşıyorsa, yukarıda da belirtildiği gibi, iç veya dış muayene olması arasında bir fark gözetmeksizin, bunun duruma göre ancak “*tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından*” yapılması gerekir. Bu itibarla, şüpheli veya sanığın vücudu üzerinde tıbbî karakter taşıyan bir muayene, ancak CMK, m. 75, f. 1’de belirlenen usule göre hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısının kararı üzerine yapılabilir.

Keza belirtmek gerekir ki, yakalanan veya gözaltına alınan şüpheli, bu işlemlerle ilgili süreçte işkence ve kötü muameleye maruz bırakılmış olup olmadığının tespitine yönelik olarak tıbbi muayeneden geçirilir (“**Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği**”, m. 9). Soruşturma konusu suçla ilgili delil elde etmek amacına yönelik olmadığı için, bu kontrolle ilgili olarak CMK, m. 75 hükümlerine istinaden karar alınmasına gerek bulunmamaktadır.¹³

Dikkat edilmelidir ki, bu muayenenin yapılması ve vücudundan örnek alınması ile ilgili olarak şüpheli veya sanığın **rızasının olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır**.¹⁴ Bu bağlamda, şüpheli veya sanığın **katlanma**

MADDE 5 – (1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.

(2) Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.

(3) Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(4) Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de beden dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.”

¹³ Aynı yönde bkz. YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. bası, Ankara, Ağustos 2019, sh. 633; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, sh. 224.

¹⁴ “Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına **rıza vermeleri hâlinde**, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca **gerekli önlemler** alınır.” (Yönetmelik, m. 18, f. 1). Ayrıca bkz. ŞAHİN/GÖKTÜRK, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, sh. 65.

yükümlülüğü söz konusudur.^{15, 16}

Bu itibarla, şüpheli veya sanık, bu muayeneye ve vücudundan örnek alınmasına rıza gösterse bile, bu işlemler CMK, m. 75, f. 1’de belirlenen usule göre hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısının kararı üzerine yapılabilir. Şüpheli veya sanığın rızasıyla olsa bile, CMK, m. 75, f. 1’de belirlenen usule göre alınmış hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısının kararı olmaksızın yapılan muayeneye ve alınan örneklerle dayalı olarak yapılan tespitler, **hukuka aykırı delil** olarak kabul edilecektir.

Keza, bu muayene ve vücuttan örnek alma işlemleri bağlamında şüpheli veya sanık ile tabip arasındaki ilişki **hasta - hekim ilişkisi** olmadığı için, kişinin rızasının bulunmadığından bahisle bu işlemleri yapmaktan imtina edilemez.¹⁷ Ancak belirtmek gerekir ki, şüpheli veya sanığın bu muayeneye

¹⁵ ŞAHİN/GÖKTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukuku II, sh. 67; ÖZBEK, Veli Özer: *DNA Verileri ve Türkiye DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz*, in: Ceza Hukuku Dergisi, yıl 2, sayı 3, Nisan 2007, sh. 47 vd., 59, 63.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, usulüne göre alınmış hakim kararına istinaden şüpheli sıfatını taşıyan kişilerin vücudundan zor kullanılarak biyolojik örnek (tükürük örneği) alınması olayında, “*Anayasanın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilmediğine karar*” vermiştir (21.4.2016 tarihli ve 2013/5617 Bireysel Başvuru sayılı karar, pn. 83)

Ancak buna rağmen, şüpheli veya sanığın rızası aranmaksızın beden muayenesine tabi tutulabilmesini ve vücudundan örnek alınabilmesini eleştiren yazarlar bulunmaktadır: AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin: *Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu*, in: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, sh. 1172; KAZAKER, Gözde: *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*, in: Ceza Hukuku Dergisi, yıl 11, sayı 31, Ağustos 2016, sh. 185; KAPLAN, Mahmut/AYDIN, Özgür: *Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 2, sayı 3, Haziran 2016, sh. 128. Bu çerçevede, şüpheli veya sanığın rıza göstermemesine rağmen kendisine zorla tıbbi müdahalede bulunulmasının tıbbin kuralları ile uyumlayacağı ileri sürülmüştür: HAKERİ, Hakan: *Tıp Hukuku*, 16. bası, Ankara, Mart 2019, sh. 437; ARICAN, Nadir: *Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulamaları*, in: Fasikül Hukuk Dergisi, yıl 2, sayı 7, Haziran 2010, sh. 24; FİNCANCI, Şebnem Korur/YORULMAZ, Coşkun: *Beden Muayenesi*, in: Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Ceza Sorumluluğu, Tıbbî Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, sh. 145. Hatta, söz konusu uygulamanın Anayasaya aykırılık teşkil ettiği yönünde de düşünceler ileri sürülmüştür: AKBULUT, Berrin: *Dış Beden Muayenesi*, in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, yıl 7, sayı: 27, Temmuz 2016, sh. 116. Ancak *Akbulut*’un da müşterek yazarları arasında bulunduğu diğer bir çalışmada, mahiyeti itibarıyla beden muayenesinde, diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi, şüpheli veya sanığın rızasının aranmayacağı yönünde değerlendirilmediği bulunulmuştur (DÜLGER, İbrahim/AKBULUT, Berrin/CİN, Onursal/AYDIN, Murat: *Beden Muayenesi, Genetik-Moleküler İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti*, in: 11. Ceza Hukuku Günleri, Koruma Tedbirleri ve Türk Anayasaları İle Yeni Anayasa Önerilerinin Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenlemeler, 1-3 Haziran 2016, sh. 353 vd.).

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bası,

ve vücutundan örnek alınmasına direnmesi halinde, bu dirence rağmen söz konusu işlemlerin sağlıklı bir şekilde yapılması sorun oluşturabilir. Bu mülahazalardır ki Kanunda,

“İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir”

hükmüne yer verilmiştir (m. 75, f. 2; ayrıca bkz. Yönetmelik, m. 4, f. 3).

Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesine ve vücutundan biyolojik örnek alınmasına ilişkin CMK, m. 75 hükümleri ancak üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili olarak uygulanabilir (f. 5; ayrıca bkz. Yönetmelik, m. 4, f. 5; m. 6, f. 4).

Ayrıca işaret etmek gerekir ki, şüpheli veya sanık bilahare herhangi bir sebeple ölmüş ise, cesedi üzerinden kan, idrar, tükürük, saç ve tırnak gibi biyolojik örnek alınması CMK, m. 75 hükümlerine tabi değildir.¹⁸ Keza, “*özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklı*” tutulmuştur (CMK, m. 75, f. 7; Yönetmelik, m. 6, f. 5).

IV. Mağdur Üzerinde Dış veya İç Beden Muayenesi

Ceza muhakemesi sürecinde delil elde etme yöntemi olarak **mağdurun** üzerinde de dış veya iç beden muayenesi yapılabilir ve vücutundan örnek alınabilir (CMK, m. 76). Bu bağlamda mağdur, **yaşayan kişidir**. Şayet mağdur ölmüş ise, Ceza Muhakemesi Kanununun artık beden muayenesine ilişkin hükümleri değil, “adli muayene” ve otopsiye ilişkin hükümleri (m. 86, 87) uygulanır.¹⁹

Mağdur söz konusu olduğunda, **bu muayenenin iç veya dış beden muayenesi olması arasında bir ayırım gözetilmemiştir** (CMK, m. 76, f. 1). Örneğin kasten yaralama fiiline maruz kalmış olan kişinin vücutundaki yaraların özellikleri ve etkileri, failin ceza sorumluluğu bakımından önemlidir. Bu nedenle, mağdurun vücutundaki yaraların özelliklerinin ve etkilerinin tespiti amacıyla vücutunda muayene yapılması gerekmektedir. Mağdurun rızasıyla ve tabip marifetiyle yapılan bu muayene ile ilgili olarak uygulamada bir sorun yaşanmamaktadır.

Ankara, Ağustos 2019, sh. 362, 394.

¹⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. bası, sh. 634.

¹⁹ Farklı fikir için bkz. ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, sh. 610, 652.

Keza, cinsel suç mağduru olan kişinin maruz kaldığı cinsel davranışın vücudu üzerindeki etkisinin ve hatta, failin kimliğinin tespitine yönelik olarak beden muayenesine tabi tutulması ve **vücudundan örnek alınması** gerekmektedir.²⁰

Yukarıda açıkladığımız gibi, hukuk sistemimizde, “*cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan*” muayene, iç beden muayenesine ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur (CMK, m. 75, f. 4).

Özellikle cinsel suç mağduru bakımından yapılması gereken bu muayenenin rızaya dayalı olup olmaması, bir sorun oluşturmaktadır.

CMK’ya göre, “mağdurun rızasının varlığı halinde,” iç veya dış beden muayenesine tabi tutulması ve vücudundan örnek alınması için hakim mahkeme veya Cumhuriyet savcısının kararına “gerek yoktur” (m. 76, f. 2). Ancak bu hükmün, bütün suçlar ve bütün muayeneler bakımından uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi örneğin kasten yaralama suçunun ve keza, işkence ve eziyet suçlarının mağdurunun vücudu üzerinde yapılacak olan muayene için rızasının varlığı yeterlidir.²¹ Ancak **cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen bir suçun mağdurunun açık rızası olsa bile, sadece bu rızaya dayalı olarak vücudu üzerinde genital muayene yapılamaz. Bu muayene ancak CMK, m. 76, f. 1 hükümlerine göre verilmiş olan hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısının kararı üzerine yapılabilir.** Bu sonuca, yukarıda bahis konusu ettiğimiz TCK, m. 287’deki suç tanımından ulaşılmaktadır.

CMK, m. 76, f. 2 hükmünün mefhumu muhalifinden çıka diğer bir sonuç da şudur: Cinsel suç mağdurunun genital muayeneye tabi tutulması, yani cinsel organlarında muayene yapılması ve vücudundan örnek alınması hususunda **rızası olmasa bile**, CMK, m. 76 hükümlerine göre verilmiş hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısının kararına istinaden bu işlemler yapılabilecektir. Nitekim Kanun bu bağlamda mağdurun rızasına ancak tanıklıktan çekinme sebeplerinden birinin varlığı halinde değer atfetmiştir (CMK, m. 76, f. 4; Yönetmelik, m. 10). Buna göre, örneğin cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunun mağdurunun, faili ile arasındaki akrabalık ilişkisi dolayısıyla tanıklıktan çekinebileceği bir durumda (CMK, m. 45, f. 1), beden muayenesine ve vücudundan örnek alınmasına rıza göstermediği takdirde, bu işlemler

²⁰ Yargıtay 14.CD, 27.11.2014, E. 2013/2494, K. 2014/13399.

²¹ Yargıtay 13.CD, 7.11.2012, E. 2012/17565, K. 2012/23123.

yapılamayacaktır.²²

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu muayene ve vücuttan örnek alma işlemleri bağlamında mağdur ile tabip arasındaki ilişki **hasta - hekim ilişkisi** olmadığı için, kişinin rızasının bulunmadığından bahisle bu işlemleri yapmaktan imtina edilemez. Ancak mağdurun bu muayeneye ve vücutundan örnek alınmasına rıza göstermemesi halinde, buna rağmen söz konusu işlemlerin sağlıklı bir şekilde yapılması sorun oluşturabilir.

Cinsel suç mağduru üzerinde beden muayenesi “**ancak tabip tarafından**” (Yönetmelik, m. 7, f. 2); vücutundan örnek alınması ameliyesi ise, “**ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir**” (Yönetmelik, m. 8, f. 2).

Mağdurun vücutuna bu müdahaleler, “**sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla**” yapılabilir (CMK, m. 76, f. 1).²³

Şüpheli veya sanıktan farklı olarak, iç beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması çerçevesinde **mağdura cerrahi müdahalede bulunulamaz**. Bu itibarla, mevzuatımızda iç beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması çerçevesinde **şüpheli veya sanığa cerrahi müdahalede bulunulmasına**

²² Hukuk uygulamamızda bu hükümler bakımından en ilginç olay, 2000’li yılların başında gerçekleşmiştir. “Tarikat şeyhi” olarak geçinen ve Y ile evli olan X, bu suretle sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, kendisine bağımlı hale gelen çok sayıda kadın ile cinsel birliktelik yaşar. Bu cinsel birlikteliklerini “imam nikahı” ile ve aynı anda dört kişi ile sınırlı tutmak suretiyle “meşrulaştırma” çabası içine girer. Bu cinsel birlikteliklerden çok sayıda çocuk dünyaya gelir. Bu çocukların, X ile Y’nin evliliğinden meydana gelmiş çocuklar ve analarının Y olduğu beyanıyla nüfusa kaydedilmeleri sağlanır. Nüfus kayıtlarına göre, bu çocuklardan bir kısmının doğum tarihleri arasında dokuz aydan daha kısa süre bulunmaktadır. Bu olayla ilgili olarak X hakkında yeni TCK ve CMK’nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden önce Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığında başlatılan soruşturmada, “mağdur” (!?) kabul edilen Y’nin rızasının olmaması gerekçe gösterilerek vücutundan örnek alınmamış, DNA testi yapılmamış ve bu suretle X hakkında takipsizlik kararı verilmesi sağlanmıştır.

²³ Yönetmelikteki ifadeye göre; mağdurun vücutuna bu müdahaleler, “**sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla**” yapılabilir (m. 7, f. 1; m. 8, f. 1). Bu düzenleme, Kanundaki sınırlama ölçütünü oldukça daraltmış bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, Yönetmeliğin bu düzenlemesi karşısında, örneğin mağdurun rıza göstermemesi dolayısıyla tabibin muayene yapmaktan ve vücuttan örnek almaktan imtina etmesine mağdurun sağlığını tehlikeye düşürmeyi gerekçe olarak göstermesi halinde, bu tehlikenin ne olduğunu, yani müdahale ettiği takdirde mağdur bakımından hangi tehlikenin meydana geleceğini açıkça göstermesi gerekir. Aksi takdirde, bu kaydın muayeneden ve vücuttan örnek alınmasından kaçış için bir yol olarak kötüye kullanılabilmesinin yolu açılmış olur.

yasak getirilmemiştir.^{24, 25}

Mağdurun vücudundan örnek alınması bağlamında **rızası olsa bile**, alınan örnek üzerinde **moleküler genetik inceleme** yapılmasına gerek görülmesi halinde, bu incelemenin yapılmasına ayrıca **karar** verilmesi gerekir ve bu karar sadece **hakim** tarafından verilebilir (CMK, m. 79, f. 1; Yönetmelik, m. 13, f. 1).^{26, 27} Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu inceleme ve tespitlerin, bilirkişilikle ilgili mevzuat hükümlerine göre yapılması gerekmektedir (CMK, m. 79, f. 1, 2; Yönetmelik, m. 13).

Şüpheli veya sanıktan farklı olarak, mağdurun üzerinde beden muayenesi yapılması ve vücudundan örnek alınması ile ilgili olarak, suçun ağırlığına ilişkin sınırlama yapılmamıştır. Kanaatimizce, CMK, m. 75, f. 5 hükmünü mağdur ve hatta diğer bir kişi bakımından da dikkate almak gerekir.²⁸

V. Cinsel Suç Failinin Belirlenmesi Amacıyla Çocuktan Biyolojik Örnek Alınması

Cinsel saldırı veya çocuğun cinsel istismarı suçlarında bazı durumlarda suçun failinin belirlenebilmesi bir sorun oluşturmaktadır. Söz konusu suçların işlenmesi suretiyle hamile kalınan çocuk dünyaya geldikten sonra sadece mağdurun vücudundan örnek alınması ve bu örnek üzerinden DNA testi yapılması, suçun failinin belirlenebilmesini mümkün kılmamaktadır. Bu gibi durumlarda cinsel suçun işlenmesi suretiyle hamile kalınan çocuğun

²⁴ Ceza Muhakemesi Kanununun 75. maddesinde 25.5.2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe ilişkin 2. madde gerekçesinde “iç beden muayenesi, şüpheli veya sanığın bedeni üzerinde cerrahi müdahaleyi de gerekli kılabilir” açıklamasına yer verilmiştir. (Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt I [Kanunlar], Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi yayını, 24. bası, Ankara, Ağustos 2019, sh. 666)

²⁵ Ancak, yapılan iç beden muayenesiyle sanığın sindirim sistemi içinde torbacıklar halinde bulunduğu tespit edilen uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilebilmesi için mutlaka cerrahi müdahaleye gerek bulunmamaktadır. Sanığın öncelikle **dışkılamasını sağlamak suretiyle** bu maddenin ele geçirilmesine çalışılmalıdır (Bkz. Yargıtay 20.CD, 28.11.2017, E. 2017/3888, K. 2017/6578).

²⁶ “Somut olayda, mağdurun rızası olduğu için, beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması için hakim veya Cumhuriyet Savcısından karar alınmasına gerek yok ise de; 5271 sayılı CMK’nın 78 ve 79/1. maddeleri uyarınca, mağdurdan alınan kan örneği ile suç konusu araçtan elde edilen bulguların karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle moleküler genetik inceleme işleminin yapılabilmesi için mutlaka hakim kararına gerek bulunmaktadır.”: Yargıtay 13.CD, 7.11.2012, E. 2012/17565, K. 2012/23123.

²⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. bası, sh. 670.

²⁸ AYGÜN, Aydın: *Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*, in: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, sayı 8, Aralık 2016, sh. 64.

doğumundan sonra üçüncü kişi olarak vücutundan örnek alınarak DNA testine tabi tutulmasına ihtiyaç doğmaktadır. Bu ihtiyacın karşılanabilmesi için, “çocuğun soybağının” yani babasının belirlenebilmesi amacıyla vücutundan örnek alınabilmesi için CMK, m. 76, f. 1’de belirlenen usule göre hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısının kararı gereklidir (CMK, m. 76, f. 3; Yönetmelik, m. 9 yollamasıyla, m.7, f. 1; m. 8, f. 1).²⁹ Ancak, mağdurun vücutundan alınan biyolojik örnek üzerinde moleküler genetik inceleme yani DNA testi yapılabilmesi için, bu hususa özgü olarak münhasıran hakim kararına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu itibarla, örneğin çocuğun vücutundan örnek alınmasına karar veren mahkeme veya hakimin, aynı zamanda ve özellikle bu örnek üzerinde moleküler genetik inceleme yapılmasına da karar vermesi gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunduğu gerekçesiyle vücuttan örnek alınmasına Cumhuriyet savcısının karar verdiği durumlarda, ayrıca moleküler genetik inceleme için hakim kararının alınması önem taşımaktadır.

Mağdurun vücutundan biyolojik örnek alınmasına ilişkin olarak yukarıda yapmış bulunduğumuz açıklamalar, diğer kişi olarak çocuğun vücudu

²⁹ Yukarıda da belirtildiği gibi, nüfusa kayıt işlemi bağlamında gerçeğe aykırı belge düzenlemek/düzenletmek suretiyle belgede sahtecilik suçunun işlenip işlenmediğinin tespiti için, ilgili kişilerin vücutundan örnek alınarak DNA testine, yani moleküler genetik incelemeye tabi tutulması gerekmektedir: Yargıtay 15.CD, 22.5.2014, E. 2014/6636, K. 2014/10238.

üzerinden örnek alınması bakımından da geçerlidir.^{30, 31}

³⁰ Soybağının tespiti, sadece cinsel suç failinin belirlenmesi bakımından değil, özel hukuk uyumsuzlukları bağlamında da bir gereklilik olarak ortaya çıkabilir. Bu mülahazaylardır ki, 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı **Hukuk Muhakemeleri Kanununda**, bu bağlamda özel düzenleme yapılmıştır:

“Soybağı tespiti için inceleme

MADDE 292- (1) *Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.*

(2) *Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğünden kaçınmaz.”*

Keza, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı **Türk Medeni Kanununda**,

“Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.”

hükmüne yer verilmiştir (m. 284, bent 2).

Yine, Türk Medeni Kanununa göre,

“Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir.” (m. 432, f. 1, birinci cümle)

Ancak, hakkında tedbir olarak kuruma yerleştirme ve alıkoyma kararı verilebilmesi için, önce kişinin *“akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı”* ile malul olduğunun, *“resmî sağlık kurulu raporu”* ile tespit edilmesi gerekir (m. 436, bent 5).

“Resmî sağlık kurulu raporunun alınabilmesini temin amacıyla; kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir, kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir ve gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir.” (m. 436, bent 6)

“Bu madde kapsamında alınan kararların icrası için gerektiğinde ilgili kişi hakkında zor kullanılabilir ve sağlık görevlilerinden gerekli tıbbi yardım alınabilir.” (m. 436, bent 7)

³¹ **Almanya Federal Anayasa Mahkemesi**’nin 13.2.2007 tarihli ve 421/05 sayılı bireysel başvuru (“anayasa şikâyeti”) kararının konusunu teşkil eden olayda; A, aralarında evlenme akdi bulunmayan B ile birlikte yaşar. Bu birliktelik devam ederken B, 1994 yılında bir çocuk (Ç) dünyaya getirir. A, çocuğu tanır ve Ç nüfusa kaydedilirken, babası olarak A gösterilir. Ancak, A, bilahare Ç’nin babası olduğu hususunda kuşkuya düşer. Bunun üzerine 2001 yılında mahkemeye başvurarak babalığın reddi davası açar. Ancak mahkeme bu davayı reddeder. Bu defa A, kendi tükürük örneği ile Ç’nin çignediği sakız üzerinde bir özel laboratuvarında B’nin bilgisi dışında DNA testi yapılmasını sağlar. Yapılan bu DNA testi sonucuna göre, Ç’nin biyolojik babası A değildir. A, bu raporu dayanak göstererek tekrar mahkemeye başvurur ve babalığın reddi davası açar. Ancak mahkeme bu davayı da, söz konusu DNA analizinin B’nin haberi olmaksızın, gizli bir şekilde yaptırılmış olması, bu analiz sonucunun Ç’nin aleyhine olarak kullanılmaya çalışılması gerekçesiyle reddeder.

VI. Sürücülerle İlgili Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde ya da Alkol Muayenesi

Yukarıda açıklamış bulunduğumuz şüpheli veya sanığın iç beden muayenesine ve vücutundan örnek alınmasına ilişkin hükümlerin uygulanması bağlamında “*özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklı*” tutulmuştur (CMK, m. 75, f. 7; Yönetmelik, m. 6, f. 5). Saklı tutulan hükümlere ilişkin örneği 2918 sayılı **Karayolları Trafik Kanununun** 48. maddesi oluşturmaktadır.

Karayolları Trafik Kanununun 24.5.2013 tarihli ve 6487 sayılı Kanunla (m. 19) değiştirilen 48. maddesinde, sürücülerin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının ya da alkollü olup olmadıklarının denetimi, uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol etkisindeyken araç kullanma dolayısıyla uygulanabilecek yaptırımlar ve bu haldeyken trafik kazasına sebebiyet vermenin hukuki sonuçları ile ilgili olarak önemli düzenlemelere yer verilmiştir.³²

Alkol veya uyuşturucu madde etkisindeyken sürücü olarak trafiğe çıkmanın kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı bakımından bir tehlike oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, 2918 sayılı Kanunun “*Alkol, uyuşturucu veya*

Bu hükümlerle ilgili olarak yapılan istinaf incelemesi sonucunda, Eyalet Yüksek Mahkemesi, çocukla ilgili DNA testinin hukuka aykırı bir şekilde yapıldığı ve bu nedenle, bu test sonucunda elde edilen verinin yargılamada delil olarak kullanılmayacağı gerekçesiyle, söz konusu istinaf talebini reddeder.

Nihayet Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bu hükümlerle ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, temyiz talebini reddeder.

Federal Anayasa Mahkemesi, A'nın bu kararlarla hak ihlaline maruz kaldığı iddiasıyla yaptığı başvuruyu (“anayasa şikâyeti”ni), aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:

Kişinin nesebini bilmesi, öğrenmesi, şahsiyetini serbestçe tekâmül ettirebilmesinin bir gereğidir.

Tanıma üzerine çocukla bir kişi arasında babalık ilişkisi hukuken tesis edildikten sonra, tanıyan kişinin çocuğun babası olduğu hususunda bilahare tereddütlerin ortaya çıkması halinde de sorunun, şahsiyetin serbestçe tekamülü çerçevesinde ele alınması gerekir. Zira nesep tartışmasının yapılması, çocuğun anne ve babası ile arasındaki sosyal ve duygusal bağın etkilenmesi sonucunu doğurur.

Annenin bilgisi dışında çocukla ilgili olarak DNA testi yapılması hukuka aykırıdır.

Yüksek mahkeme kararında ayrıca, söz konusu davanın görülmesiyle çocuğun menfaatleri arasındaki ilişki bağlamında değerlendirmelere yer verilmiştir. Konumuz dışında olduğu için bu değerlendirmelere bu çalışma kapsamında yer verilmemiştir.

³² Bu konularda ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. bası, sh. 359 vd.

uyarıcı maddelerin etkisi altında araç sürme yasağı” başlıklı 48. maddesinde, “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasak*”lanmıştır (f. 1).

Hatta bu durum kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı bakımından **somut** bir tehlike oluşturduğu takdirde fiil, TCK’da **suç** olarak tanımlanmıştır:

“Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ... emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan kişi (iki yıla kadar hapis cezası ile) cezalandırılır.” (m. 179, f. 3)

Sürücülerin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığı ya da alkollü olup olmadıkları, kollukça **idari kolluk** faaliyeti çerçevesinde **denetlenebilir**. Bu denetleme, “**teknik cihazlar**” kullanılarak yapılır (2918 s. K, m. 48, f. 2).

Trafik kazasına karışmış sürücülerin bu denetime tabi tutulmaları zorunludur. Dikkat edilmelidir ki, bu denetim bağlamında, belirli bir veya birkaç trafik kuralını ihlal ederek trafik kazasına sebebiyet vermiş sürücülerden değil, “**trafik kazasına karışmış sürücü**”den söz edilmektedir.

Kişi trafik kazasına karışmış olmakla beraber, kendisi herhangi bir trafik kuralını ihlal etmemiş olabilir. Bir başkasının kural dışı bir davranışı da trafik kazasının oluşumuna sebebiyet vermiş olabilir. Bu durumda, trafik kazasına karışan sürücüye izafe edilebilecek herhangi bir yükümlülük ihlali ve kusur söz konusu olmayabilir.

Bu nedenle, trafik kazasına karışmış olan sürücünün uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının ya da alkollü olup olmadığının tespiti amacıyla denetime tabi tutulması, bir **zorunluluk** arz etmektedir.³³

³³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 22.1.2013 tarihli ve E. 2012/9-1235, K. 2013/22 sayılı Kararına konu teşkil eden olay şu şekilde gelişir: SM, 15.7.2005 günü, saat 23.00 sıralarında havanın açık, gece vakti, sevk ve idaresindeki otomobil ile asfalt kaplama, yol şerit çizgileri çizilmiş, iki yönlü, bölünmemiş, zemini kuru, eğimsiz, aydınlatması olan karayolunda seyir halinde iken, trafik lambası bulunmayan bir noktada sola karşıya geçmek üzere sinyal verip yol üzerinde beklemeye başlar. Yolun solundaki akaryakıt istasyonuna girmek için karşı şeride geçtiği sırada karşı istikametten gelen MT’nin sevk ve idaresindeki otomobille çarpışır. Çarpma sonucu SM’nin kullandığı araç 9 metre sürüklenir; MT’nin kullandığı araç da çarpma noktasına göre 5 metrelik mesafede bulunur.

Kazada, SM’nin kullandığı aracının sağ ön koltuğunda oturan KT ölür. YT yaşamını tehlikeye sokacak, MM basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif, sürücü SM yaşamını tehlikeye sokacak ve organlarında işlev kaybı oluşacak ve diğer sürücü MT ise basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif şekilde yaralanır.

Dosyada bulunan bilirkişi raporlarına göre, kaza, SM’nin, sola karşıya geçmek “istediği sı-

Ancak belirtmek gerekir ki, bu trafik kazasının “**yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazası**” olması gerekir (2918 s. K, m. 48, f. 3, birinci cümle).

Trafik kazasına karışmış olmakla beraber, “teknik cihaz” kullanılarak yapılan denetime müsaade etmeyen bu sürücü, kolluk tarafından “*en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek, **uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücu(dun)dan kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır***” (2918 s. K, m. 48, f. 3, ikinci cümle). Kolluk görevlileri, bu işlem bağlamında **zor kullanma yetkisine** sahiptirler. Ancak belirtmek gerekir ki, bu işlemin yapılabilmesi için, **hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan**

rada şerit ihlali yapması sonucu” meydana gelmiştir. MT de, “araç hızını görüş, yol, hava ve trafik durumunun gerektirdiği şartlara uydurmak” yönündeki yükümlülüğe aykırı hareket etmiştir.

Karasu Devlet Hastanesince 16.7.2005 günü saat 00.00’da düzenlenen rapora göre, sürücü SM’nin “klinik olarak alkollü olduğu”, diğer sürücü MT’nin “acil serviste alkolmetre ile yapılan ölçüm sonucu”nda 1.23 promil alkollü olduğu tespit edilir. Cumhuriyet savcısının talimatı üzerine 16.7.2005 günü saat 00.30’da SM’den kan örneği alınır ve bunun Adli Tıp Kurumu Kimya İhtisas Dairesince incelenmesi sonucu düzenlenen 18.5.2005 tarihli rapora göre, SM’nin 0.20 promil alkollü olduğu tespit edilir.

Ceza Genel Kurulu’na göre, SM’nin, “kendi şeridindeki trafik yoğunluğundan dolayı (araçta bulunan MM’nin) de uyarısı üzerine aynı şeritte ve arkasından gelen kamyonun güvenli şekilde geçişini beklediği, dikkatini arkasından gelen aracın geçişine yoğunlaştıran SM’nin bu geçiş tamamlandıktan sonra karşı şeritten araç gelip gelmediğini kontrol etmeden aracını hareket ettirerek karşı şeride girerek kazanın meydana gelmesine kusuruyla neden olduğu, ancak dosya kapsamına göre sanığın meydana gelen neticeyi öngörmediği anlaşıldığından sürücü SM bakımından bilinçli taksirin şartları oluşmamıştır.”

Diğer sürücü MT ise; “yönetimindeki araçla kendi şeridinde aksi ispatlanamayan savunmasına göre 80 km hızla seyir halinde iken, SM’nin kullandığı aracın karşı şeritten kendi şeridine girmesi üzerine kendi şeridinde bu araca çarptığı, sanığın karşı şeritten akan yoğun trafik içinden her zaman bir aracın yol kenarındaki akaryakıt istasyonuna giriş yapabileceği hususunu gözardı ederek yola dikkatini vermediği, aracının hızını yol ve trafik durumunun gerektirdiği şartlara uydurmadığı, bu suretle kazanın meydana gelmesine kusuruyla neden olduğu, ancak dosya kapsamına göre sanığın meydana gelen neticeyi öngörmediği anlaşıldığından, bu sanık bakımından da bilinçli taksirin şartlarının oluşmadığının kabulünde zorunluluk bulunmamaktadır.”

Ceza Genel Kurulu’nun bu kararında sürücülerin alkollü olup olmadıklarının tespiti bağlamında izlenen yöntemin doğru olup olmadığı ve alkollü oldukları hususları değerlendirme konusu yapılmamıştır.

Dikkat edilmelidir ki, vücuttan kan, olayın hemen akabinde alınmalıdır. Olayla vücuttan kan alınması arasındaki zaman uzadıkça, kandaki alkol miktarında olay anına nazaran azalma meydana gelecektir. Keza vücuttan alınan kan en geç 3-4 saat içinde alkol muayenesine tabi tutulmalıdır. Vücuttan alınan kan içindeki alkol miktarında zaman geçtikçe artış meydana gelir. Ancak vücuttan alınan kan sodyum flörür karışımıyla +4 °C ısıda uzun süre saklanabilir.

hâllerde Cumhuriyet savcısının kararına ihtiyaç vardır. Başka bir ifadeyle, trafik kazasına muttali olan kolluk görevlisi, kazaya karışan sürücünün teknik cihazla yapılan denetime müsaade etmemesi halinde, Cumhuriyet savcısını bilgilendirerek, söz konusu kararın alınmasını sağlayacaktır (CMK, m. 75, f. 1). Kanaatimizce, trafik kazasına karışmış olan sürücünün uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının ya da alkollü olup olmadığının tespiti amacıyla vücudundan örnek alınması gerektiği için, bu bağlamda gecikmeye tahammülün olmadığı ve **gecikmesinde sakınca bulunan bir halin** varlığını kabul etmek gerekir.

Trafik kazasına karışmış sürücünün vücudundan kan veya idrar gibi örnekler **“ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından”** alınabilir (CMK, m. 75, f. 3). Dikkat edilmelidir ki, bu işleme tabi tutulan sürücü ile sağlık görevlisi arasında “hasta - hekim ilişkisi” mevcut değildir. Bu işlem, **bilirkişilik görevi** bağlamında icra edilen bir görevdir. Bu nedenle, vücudundan kan veya idrar gibi örnek alınabilmesi için, söz konusu işleme tabi tutulan **sürücünün rızasının aranmasına gerek yoktur**.

Önemle işaret etmek gerekir ki, trafik kazasına karışmış olan sürücünün uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının ya da alkollü olup olmadığının tespiti amacıyla vücudundan örnek alınabilmesi için, sürücü hakkında üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle başlatılmış bir soruşturmanın varlığı, şart olarak aranmayacaktır (2918 s. K, m. 48, f. 3, üçüncü cümle). Ancak bu işlemler, gerçekleşen trafik kazası dolayısıyla bir **adli soruşturma** başlatılmasını gerekli kılmaktadır. Bu soruşturma, gerçekleşen trafik kazasının sonuçlarına göre, örneğin taksirle ölüme veya yaralamaya sebebiyet verme ya da trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçları dolayısıyla başlatılmış bir soruşturma olabilir.

Yapılan denetimde, trafik kazasına karışmış olan sürücünün uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmadığının ve alkollü olmadığının anlaşılması halinde, şayet kendisine izafe edilebilecek ve bu kazanın oluşumu bakımından etkili olan başka bir trafik kuralı ihlali söz konusu değilse, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerekir.

Gerçekleşen trafik kazası sonucunda sürücünün ölmüş veya ağır bir şekilde yaralanmış olması sebebiyle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığını ya da alkollü olup olmadığını olay mahallinde “teknik cihazla” tespit etme imkanı bulunmayabilir. Bu durumda, ölen veya ağır şekilde yaralanan sürücünün uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının

veya alkollü olup olmadığının tespiti amacıyla, Cumhuriyet savcısının kararı üzerine, sevk edildiği adli tıp kurumunda, adli tabiplikte veya sağlık kuruluşunda vücudundan örnek alınarak inceleme yapılabilir (2918 s. K, m. 48, f. 4).

Sürücü alkollü olmakla birlikte, alkollü olarak araç kullanmanın dışında başka herhangi bir trafik kuralını ihlal etmemiş olabilir. Belirtmek gerekir ki, alkollü olmak, her zaman kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı bakımından **somut bir tehlike oluşturmaz**. Bu nedenle, alkollü olan sürücü ile ilgili olarak, alkol etkisindeyken araç kullanmak dışında başka herhangi bir trafik kuralını ihlal etmese bile, sadece idari yaptırım uygulanabilecektir (2918 s. K, m. 48, f. 5).

Ancak, bunun için önce kişinin alkollü olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bir trafik kazasına karışmamış ve hatta somut herhangi bir trafik kuralını ihlal etmemiş olan sürücüler de, **idari kolluk görevi** bağlamında alkollü olup olmadıklarının tespiti için bir denetime tabi tutulabilirler. Ancak bu denetimin yapılabilmesi için, makul bir sebebin bulunması gerekir. Denetimin örneğin alkollü içki tüketimi yapılan bir bölgede, gecenin geç saatlerinde yapılması gibi hallerde, bu makul sebebin varlığını kabul etmek gerekir.

Araç sürücüleri, **önleyici kolluk** faaliyeti çerçevesinde sadece alkollü olup olmadıklarının tespiti amacıyla değil, **uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi altında olup olmadıklarının tespiti amacıyla** da denetime tabi tutulabileceklerdir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu denetimin yapılabilmesi için, makul bir sebebin bulunması gerekir.

Trafik kazasına karışmamış sürücünün, uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi altında olup olmadığının ya da alkollü olup olmadığının tespiti amacıyla denetime tabi tutulmayı salt kabul etmemesi, sadece **idari yaptırım** uygulanmasını gerektirmektedir (2918 s. K, m. 48, f. 9). Başka bir ifadeyle, trafik kazasına karışmamış sürücünün uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi altında ya da alkollü olup olmadığının tespiti amacıyla denetime tabi tutulmayı reddetmesi halinde, zor kullanılarak bu denetim yapılamamaktadır.^{34, 35}

³⁴ Anayasa Mahkemesi, trafik kazasına sebebiyet vermemiş olmakla birlikte, trafik kuralı ihlali gerçekleştiren sürücünün bu sebeple durdurulması üzerine alkollü olduğunu beyan etmesi üzerine alkol muayenesi için vücudundan kan örneği alınması hususunda rızasının aranmamasının bir hak ihlali oluşturmadığına karar vermiştir (27.12.2017 tarihli ve 2014/16328 sayılı Bireysel Başvuru kararı, pn. 96).

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAASLAN, Reşit: *Trafik Suçlarında Şüpheliden Kan Örneği Alınmasına İlişkin Alman Ceza Muhakemesi Hukukundaki Önemli Kararlar ve Türk Hukukuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler*, Ceza Hukuku Dergisi, yıl 14, sayı 39, Nisan 2019, sh. 43.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi altında ya da alkollü olarak araç kullanan sürücülerin sebebiyet verdikleri trafik kazasında başka kişi veya kişiler ölmüş veya yaralanmış olabilir. Bu durumda, sürücü hakkında TCK'nın ilgili suç hükümlerine istinaden soruşturma ve kovuşturma yapılacağı kuşkusuzdur.

Araç sürücüsünün 1.00 üzerinde, yani 1.10 ve daha yüksek promil alkollü olduğu hallerde, bir trafik kazasına sebebiyet verilmemiş olsa bile, kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı bakımından **somut bir tehlikenin** meydana geldiği normatif olarak kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle, 1.00 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullanan sürücü, bir trafik kazasına sebebiyet vermemiş olsa bile, bu suretle başkalarının hayatını, sağlığını ve malvarlığını tehlikeye sokmakta ve **suç** işlemiş olmaktadır. Artık bu durumda sürücünün, TCK'nın 179. maddesinin üçüncü fıkrası hükümlerine göre cezalandırılması gerekir.³⁶

³⁶ “Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunca, belirlenen alkol seviyesine göre bulguların ortaya çıkma eşiğinde sayılan etkenlere bağlı olarak değişebilen derecelerde bireysel farklılıklar görülmekle birlikte; düşük konsantrasyondan itibaren alkol düzeyinin artışı ile paralel olarak artan derecelerde gevşeme, dikkat azalması, cesaretlenme, çevresel uyarıların algılanmasında yavaşlama, göz ve beyin arasındaki iletişim süresinde uzama, algılanan çevresel uyarıların beyinde işlenmiş veriler haline dönüşmesinde gecikme dolayısıyla uyarılara karşı reaksiyon zamanında uzama, beyinciğin etkilenmesi suretiyle denge ve koordinasyonun olumsuz yönde etkilenmesi, ani karar verebilme, direksiyon ve fren kontrolü gibi birden fazla hareketi bir arada yapabilme kabiliyetinde azalma, uyarıların erken fark edip doğru tepkiler verme, istemli göz hareketleri, gözün takip yeteneği, karanlığa adaptasyon, hız ve mesafe tayini gibi becerilerde olumsuz yönde etkilenme, istemsiz göz hareketlerinin ortaya çıkması, uykuya meyil gibi belirtilerin oluştuğu, bu durumdaki bir sürücünün risk alma eğiliminin arttığı, sürüşle ilgili becerilerinde azalma olduğu ve kaza ihtimalinin arttığı bilimsel olarak kabul edildiği belirtilmiştir.

Nitekim trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarından verilen hükümlerin temyiz incelemesini yapan Özel Dairece, bilimsel verilere dayanılarak **100 promilden yüksek olarak belirlenen alkol düzeyinin, kişinin melekelerini zayıflatacağı ve güvenli sürüş yeteneğini kaybettireceği** kabul edilmek suretiyle, **100 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullanan sanıkların trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği** sonucuna ulaşılmıştır (Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 18.01.2012 gün ve 2011/6233 esas-2012/348 karar; 14.03.2012 gün ve 2011/13259 esas-2012/7188 karar; 26.03.2012 gün ve 2011/11191 esas-2012/8282 karar sayılı kararları).

Trafik görevlilerince yapılan alkolmetre ölçümüne göre sanığın trafik kazasının hemen sonrasında 155 promil alkollü olduğunun tespit edilmiş olması, kolluktaki savunmasında içtiği biraların kendisini sarhoş edeceğini tahmin edemediğini, alkollü araç kullandığından dolayı pişman olduğunu belirtmesi ve güvenli sürüş yeteneğini kaybetmiş olduğunu gösterir şekilde bir başkasının aracına arkadan çarpmak suretiyle maddi hasarlı trafik kazasına neden olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığa isnat edilen, **alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu tüm unsurlarıyla oluşmuş** tur: CGK, 8.10.2013, E. 2012/2-1426, K. 2013/417.

VII. Moleküler Genetik İnceleme Verilerinin Gizliliği, Saklanması ve Bilahare Kullanılması Sorunu

Anayasa'nın 20. maddesine 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla (m. 2) üçüncü fıkraya olarak eklenen fıkra hükümlerine göre;

*“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. **Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.** Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”*

Keza, 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa göre,

“Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir.” (m. 4, f. 1).

*“Kişisel veriler ilgili kişinin **açık rızası** olmaksızın işlenemez.”* (m. 5, f. 1)

“Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

...” (m. 5, f. 2)

Buna göre, kişisel veriler kişinin rızası aranmaksızın ancak **kanunda gösterilen hallerde** kaydedilebilir. Bunun dışında ancak **kişinin rızasıyla** kişisel verileri kaydedilebilir.

*“Kişilerin ... **biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.**”* (24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, m. 6, f. 1)

Bu verilerin **“ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır”** (m. 6,

f. 2). Bu “veriler, **kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.**” (m. 6, f. 3, birinci cümle).

Ancak, belirtmek gerekir ki, genel olarak kişisel verilerin;

“millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi”

ve keza,

“soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi”

hallerinde, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri uygulanmaz (6698 s. Kanun, m. 28, f. 1, bent c ve d). Bu hükümden çıkardığımız sonuç şudur: Söz konusu alanlarda kişisel verilerin kaydedilmesine, korunmasına ve kullanılmasına ilişkin olarak **ilgili kanunlarda hüküm bulunan hallerde genel kanun mahiyetinde olan 6698 s. Kanun hükümleri uygulanamayacaktır.** Buna karşılık, hangi alanda olursa olsun, kişisel verilerin kaydedilmesine, korunmasına ve kullanılmasına ilişkin olarak **ilgili kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde, 6698 s. Kanun hükümleri uygulanacaktır.**

Ceza Muhakemesi Kanununun “75, 76 ve 78 inci madde(leri) hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez.” (CMK, m. 80, f. 1).

Keza, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında “Yönetmelik hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez.” (m. 14, f. 1). “Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; **bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir** ve bu husus raporda açıkça belirtilir.” (m. 14, f. 3).

CMK m. 79, f. 2 ve m. 80, f. 2 hükümlerinde ve bu hükümlerin uygulanmasına ilişkin olarak Yönetmelikte (m. 13, 14) bilirkişi görevlendirmesiyle ve bu görevin icrasıyla ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu

düzenlemelerde moleküler genetik inceleme yapmak üzere görevlendirilen bilirkişinin yapacağı inceleme usulüne, bu inceleme sonucunda yaptığı tespitlerin gizliliğinin sağlanmasına ve moleküler incelemeye tabi tutulan biyolojik örneklerin imhasına ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

Ancak, hukuk sistemimizde, bu moleküler genetik inceleme sonuçlarının bir sisteme kaydedilmesine ve başka suçlar sebebiyle yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda delil olarak yahut sair amaçla kullanılmasına imkan tanıyan kanuni düzenleme henüz yapılmamıştır.

Vücuttan biyolojik örnek alınması ile, bu örnekler üzerinde inceleme yapılması, birbirinden ayrı iş ve işlemlerdir. CMK, m. 75 ve 76 hükümlerinde **vücuttan biyolojik örnek alınmasına** ilişkin usul belirlenmiştir. Bu usul çerçevesinde alınan biyolojik **örnekler üzerinde inceleme yapılması** ise, ayrı bir usulü gerekli kılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, alınan biyolojik örnekler üzerinde inceleme yapılması, mevzuatımızdaki bilirkişilikle ilgili hükümler çerçevesinde yerine getirilir.

Vücuttan alınan örnekler üzerinde yapılabilen incelemelerin hepsi, moleküler genetik inceleme mahiyeti taşımamaktadır. Vücuttan alınan kan örneği üzerinde kan grubunun belirlenmesi, kan veya idrar örnekleri üzerinde kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının³⁷ ya da alkollü olup olmadığının tespiti amacıyla inceleme yapılması için, bu örneklerin alınmasına yönelik karar haricinde ayrıca bir karara gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık, bir **moleküler genetik inceleme** çeşidi olarak **DNA testi** yapılabilmesi için, bu hususa münhasır **hakim kararının** alınması gerekir (CMK, m. 79, f. 1).³⁸

Bir moleküler genetik inceleme çeşidi olan ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet eden DNA testine tabi tutulacak biyolojik örnekler,

- CMK, m. 75 hükümlerine uygun olarak, şüpheli veya sanık üzerinden,
- CMK, m. 76 hükümlerine uygun olarak mağdur gibi diğer bir kişi üzerinden,
- CMK'nın genel elkoyma hükümlerine uygun olarak elkonulmuş ve muhafaza altına alınmış olan buluntu ceset veya beden parçaları ya da

³⁷ Yargıtay 10.CD, 7.1.2013, E. 2012/20312, K. 2013/63; aynı Daire, 10.3.2014, E. 2014/1869, K. 2014/1563.

³⁸ Yargıtay 6.CD, 11.4.2011, E. 2009/18701, K. 2011/5063.

sigara izmariti gibi herhangi bir cisim üzerinden,
temin edilmiş olabilir. Bu itibarla, ancak hakim kararı alındıktan sonra,

- şüpheli, sanık veya diğer bir kişi üzerinden alınan biyolojik örnek,³⁹
- olay mahallinde bulunmuş bir sigara izmariti gibi, herhangi bir bulgu,^{40, 41}
- fetüsün soy bağının ve bu suretle şüpheli veya sanığın ya da mağdurun

³⁹ Yargıtay 6.CD, 16.10.2014, E. 2012/8630, K. 2014/17287; Yargıtay 14.CD, 18.1.2012, E. 2011/1171, K. 2012/372; aynı Daire, 25.12.2014, E. 2014/6914, K. 2014/14870.

⁴⁰ Yargıtay 6.CD, 11.4.2011, E. 2009/18701, K. 2011/5063; Yargıtay 12.CD, 18.9.2012, E. 2011/9463, K. 2012/18899; aynı Daire, 12.1.2016, E. 2015/2108, K. 2016/197; aynı Daire, 19.11.2018, E. 2017/1786, K. 2018/10933.

⁴¹ Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 24.6.2010 tarihli ve E. 2010/2865, K. 2010/4823 sayılı Kararına konu teşkil eden, mağdurun kasten öldürüldüğü olayda failin kimliği henüz belli değildir. Suç mahallinde bulunan bir sigara izmariti üzerinde moleküler genetik inceleme yapılarak ulaşılan DNA verisi ile **arşivlenen DNA verileri** arasında yapılan karşılaştırma sonucunda, suçun S tarafından işlendiği iddiasıyla kamu davası açılmış ve S hakkında mahkumiyet hükmü kurulmuştur.

Bu mahkumiyet hükmünün temyizi üzerine verilen Daire kararında, olay mahallinde bulunan sigara izmariti üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması hususunda hakim kararının gerekli olup olmadığı ve DNA verilerinin arşivlenmesinin hukuki dayanağı ile ilgili olarak bir değerlendirme yapılmamış ve izahatı bulunulmamıştır.

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 10.4.2013 tarihli ve E. 2012/21976, K. 2013/7760 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda hırsızlık konusu otomobil, bir yerde terk edilmiş olarak bulunur. Otomobil içinde bulunan eldiven üzerinde moleküler genetik inceleme yapılır ve tespit edilen DNA verileri **arşivlenir**. Bilahare işlenen başka bir suç nedeniyle hakkında soruşturma yapılan S'nin vücudundan biyolojik örnek alınarak, moleküler genetik incelemeye tabi tutulur. Bu suretle elde edilen S'ye ait DNA verilerinin, arşivde kayıtlı bulunan DNA verileri ile karşılaştırılması sonucunda, otomobilde ele geçen eldiven üzerindeki DNA verileri ile aynı olduğu tespit edilir.

Bu delile dayalı olarak S hakkında ayrıca hırsızlık suçundan dolayı kamu davası açılmış ve bu davada mahkumiyet hükmü kurulmuştur. Ancak Yargıtay 2. Ceza Dairesi, **otomobilde bulunan eldiven üzerinde moleküler genetik incelemenin hakim kararı olmaksızın yapılması sebebiyle** elde edilen bu delilin hukuka aykırı delil olduğunu kabul ederek, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 29.4.2014 tarihli ve E. 2014/13900, K. 2014/11288 sayılı Kararında ise, hırsızlık suçunun işlendiği işyerinde bulunan atlet ve yara bandı üzerindeki kan lekeleri üzerinde yapılan moleküler genetik inceleme sonucunda tespit edilen DNA verileri ile kollukça **arşivlenen** DNA verilerinin karşılaştırılmasıyla sanığa ulaşılmasında, hukuka aykırı delil bağlamında bir sorun görülmemiştir.

Buna karşılık, Yargıtay 17. Ceza Dairesinin verdiği çeşitli kararlarda, bu konuda tereddütlü bir yol izlendiği izlenimi oluşturmaktadır. Bkz. Yargıtay 17.CD, 15.10.2016, E. 2016/8173, K. 2016/10269; 26.4.2016, E. 2015/13442, K. 2016/6183; aynı Daire, 14.11.2016, E. 2016/18421, K. 2016/11783; aynı Daire, 16.11.2016, E. 2016/9901, K. 2016/11870; aynı Daire, 14.3.2017, E. 2015/22839, K. 2017/2999.

belirlenmesi amacıyla yapılmış düşük,⁴²

- buluntu ceset veya beden parçaları,⁴³
- bir felakete maruz kalmış (örneğin yanmış) olup da kimlikleri henüz tespit edilememiş kişilere (felaketzedelere) ait olan ceset veya beden parçaları,
- kimliği henüz tespit edilememiş olan suç mağdurlarına ait olan ceset veya beden parçaları,

üzerinde moleküler genetik inceleme yapılarak DNA verileri tespit edilebilir.

Hatta, özel hukuk hükümleri çerçevesinde yapılması gereken moleküler genetik incelemeler de ancak mahkeme kararına istinaden yapılabilir.

Moleküler genetik inceleme olarak DNA verilerinin tespiti, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi bakımından önemli bir delil mahiyeti taşımaktadır. Nesebe ilişkin uyumsuzluklarda, soy bağının tespiti amacıyla moleküler genetik inceleme yapılabilir.⁴⁴ Bu çerçevede, örneğin zina iddiasına dayalı olarak açılmış boşanma davasında, eşlerden biri, diğeri üzerinden biyolojik

⁴² Yargıtay 14. Ceza Dairesinin **25.5.2017** tarihli bir kararına konu teşkil eden olayda; henüz 14 yaşını tamamlamamış olan Dilek'in hamile olduğu anlaşılır. Bunun üzerine başlatılan soruşturmada ifadesi alınan Dilek, çocuğun babasının, amcasının oğlu Mustafa olduğunu söyler. Mustafa gözüaltına alınır ve tutuklanır. Dilek'in bebeği doğumda ölür. Mustafa hakkında "Çocuğun cinsel istismarı" suçunu işlediği iddiasıyla kamu davası açılır. Ağır ceza mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda Mustafa, 12 yıl 6 ay hapis cezasına mahkum edilir ve bu mahkumiyet hükmü 2013 yılında Yargıtay tarafından onanır. Bu arada Dilek, bir başkasıyla evlenir.

Mahkûm olduğu cezanın infazı sürecinde Mustafa'nın ölen bebeğin babası olmadığı ileri sürülür. Başvuru üzerine Asliye Hukuk Mahkemesi, Mustafa ve ölen bebeğin DNA verilerinin karşılaştırılmasına karar verir. Adli Tıp Kurumunda yapılan DNA testi ve karşılaştırmaları sonucunda, bebeğin babasının Mustafa olmadığı tespit edilir.

Bunun üzerine Mustafa hakkında verilen mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilir. Yeniden görülmeye başlanan davada (mağdur-)tanık sıfatıyla ifadesi alınan Dilek, "... bebeğin babası, Mustafa'dır. Ben, suç tarihinde ve öncesinde Mustafa'dan başkasıyla cinsel ilişkiye girmedim. Hayatımda ilk cinsel ilişki Mustafa ile oldu" şeklinde beyanda bulunur. Mustafa ise suçlamayı kabul etmez. Bu davada da Mahkeme, Dilek, Mustafa ve ölen bekle ilgili olarak DNA testi yapılmasına ve DNA verilerinin karşılaştırılmasına karar verir.

Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Biyoloji İhtisas Dairesi'nce Dilek ve Mustafa'dan alınan örnekler ile bebeğin mezarından alınan örnek üzerinde DNA testi yapılır ve sonuçta, bebeğin annesinin % 99,99 Dilek olduğu ve fakat, babasının ise Mustafa olmadığı tespit edilir. Bunun üzerine Mustafa, 40 ay cezaevinde yattıktan sonra tahliye edilir.

⁴³ Yargıtay 9.CD, 1.7.2009, E. 2009/8701, K. 2009/7816.

⁴⁴ Yargıtay 18.HD, 6.3.2014, E. 2014/439, K. 2014/3973.

örnek alınarak moleküler genetik incelemeye tabi tutulmasını isteyebilir. Bu biyolojik örnek, fetüs (cenin) üzerinden alınabilir.⁴⁵ Üzerinden biyolojik örnek alınması istenen kişi, zina iddiasında bulunanın eşi olabileceği gibi, herhangi üçüncü bir kişi de olabilir. Hatta, dünyaya gelmiş ise, çocuktan da örnek alınarak soy bağı tespiti yapılabilir. Teknik olarak yapılabilen ve bir vakianın tespiti mümkün olan bütün bu ihtimallerde moleküler genetik incelemeye hukuken ne ölçüde ve hangi koşullarda izin verilebileceği hususu önemli bir sorun oluşturmaktadır.

Hatta bazı durumlarda, cinsel suçla ve neseple ilgisi olmayan bir suç bağlamında da moleküler genetik inceleme yapılarak maddi vakiasının tespiti mümkün olabilmektedir.

Bu ihtimallerden, bir suç vakiasının ispatı amacına yönelik olarak moleküler genetik inceleme yapılması, ceza hukukçularını ilgilendirmektedir.

DNA verilerinin tespitine yönelik moleküler genetik inceleme yapılmasının koşulları ve usulü ile, elde edilen bu verilerin bir sisteme kaydedilerek arşivlenmesi ve arşivlenen bu verilerin bilahare kullanılması ayrı hususlardır. Belirtmek gerekir ki, bu verilerin arşivlenmesi, Ceza Muhakemesi Kanununun konusunu oluşturmamaktadır.⁴⁶

Hukuka uygun olarak tespit edilmiş olan DNA verilerinin arşivlenmesi, bu veriler üzerinden yangın gibi felaketlerde felaketzedelerin kimliklerinin tespiti, belirli ağırlıktaki suçlarda fail ve mağdurların tespiti, suç vakıalarının açıklığa kavuşturulması hususlarında çok büyük kolaylık sağlamaktadır. Bu nedenle ülkemizde, **parmak izi veri bankası**⁴⁷ gibi, hukuka uygun

⁴⁵ Yargıtay 1.CD, 23.10.2017, E. 2017/1599, K. 2017/3412.

⁴⁶ *Özbek*, bu konuda Ceza Muhakemesi Kanununda hüküm bulunmamasının, “büyük bir eksiklik” oluşturduğu düşüncesindedir (ÖZBEK, Ceza Hukuku Dergisi, yıl 2, sayı 1, Nisan 2007, sh. 65).

⁴⁷ Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda redaksiyon görevini deruhte ettiğim 2.6.2007 tarihli ve 5681 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte (m. 5) **parmak izi veri bankası** oluşturulmasının hukuki dayanağı oluşturulmuştur.

I. CMK'nın 81. maddesi, sadece belirli bir suç nedeniyle yürütülen soruşturma veya kovuşturma sürecinde, delil olarak kullanılmak üzere, parmak izi ve sair fizik özelliklerin tespitine imkan tanımaktadır.

Soruşturma veya kovuşturma sürecinde **sadece şüpheli veya sanığın parmak izi ve sair fizik özellikleri tespit edilebilir.** Buna karşılık, CMK, suçun mağduru veya sair kişilerin parmak izinin tespit ve kaydedilmesine imkan tanımamaktadır.

CMK'nın 81. maddesine göre, tespit ve kayda alınacak fizik özellikler, parmak izinden ibaret olmayıp; şüpheli veya sanığın “**fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri**”

olarak tespit edilmiş olan DNA verilerinin kaydedilmesine, yani DNA

kaydedilebilmektedir.

CMK'nın 81. maddesine göre, şüpheliye veya sanığa ait parmak izi ve sair fizik özelliklerin tespit ve kayda alınması, **Cumhuriyet savcısı emriyle** mümkündür.

Bu hüküm, **kovuşturma evresinde** sanığa ait parmak izi ve sair fizik özelliklerin tespit ve kayda alınmasına **mahkemece karar** verilmesine engel teşkil etmemektedir.

CMK'nın 81. maddesi, **olay yerinde bulunan parmak izi** veya **avuç içi izi** gibi özelliklerin tespiti bakımından herhangi bir sınırlama getirmemektedir.

Bir suça ilişkin olayın açıklığa kavuşturulması bakımından gerekli görüldüğü takdirde, şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişilerin parmak izi ancak **rızalarının** bulunması halinde alınabilir.

CMK'nın 81. maddesi hükümlerine göre tespit ve kaydedilen parmak izi ve sair fizik özelliklere ilişkin bilgiler, **sadece soruşturma ve kovuşturma dosyası içerisinde** bulundurulacaktır.

II. PVSK'nın 2.6.2007 tarihli ve 5681 sayılı Kanunla değişik 5. maddesine göre, kolluk tarafından,

a) **belirli statüde bulunun kişilerin,**

“genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen” kişilerin,

b) **belirli işlemlerin yapılması için** ilgili makamlara **başvuruda bulunan kişilerin,**

“Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan” kişilerin,

“Türk vatandaşlığına (geçmek için) başvuruda bulunan” kişilerin,

“Sığınma talebinde bulunan” yabancıların,

“gerekliliği halinde, ülkeye giriş yapan” yabancıların,

c) **Gönüllü kişilerin,**

d) **Gözaltına alınan kişilerin,**

parmak izi alınarak, sisteme kaydedilir. Gönüllüler hariç, bu kişilerin aynı zamanda **fotoğrafi** da alınarak sisteme kaydedilir.

Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan kişilerin parmak izi ve fotoğrafı, müracaat sırasında ve en geç düzenlenen belgenin ilgiliye teslimi öncesinde alınarak sisteme kaydedilmelidir.

Polis ile çarşı ve mahalle bekçilerinin parmak izi ve fotoğrafı Polis tarafından; jandarma, sahil güvenlik görevlileri, geçici veya gönüllü köy korucuları ile kır bekçilerinin parmak izi ve fotoğrafı ise Jandarma tarafından sisteme kaydedilmelidir.

Buna karşılık; belediye zabıtası, orman muhafaza memuru, gümrük muhafaza memuru ve diğer özel kolluk personelinin parmak izi ve fotoğrafı, sorumluluk alanına göre Polis veya Jandarma tarafından alınarak sisteme kaydedilmelidir.

Özel güvenlik görevlilerinin parmak izi ve fotoğrafı ise, adlarına düzenlenen kimlik kartlarının teslimi öncesinde, kimlik kartını düzenleyen Polis veya Jandarma tarafından alınarak sisteme kaydedilmelidir.

Gözaltına alınan kişinin parmak izi ve fotoğrafının alınarak sisteme kaydedilmesi için, Cumhuriyet savcısından veya sair bir merciden bir emir veya karar alınmasına gerek bulunmamaktadır.

veri bankası oluşturulmasına yönelik bir kanuni düzenlemeye acil ihtiyaç

Parmak izi ve fotoğraf verileri, ilgili kişiye ait sadece **nüfusa kayıtlı kimlik bilgileri** ile birlikte sisteme kaydedilebilir. Buna karşılık, yabancı ile ilgili parmak izi ve fotoğraf verileri ise, kişiye ilişkin ulaşılabilen kimlik bilgileri ile birlikte sisteme kaydedilmelidir.

Parmak izi ve fotoğrafın hangi sebeple alındığı, sisteme kaydedilmez.

Verilerin ne zaman ve kim tarafından alındığı; veriyi alan ve kaydeden kişinin adı, soyadı, sicil veya Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ile birlikte sisteme kaydedilmelidir.

Olay yerinden elde edilen ve kime ait olduğu henüz tespit edilemeyen **parmak izleri**, kime ait olduğu tespit edilinceye kadar, **ilgili soruşturma dosya numarası ile birlikte** sisteme kaydedilir.

PVSK'nın 5. maddesi hükümlerine göre oluşturulan parmak izi ve fotoğraf kayıt sistemi, sadece asayiş bakımından sorunlu olan insanlara ait bilgilerin yer aldığı bir sistem değildir.

PVSK'nın 5. maddesi hükümlerine göre oluşturulan parmak izi ve fotoğraf kayıt sistemi, **sadece kimlik tespitine yönelik fonksiyon** görecektir.

III. Her iki Kanunun parmak izi kaydına ilişkin hükümlerinden çıkarılan **sonuçları** şu şekilde açıklayabiliriz:

1. CMK'nın 81. maddesi hükümlerine göre alınan **sadece parmak izi** ve **fotoğraflar**, PVSK'nın 5. maddesi hükümlerine göre oluşturulan sisteme kaydedilebilecektir.

2. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 21. maddesi hükümlerine istinaden alınan **sadece parmak izi** ve **fotoğraflar**, PVSK'nın 5. maddesi hükümlerine göre oluşturulan sisteme kaydedilebilecektir. Buna göre, ceza infaz kurumlarına girişte tutuklu ve hükümlülerden alınan parmak izi ve fotoğraflar, ceza infaz kurumlarının dış güvenliğinden sorumlu genel kolluk tarafından sisteme kaydedilecektir.

3. CMK'nın 81. maddesinin ikinci fıkrası hükümlerine göre, **sadece** soruşturma veya kovuşturma (dava) **dosyası içerisinde bulunan** parmak izi veya sair fizik özelliklere ilişkin **bilgiler yok edilebilecektir.**

Buna karşılık, CMK'nın 81. maddesi hükümlerine göre alınmış olup da, PVSK'nın 5. maddesi hükümlerine göre sisteme kaydedilen parmak izi ve fotoğraf verileri, CMK'nın 81. maddenin ikinci fıkrasında aranan koşulların gerçekleşmesi halinde, soruşturma veya kovuşturma (dava) dosyasından çıkarılarak yok edilmesi gerekmeyle birlikte, PVSK'nın 5. maddesi hükümlerine istinaden oluşturulan sistemden silinmeyeceklerdir.

PVSK'nın 5. maddesi hükümlerine göre oluşturulan parmak izi ve fotoğraf kayıt sistemindeki bilgilerin hangi şartlarda silinebileceği, yine bu maddede düzenlenmiştir. Buna göre, PVSK'nın 5. maddesine istinaden oluşturulan sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğraf verileri, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her hâlde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silinir.

4. Gözaltına alınan kişinin PVSK'nın 5. maddesi hükümlerine göre alınan **parmak izi** ve **fotoğraf** kayıtlarının bir örneğinin, soruşturma dosyasına konulmasına gerek bulunmamaktadır.

bulunmaktadır.^{48, 49, 50}

VIII. Sonuç

Şüpheli veyasanığın, mağdurun ya da sair bir kişinin vücudundan alınan biyolojik örnekler üzerinde yapılan incelemeler sonucunda elde edilen bilimsel verilerin, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına önemli katkı sağladığı kuşkusuzdur. Konunun kişi hak ve hürriyetleriyle sıkı ilişkisi dolayısıyla, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri dikkate alınarak, mevzuatımızda kişinin vücudundan biyolojik örnek alınması, alınan biyolojik örnekler üzerinde inceleme yapılması ve tespit edilen bilimsel verilerin somut bir uyuşmazlık bağlamında delil olarak kullanılması ile ilgili karar ve işlem süreçleri, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak, bu karar ve işlem süreçleri sonucunda elde edilen ve “özel nitelikli kişisel veri” olan söz konusu bilimsel bulguların, kötüye kullanılabilmesini önlemek amacıyla, muhafazasına ve bilahare ortaya çıkabilecek sair hukuki sorunlar bağlamında kullanılabilmesine yönelik olarak kanuni düzenleme henüz yapılmamıştır. Bu alandaki kanuni düzenleme eksikliği devam ettiği sürece, söz konusu hassas kişisel verilerin kötüye kullanılabilmesi tehlikesi var olacaktır.

Keza mevzuatımızda, söz konusu bilimsel verilerin elde edilme usulüyle ilgili olarak yapılan kanuni düzenlemeler ile yönetmelik hükümleri arasında bazı çelişkiler bulunmaktadır. Yönetmeliklerdeki bu çelişkili hükümlerin kanuni düzenlemelerle uyumlu hale getirilmesi, uygulamada ortaya çıkabilecek olan tereddütleri giderme bakımından büyük önem taşımaktadır.

⁴⁸ Yukarıda da belirtildiği gibi, söz konusu verilerin gizliliğinin korunmasına yönelik gerekli tedbirler alınarak otomatik işleme kaydedilmesi yönünde kanuni düzenleme yapılması, Avrupa Konseyi “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi*” (Strazburg, 28.1.1981, ETS No: 108) ile taraf devletlere bir yükümlülük olarak yüklenmiştir.

⁴⁹ Adalet Bakanlığı bünyesinde İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Yaşar Bağdatlı'nın başkanlığında oluşturulan ve çalışmalarına benim de katkı sağladığım komisyon tarafından hazırlanan “*DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı*”, Başbakanlık tarafından 17.1.2007 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilmiş ise de, “kadük” kalmıştır. İşbu makalenin yayımı için son hazırlığın yapıldığı 28.07.2020 tarihi itibarıyla **DNA veri bankası** oluşturulması amacına yönelik olarak Türkiye Büyük Millet Meclisine tevdi edilmiş kanun teklifi metni bulunmamaktadır.

⁵⁰ Bu konuda ayrıca bkz. KOCA, Mahmut: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*, in: Ceza Hukuku Dergisi, yıl 1, sayı 2, Aralık 2006, sh. 221; ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. baskı, sh. 635.

DÖVİZ CİNSİNDEN VEYA DÖVİZE ENDEKSLİ SÖZLEŞME YAPMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN YÜRÜTMENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİYLE SINIRLANDIRILMASI SORUNU

Mutlu KAĞITCIOĞLU*

ÖZ

1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, Kanun'un yürürlük amacıyla bağlantılı olarak, yürütme organına sınırsız ve çok geniş kapsamlı bir yetki vermiştir. 1567 sayılı Kanun ile yürütme organına verilen geniş düzenleme yetkisi, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar ile somutlaşmıştır. 32 sayılı Karar'ın 4. maddesine, 12.09.2018 tarihli ve 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile yeni bir paragraf eklenmiştir. Değişiklikle, bakanlıkça belirlenen haller dışında, Türkiye'de yerleşik kişilerin belirli sözleşmeleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak yapması sınırlandırılmıştır. Bu değişiklikten sonra ilgili bakanlık tarafından iki tebliğ çıkarılmıştır. Kamuoyunda oldukça tartışma yaratan bu düzenleyici işlemler, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili eleştirilere uğramıştır. Çalışmada, yürütmenin düzenleyici işlemleri ile sözleşme özgürlüğüne bir sınır getirilip getirilemeyeceği incelenmektedir. Bu çerçevede, yapılan düzenlemelerin hukuka uygunluğu, idare hukuku boyutuyla değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme özgürlüğü, Türk parasının kıymetinin korunması, özel girişim özgürlüğü, düzenleyici işlem, takdir yetkisi.

THE PROBLEM OF THE LIMITATION OF THE FREEDOM OF MAKING CONTRACTS IN FOREIGN CURRENCY OR INDEXED TO FOREIGN CURRENCY WITH THE REGULATORY ACTS OF THE EXECUTIVE

ABSTRACT

Law on the Protection of the Value of the Turkish Currency No. 1567, in connection with the implementation of the law, gave the executive body an unlimited and very wide authority. The broad regulatory authority granted to the executive body by the Law No. 1567 was embodied in the Decision Numbered 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency. A new paragraph has been added to Article 4 of the

* **Doç. Dr.**, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, **E-Posta:** mutlukagitcioglu@gmail.com.

ORCID ID: 0000-0001-8032-0976

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775402

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 01/04/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 09/06/2020

Decision Numbered 32 by the President's Resolution dated 12.09.2018 and numbered 85. With the amendment, the freedom of making contracts in foreign currency or indexed to foreign currency under certain categories among residents in Turkey has limited except for circumstances to be determined by the ministry. After this amendment, two communiqués were issued by the relevant ministry. These regulatory acts, which are highly controversial in public opinion, have been criticized for limiting freedom of contract. In study, it has been examined whether the regulatory acts of the executive body can provide a limit to the freedom of contract. In this context, the compliance of the regulations with the law has been evaluated in terms of administrative law.

Keym Words: *Freedom of contract, protection of the value of the Turkish currency, freedom of enterprise, regulatory act, discretionary power.*

GİRİŞ

Türk parasının kıymetinin korunması amacıyla yürürlüğe konulan mevzuatta yapılan 2018 değişiklikleri ile döviz cinsinden veya döviz endeksli sözleşme yapma özgürlüğüne yönelik sınırlamalar getirilmiştir. Zamanla bu sınırlamalara da sınır getirilmekle birlikte, konuyla ilgili pek çok soru işareti ortaya çıkmıştır. Konunun, özel hukuku ilgilendiren tartışmalar dışında, kamu hukuku ve idare hukuku açısından da önemli sorunlar teşkil ettiği ifade edilebilir. Zira, yürütmenin düzenleyici işlemleri ile ortaya konulan sınırlamaya uyulmaması idarenin denetimi altındadır. Çalışmada, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin amaçlara ve hukuksal düzenlemelere yer verilerek, Türk parasının kıymetinin korunması için yürütme organına verilen geniş yetkilerin yarattığı hukuksal sorunlar tespit edilmiş ve çözüm önerileri getirilmiştir.

I. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasının Amacı: İrade Özerkliği ile İrade Eşitliğinin Dengelenmesi

Ekonomik hak ve özgürlükler devletin temel uğraşı konularının odağında olmuştur. Devletin ekonomik düzene müdahalesi yeni bir olgu olmayıp, modern devlet öncesine kadar dayanmaktadır. Fransız Devrimi ile başlayan, Sanayi Devrimi ile gelişen ve Dünya Savaşları ile ortaya çıkan hukuksal değişimler, ekonomik dinamiklerle doğrudan bağlantılıdır. Rivero, ekonomik ve sosyal hakların, homojen bir kategori teşkil etmediğini belirterek, bu hakların somut durumlara, çeşitli sosyo-ekonomik kategorilerin yapılarına ve

bunların zamanda ve mekânda değişen varoluş şartlarına bağımlı olduğunu ifade etmiştir.¹

Belirtmek gerekir ki, ekonomik hak ve özgürlüklerin insan hakları kataloğunda hangi başlık altında değerlendirileceği hususunda farklı yaklaşımlar söz konusudur. Uluslararası hukuktaki kaynaklara baktığımızda genel olarak ekonomik ve sosyal hakların birlikte ele alındığı, bu haklara, kültürel hakların da eklendiği görülmektedir. 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme², (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) her üç hak kategorisini düzenleyen temel bir metindir. 1999 yılında yürürlüğe Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (European Social Charter (Revised), European Treaty Series – No.163), güvence altına aldığı ekonomik ve sosyal hakları, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’ye benzer bir yaklaşımla düzenlemiştir.³

Öğretiye baktığımızda, ekonomik ve sosyal hakların sınıflandırılmasında da farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. Tanör, mülkiyet hakkını ve sözleşme özgürlüğünü klasik hak ve özgürlüklerin içinde ekonomik haklar grubunda ele almıştır.⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, mülkiyet hakkını, sözleşme ve çalışma özgürlüklerini birinci kuşak haklar içinde sınıflandırmıştır.⁵ Kaboğlu, mülkiyet hakkı ile özel teşebbüs ve çalışma özgürlüklerini “*iktisadi özgürlükler*” olarak; çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve toplu sosyal hakları yani sendika özgürlüğü, grev hakkı, toplu sözleşme hakkı ve toplu görüşme hakkını

¹ RIVERO, s. 33, 35.

² Birleşmiş Milletler tarafından 16.12.1966 tarihinde kabul edilen ve 03.01.1976 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme, ülkemiz tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanmıştır. 04.06.2003 tarihli ve 4867 sayılı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunla onaylanması uygun bulunan Sözleşme, 10.07.2003 tarihli ve 2003/5923 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG, 11.08.2003/25196) ile beyan ve çekincelerle birlikte onaylanmıştır, onay belgesinin depolanması ile 23.12.2003 tarihinden itibaren ülkemiz için hüküm doğurur hale gelmiştir.

³ Türkiye tarafından 06.10.2004 tarihinde bazı maddelere çekince konularak kabul edilmiştir. Gözden Geçirilmiş Şart, Bakanlar Kurulunun 22.03.2007 tarihli ve 2007/11907 sayılı kararı (RG, 09.04.2007/26488) ile onaylanmış; ilgili belgelerin tevdi ile Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, ülkemiz açısından 01.08.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴ TANÖR, s. 98-102. Müellif, klasik ekonomik haklarla sosyal haklar arasındaki ayrım çizgisinin açık olduğunu, sosyal hakların iktisadi ve sosyal eşitsizliklere tepki niteliğindeki haklar olduğunu ve ekonomik haklarla sosyal haklar arasındaki ilişkinin esas yönünün zıtlık olduğunu ifade etmiştir.

⁵ TANÖR /YÜZBAŞIOĞLU, s. 196.

sosyal haklar olarak incelemiştir.⁶ Özbudun, çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ekonomik haklar kategorisinde yer vermektedir.⁷ Kanaatimizce mülkiyet hakkını, özel girişim özgürlüğünü ve sözleşme özgürlüğünü birinci kuşak haklar arasında değerlendirmek gerekmektedir. Başta da belirttiğimiz üzere, modern devletin ve insan haklarına ilişkin dönüşümün temelinde ekonomik hak ve özgürlükler yatmaktadır.⁸

Ekonomik hak ve özgürlükleri belirleme noktasında, 1970'ten bu yana Fraser Enstitüsü tarafından yayımlanan Dünya Ekonomik Özgürlük Endeksi raporundaki esaslardan yararlanabilir. Her yıl yayımlanan bu rapora göre, ekonomik özgürlüğün temelleri şunlardan oluşmaktadır: (1) kişisel seçim, (2) piyasalar tarafından koordine edilen gönüllü değişim, (3) piyasalara girme ve rekabet etme özgürlüğü ve (4) kişilerin ve özel mülkiyetin başkalarının saldırganlıklarından korunması.⁹ Bu doğrultuda raporda, mülkiyet hakkı ile bireylerin seçme, ticaret yapma ve başkalarıyla iş birliği yapma özgürlükleri ekonomik özgürlükler olarak değerlendirilmektedir. Bu itibarla sözleşme özgürlüğü de bu rapor uyarınca ekonomik bir özgürlük olarak nitelendirilebilir.

Sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkının uzantısı olan ve mülkiyet hakkını özel girişim özgürlüğü ile tamamlayan bir özgürlüktür. Öğretide Tan, sözleşme özgürlüğünün tanımına ilişkin şu açıklamayı getirmiştir; “*kişilerin özel hukuk alanında diğer kişilerle ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalarak diledikleri gibi*

⁶ KABOĞLU, (2002), s. 448-460; KABOĞLU, (2001), s. 109-120.

⁷ ÖZBUDUN, s. 154.

⁸ Çalışma konumuzun kapsamını aşmamak düşüncesiyle, eklememiz gerekir ki insan haklarını sınıflandırma çabası karşısında hakların sınıflandırılmasına ilişkin net bir ayırım yapmak güçtür. Hak ve özgürlük sözcüklerinin de farklı anlamlara işaret ettiği noktada, Avrupa Sosyal Şartı'nda olduğu gibi sosyal hakların ekonomik haklarla eş anlamda kullanılması da mümkün olmaktadır. Konuya ilişkin şu değerlendirme de yapılabilir: “*Ekonomik hakların farklı bir anlamı, hak ve özgürlük kavramları arasında yapılan ayırmadan türetilmektedir. Liberal yaklaşımda özgürlük negatif boyutuyla, yani devletten ya da diğer kişilerden gelecek zorlama ve müdahalelerin yokluğu ile, hak ise pozitif boyutuyla, yani devletin müdahale etmesi ile tanımlanır. Bu çerçevede ekonomik hak ve ekonomik özgürlüğün de farklı ve birbirine zıt kavramlar oldukları belirtilir. Ekonomik özgürlükte kişi, hiç bir müdahale olmaksızın kendi tercihleri doğrultusunda ekonomik hayata katılmaktadır. Ekonomik bir hak söz konusu olduğunda ise kişi, devletten bazı şeyleri gerçekleştirmesini bekler. Bu anlamda ekonomik haklar ve özgürlükler arasında ters orantı vardır; biri arttıkça diğer azalır. Dolayısıyla refah devletleri, devletin ekonomiye yaptığı müdahaleler ile kişilerin ekonomik haklarının arttığı ancak ekonomik özgürlüklerinin sınırlandırıldığı devletlerdir.*” DERİCİLER, s. 36

⁹ Fraser Institute, **Economic Freedom Basics**, <https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/economic-freedom-basics> (Erişim Tarihi: 10.03.2020).

*düzenlemeleri, diledikleri konuda diledikleri ile sözleşme yapabilmeleri”dir.¹⁰ Tiryaki ise “sözleşme yapıp yapmamak da dahil –tarafarca– istenen bir sonuca ulaşmak için tarafarca istendiği şekilde irade beyanıyla uyuşmaların engellenmemesi” şeklinde sözleşme özgürlüğünü tanımlamıştır.¹¹ Sözleşme özgürlüğü, kapitalizm ve liberalizmin odak noktası olan bireyselleşme ve irade özerkliği (*autonomie de la volonté*) kavramları üzerinde kurgulanmıştır. İrade özerkliğinin gücünü yansıtmaması bakımından 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nun, hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmelerin, onu yapanların kanunu sayılacakları yönündeki madde hükmü dikkat çekicidir (m. 1134/1).¹² Sözleşme özgürlüğü, irade özerkliğinin bir görünümü olup özgür iradenin dış dünyaya yansımalarının tipik bir sonucunu teşkil eder. Pozitif hukuk açısından sözleşme özgürlüğünü, kişilerin sözleşme yapma ya da yapmama özgürlüğü ile sözleşmenin içeriğini ve şeklini serbestçe belirleme özgürlüğü olarak tanımlayabiliriz.*

Anayasa Mahkemesi bir kararında, sözleşme özgürlüğünün negatif görünümünün sözleşme yapmama özgürlüğü olduğunu ifade etmiştir.¹³ Mahkeme bu şekilde yardımlaşma sandığı üyeliğinin, kişilerin üye olup olmama iradesi ve isteği dikkate alınmaksızın zorunlu tutulmasının, sözleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğunu ve bu özgürlüğü kullanılamaz hâle getirdiğini; itiraz konusu kurulla¹⁴, bireylerin serbest iradeleri dışında, belli bir mal topluluğu ile hukuki ilişkiye girme/sözleşme yapma zorunluluğu öngörülerek ellerinden alındığını ve düzenlemenin sözleşme özgürlüğünün özüne dokunduğunu açıklamıştır.

Sözleşme özgürlüğüne müdahalenin çeşitli nedenleri vardır. Hak ve özgürlüklerin, hukuksal anlamda kuramsallaşmasının kaynağını ekonomik ilişkilerde bulmak mümkündür. Teknoloji, küreselleşme ve artan iş bölümü neticesinde oldukça kapsamlı ve bir o kadar karmaşık olan ekonomik düzende yaşanan olumsuzlukların etkisi, devletin rolünü etkiler boyuta ulaşmıştır. Bu itibarla, devletin idare cihazı ile ekonomiye müdahalesi kaçınılmaz hale

¹⁰ TAN, s. 133.

¹¹ TİRYAKİ, s. 123.

¹² Code civil des Français, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEX T000006070721&dateTexte=20080225#/> (Erişim Tarihi: 10.03.2020).

¹³ Anayasa Mahkemesi, T. 08.10.2015, E. 2014/126, K. 2015/86, RG. T 22.10.2015, S. 29510.

¹⁴ 25.01.1956 tarihli ve 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu’nun 58. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi; “*Bu sandığa birlik azasının hepsi kaydedilmeye ve vecibelerini yerine getirmeye mecburdurlar.*”

gelmiştir. Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması, sınırlanma sebeplerine bakarak iki kategoriye ayrılabilir:

1. Bir veya daha fazla sözleşme tarafının korunmasına yönelik sınırlamalar.
2. Sözleşmenin dışındaki üçüncü kişileri veya toplumu koruma amaçlı sınırlamalar.¹⁵

Sözleşme ilişkisini kuran irade özerkliğinin, irade eşitliği ile dengelenmeden kullanılması bu özgürlüğün kötüye kullanılmasına sebep olabilecektir. Nitekim eşitler arasındaki sözleşmesel ilişki ve sözleşme dışı ilişkileri düzenleyen ve bu tür güç yoğunlaşmaları karşısında kurumları ve kuralları önemli ölçüde zarar görecektir olan bir sistem, sözleşme kurumunun diyalektiği olarak nitelendirilmiştir.¹⁶ Çünkü sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğüne sahip olmakla birlikte iradesini ortaya koyacak eşit koşullara sahip olmayabilir. Çocuklar, engelliler, öğrenciler, hastalar gibi çok farklı statüdeki kişiler, sözleşme ilişkilerinde müzakere eşitliğini kullanamayabilirler. Bu eşitsizlik aslında mevcut serbest piyasa sisteminin olağan bir sonucudur, zira “*laissez faire-laissez passe*” felsefesine sahip bu sistemde sosyo-ekonomik durumların dengede olduğu sözleşme ilişkisinden bahsetmek çoğu zaman mümkün değildir. Sözleşme taraflarının eşit müzakere gücüne sahip olmadığı bu dengesizlik ise belki de devletin ve hukukun öncesine götürülebilecek “*a priori*” sahip olunan irade özerkliğinin sözleşme ilişkisine yansıtılmamasına sebep olacaktır. Alman hukukçu Otto von Gierke sözleşme özgürlüğünü, kuvvetli olanın elinde korkunç bir silah, zayıf olanın elinde ise kör bir alet olarak tasvir etmiştir.¹⁷ Bu dengesizlik, sözleşme özgürlüğünü sağlamaya yönelik hukuk kurallarının ekonomik ve sosyal açıdan güçsüz konumdaki taraf için işlememesine ve sözleşme koşullarının tek yanlı olarak ekonomik açıdan güçlü konumdaki tarafça belirlenebilmesine sebep olabilecektir. Bu anlamda eşit iradeler arasında kurulmayan bir sözleşme ilişkisinin toplumsal açıdan olumsuz sonuçlarının önlenmesi için de devletin bu alana müdahalesinin gereğinden bahsedilmelidir. Çünkü 1789’dan bu yana sözleşme ilişkileri de tıpkı hukuk ve devletin kendisi gibi bir dönüşüm geçirmiştir.¹⁸ Sözleşmedeki

¹⁵ PETTIT, s. 291 vd.

¹⁶ ATAMER, s. 21.

¹⁷ McGAUGHEY, s. 1019.

¹⁸ Karşılaştırmalı hukukta sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması için bkz. KÜÇÜKYALÇIN, s. 101-124.

sosyo-ekonomik açıdan güçlü tarafın, hukuk kurallarını kendi lehine kullanarak, güçsüz taraftan haksız bir şekilde fayda sağlamasını engellemek için, modern devletin sözleşme özgürlüğüne müdahale etmesi kaçınılmazdır. Ancak bu müdahalenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence mekanizmalarını sağlayan temel hukuk kurallarına aykırı olmadan gerçekleşmesi gerektiği de sabittir.

Sözleşme özgürlüğüne müdahalenin diğer amacı ekonomik kamu düzeninin sağlanması ve korunmasıdır. Neoliberalizmin etkisi altında farklı rollere bürünmekle birlikte, modern devletin ekonomik düzene müdahaleleri çeşitlenerek artmıştır. Bu müdahalelerden (vergiler, planlama, kamu iktisadi teşebbüsleri, vs.) konumuz açısından öneme sahip olansa ekonomik kolluktur. Ekonomik kolluk, özel bir kolluk türü olarak, anayasal ekonomik kamu düzeninin sağlanması veya bozulan bu düzenin geri getirilmesi amacıyla idare tarafından yürütülen, özel girişim özgürlüğü başta olmak üzere hak ve özgürlüklere ve ekonomik yaşama müdahale sonucunu doğuran, düzenleme ve denetleme faaliyetlerinin bütünü olarak tanımlanabilir.¹⁹ Yürütmenin özel girişim özgürlüğüne ve sözleşme özgürlüğüne müdahalesi ekonomik kolluk çerçevesinde açıklanabilir. Ekonomik özgürlüklerin kötüye kullanılması, maddi kamu düzenini ihlal etmeyebilir ancak kamu yararını, toplum düzenini ve ekonomik kamu düzenini ciddi bir biçimde zedeler; kalıcı etkiler bırakabilir.²⁰ Ayrıca, sözleşme özgürlüğüne müdahale, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak da değerlendirilmelidir.

II. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Meselesine Türk Hukukunun Yaklaşımı: Kamu Hukuku ve Özel Hukukun İş Birliği

1982 Anayasası, genel olarak devletin ekonomiye müdahale yollarını düzenlemiştir. Ekonomik kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacını barındıran ekonomik kolluk faaliyetlerinin hukuksal dayanakları, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde somutlaşmaktadır. Bu konuda Anayasa'da "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı 41. ve 65. maddeler ile "*Ekonomik Hükümler*" başlıklı 166. ve 173. maddeler göze çarpmaktadır. Diğer taraftan kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan ekonomik engelleri kaldırmanın devletin temel amaç ve görevleri arasında olduğunu ifade eden Anayasa'nın 5. maddesi dikkate alınmalıdır. Danıştay, özürü çocukların eğitim giderlerinin

¹⁹ KAĞITCIOĞLU, s. 54.

²⁰ KABOĞLU, (2002), s. 458.

bakanlıkça karşılanmasına ilişkin tebliğin, zihinsel özürlüler dışındaki özürlüler için 18 yaş sınırı getiren kısmının iptali konulu uyuşmazlıkta, üst hukuk normlarına ve temel hukuki ilkelere açıkça aykırılık gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı vermiştir.²¹ Söz konusu kararında Danıştay, sosyal devlet ilkesi uyarınca hiçbir ayırım gözetilmeden tüm vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini hukuk devleti ile bağdaşmayacak şekilde sınırlayan ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması gerektiğini ifade etmiştir.

Devletin ekonomiye müdahalesiyle diğer bağlantılı maddeleri ise *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”* ve *“Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”* şeklindeki *“Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti”* başlıklı 48. madde ile *“Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”* düzenlemesini içeren *“Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi”* başlıklı 167. madde olarak ele alınmalıdır. Sözleşme özgürlüğüne idarenin müdahalesinin dayanakları bu iki madde ile sıkı ilişkidir.

Anayasa'nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü, herkesin dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahip olması şeklinde ifade edilmiştir. Esasen Anayasa'da özellikle zikredilmese dahi sözleşme özgürlüğünün varlığı özel girişim özgürlüğü içinde değerlendirilebilirdi. Çünkü özel girişim özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü yanında meslek seçme özgürlüğünü, ticaret ve sanayi özgürlüğünü ve rekabet özgürlüğünü içeren geniş bir kavramdır.²² Liberalizm ve piyasa ekonomisi anlayışından beslenen ve hem gerçek kişilere tek tek ve toplu olarak, hem de tüzelkişilere tanınan özel girişim özgürlüğü; gerçek ve tüzel kişilerin üretim, dağıtım, tüketim aşamaları dâhil her türlü ekonomik faaliyette bulunma, bireysel ya da ortaklık biçiminde ekonomik birimler kurma, işletme ve onlara sahip olma özgürlüğü şeklinde tanımlanabilir.²³ Özel girişim özgürlüğünü Kaboğlu, her gerçek ya da tüzel kişinin dilediği iktisadi faaliyeti

²¹ Danıştay 8. Dairesi, T. 12.12.2007, YD. İtiraz No. 2007/6457. (<http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 09.03.2020).

²² DELVOLVÉ, s.109.

²³ KAĞITCIOĞLU, s. 49-50.

yürütebilmesi olarak ifade ederken²⁴; Türk, kişilerin bireysel veya ortaklık biçiminde işletmeler kurma özgürlüğü olarak nitelendirmiştir.²⁵ Sözleşme özgürlüğü ile doğrudan bağlantısı bulunan özel girişim özgürlüğü Akgüner tarafından; *“karşılıklı mübadele ve işbölümü esasına dayalı, kâr amacıyla, üretim unsurları olarak adlandırılan emek ve sermayesini birleştirerek mal ve hizmet üreten ve bunları serbest fiyat ortamının oluştuğu piyasaya sür(en) kişinin faaliyeti”* olarak tanımlanmıştır.²⁶ Battal ise özel girişim özgürlüğünü; kişilerin, diledikleri alanda, diledikleri çapta özel teşebbüsler kurarak iktisadi faaliyette bulunabilmesi şeklinde ifade etmiştir.²⁷ Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 48. maddesi ile özel teşebbüsleri ulusal ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara göre koruma ve geliştirme görevinin devlete verildiğine işaret etmiştir.²⁸

Sözleşme özgürlüğü, Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinin *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği”* hükmü ile hukukumuzda somutlaşmaktadır. Öte yandan bu Kanun'da sözleşme içeriği konusunda bir serbestlik getirilmekle birlikte sözleşme özgürlüğünün kapsamına; kişinin sözleşme kurma özgürlüğünün, sözleşme kuracağı diğer tarafı seçme özgürlüğünün, sözleşmenin tipini seçme özgürlüğünün, sözleşmede değişiklik yapma ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünün gireceği ifade edilmektedir.²⁹

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrasına göre, Kanun'un emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Burada sayılan hususlar, sözleşme özgürlüğüne kanun koyucunun iradesi ile getirilen sınırlandırmayı ifade etmektedir. Yine, genel işlem koşullarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ila 25. maddeleri de sosyal devlet ilkesinin sözleşme özgürlüğüne getirdiği sınırlandırmaları barındırmaktadır. Kanun'un 20. maddesi uyarınca genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek

²⁴ KABOĞLU, (2002), s. 457.

²⁵ TÜRK, s. 10.

²⁶ AKGÜNER, s. 6.

²⁷ BATTAL, s. 48.

²⁸ Anayasa Mahkemesi, T. 14.03.2005, E. 2003/70, K. 2005/14, RG. T. 26.04.2005, S. 25797; Anayasa Mahkemesi, T. 20.11.2003, E. 2002/32, K. 2003/100, RG. T. 11.08.2004, S. 25550.

²⁹ KARABAĞ, s. 5.

başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Kanun'a göre genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanacaktır (m. 20/4).³⁰ Türk Borçlar Kanunu dışında özel hukuk ilişkilerini düzenleyen diğer kanunlarda da sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Tüketici, kiracı ve işçi gibi sözleşmenin diğer tarafı karşısında dengesiz konumdaki tarafların korunmasına yönelik olarak, sözleşme özgürlüğüne sınırlama getiren farklı kanuni düzenlemeler bulunmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca; tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür (m. 5/2). Ticari ilişkilerde, tarafların dengesizliğini ortadan kaldırmak amacıyla kanunlarda sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlandırmalar getirilmiştir. Bu kimi zaman sözleşmeye konulacak hususların belirtilmesi, kimi zaman sözleşme yapma zorunluluğu, bazı hallerde sözleşmelere ilişkin şekil şartı veya sözleşmeye konulacak kaydın hükümsüzlüğüne ilişkin olabilmektedir. Zira yukarıda değindiğimiz üzere, sözleşme özgürlüğünün farklı iradeleri yansıtan birçok boyutu bulunmaktadır. Bankacılık Kanunu'nda, bankaların, kimliklerini ve vergi numaralarını belgelemeyen müşterileri adına sözleşme düzenlemeleri yasaklanmıştır (m. 76/3). Türk Ticaret Kanunu'nda cari hesap sözleşmelerinin yazılı yapılmadıkça geçerli olmayacağı öngörülmüştür (m. 89/2) Yine bu Kanun'da cari hesap sözleşmelerine dair hükümler de özel olarak sayılmıştır (m. 90). Kişilerin, sigorta şirketini seçme hakkının sınırlandırılmayacağını vurgulayan Sigortacılık Kanunu; taraflardan birinin sigorta yapmaya zorunlu tutulduğu hallerde, söz konusu sigortanın belli bir şirkete yaptırılmasına ilişkin sözleşmeye konulmuş her türlü şartın hükümsüz olduğunu hükme bağlamıştır (m. 32/5).

Anayasa Mahkemesi tarafından sözleşme özgürlüğüne; devletin, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi

³⁰ Konut ve çatılı işyeri kiralalarıyla ilgili olan Türk Borçlar Kanunu'na göre, tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, ancak bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerli olabilir (m. 344/1).

ve koruması anlamı verilmiştir.³¹ Bu anlamın yer verildiği kararında Anayasa Mahkemesi, özel sınırlama sebebi bulunmayan Anayasa'nın 48. maddesinin "hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları"nın olduğunu ve Anayasa'nın diğer maddeleriyle hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların sınırlanabileceğini ifade etmiştir.³² Yine bir diğer kararında mahkemeye göre;

*"Anayasa'nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğüne yönelik herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bununla birlikte, bu hak mutlak ve sınırsız bir hak olmayıp belli kriterlere uygun olmak kaydıyla sınırlamalara tabi olabilecek haklardandır. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Ancak bu sınırlamalar, Anayasa'nın 13. maddesinin öngördüğü şekilde, hakkın özüne dokunmaksızın, hukuk devletinin gereklerini karşılayan bir kanun aracılığıyla, meşru bir amaçla, demokratik bir toplumda gerekliliğe hizmet eden ölçülülük ilkesine uygun şekilde gerçekleştirilmelidir."*³³

Anayasa Mahkemesi, madde gerekçesine³⁴ veya sosyal devlet³⁵ kavramına dayanarak, sözleşme özgürlüğüne müdahale eden kanun maddelerine ilişkin aykırılık iddialarını değerlendirmektedir. Sözleşme özgürlüğü ve özel girişim özgürlüğü, sosyal devlet ilkesinin önem kazanmasıyla devletin olumlu anlamda müdahale etme yükümlülüğünün olduğu özgürlük kategorileridir. Zira eşitler arasında kurulmayan bir sözleşmenin, irade özerkliğini barındırdığı söylenemeyecektir. Bu itibarla devlet, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin çeşitli hukuksal araçlar kullanmaktadır. Öte yandan, sözleşmenin tarafları arasında eşitliğin dengelenmesi, kamu yararının ve ekonomik kamu düzeninin sağlanmasıyla ilişkilidir. Bu şekilde idare, sadece sözleşmenin taraflarını korumak amacıyla değil, ekonomik kamu düzenini

³¹ Anayasa Mahkemesi, T. 07.09.2016, E. 2015/102, K. 2016/151, RG. T. 18.10.2016, S. 29861.

³² Konuyla ilgili Tanör/Yüzbaşıoğlu da her hak ve özgürlüğün kendi niteliğinden doğan "norm alanı"nı çizen nesnel ve doğal sınırları olduğunu belirtmektedirler, TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 144. Bu konudaki diğer değerlendirmeler için bkz. KABOĞLU, (2002), s. 456; GÖZLER, (2018), s. 353 vd.; SAĞLAM, Fazıl, s. 288-310; SAĞLAM, Mehmet, s. 233-266.

³³ Anayasa Mahkemesi, T. 08.10.2015, E. 2014/126, K. 2015/86, RG. T. 22.10.2015, S. 29510.

³⁴ Anayasa Mahkemesi, T. 14.03.2005, E. 2003/70, K.2005/14, RG. T. 26.04.2005, S. 25797; Anayasa Mahkemesi T. 21.06.2013, E. 2011/44, K. 2012/99, RG. T. 13.03.2013, S. 28586.

³⁵ Anayasa Mahkemesi, T. 19.06.2008, E. 2006/101, K. 2008/126, RG. T. 19.11.2008, S. 27059.

sağlamak adına da sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı kararlar alabilmektedir. Koşulsuz ve sınırsız bir özgürlükten bahsedilemeyeceği için anayasal hükümde özel bir sınırlama sebebi olmamasına rağmen, idare, sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran gerekli tedbirleri alabilir.³⁶ Ancak bu sınırlamaların, Anayasa ile çelişmeyerek kanunla yapılması, ölçülü olması ve özgürlüğün özüne dokunmaması gereklidir. Çalışmamızın konusunu oluşturan Türk parasının kıymetinin korunması amacıyla döviz cinsinden veya döviz endeksli sözleşmelere yönelik getirilen sınırlamalar bu koşullarla değerlendirilmelidir.

III. Türk Parasının Kıymetinin Korunması Amacıyla, Döviz Cinsinden veya Döviz Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlandırılmasına Dair Hukuksal Sorunlar

Genel olarak sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmada yürütmeye tanınan yetki; sözleşmelerin içeriğinin belirlenmesi, sözleşmelerin yapılmasından önce izin/onay verilmesi, sözleşmelerin boşluklarının doldurulması, sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıkların çözümü gibi birçok işlemi bünyesinde taşımaktadır. Bu itibarla, sözleşme özgürlüğüne müdahaleye ilişkin güncel bir örnek olan Türk parasının kıymetinin korunmasına yönelik yürürlüğe konulan düzenleyici işlemleri, idare hukuku açısından değerlendirmeye çalışacağız.

A. Döviz Cinsinden veya Döviz Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlandırılmasının Hukuksal Dayanakları

Yürütmenin sözleşme özgürlüğüne müdahalesinin tipik örneğini, Türk parasının kıymetinin korunmasına yönelik düzenleme yetkisi oluşturmaktadır. 1924 Anayasası'nın yürürlüğü sırasında çıkarılan ve halen yürürlükte olan 20.02.1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ile yürütme organına ekonomik hayatın temeli olan milli paranın değerinin korunmasına ilişkin bir düzenleme yetkisi verilmiştir. 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, kambiyo, nukut (nakit para), esham (Osmanlı Devletinde bir tür iç borçlanma çeşidi ile ilgili senetler), tahvilat (tahviller) alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan üretilen veya bunları içeren her çeşit eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle ödemeyi sağlayan temine yarayan her türlü araç ve belgenin ülkeden ihracı

³⁶ 1982 Anayasası'ndan farklı olarak 1961 Anayasası'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 40. maddesinde kanunun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabileceği açıkça ifade edilmiştir.

veya ülkede ithalinin düzenlenmesine ve sınırlanmasına ve Türk parasının kıymetinin korunması dolayısıyla kararlar almaya Cumhurbaşkanını yetkili kılınmıştır:

“Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarıyan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına Cumhurbaşkanını salâhiyetlidir.”

2017 Anayasa değişikliği öncesinde bu yetki yürütme organı olarak Bakanlar Kuruluna tanınmıştır. 1567 sayılı Kanun’da kararların, Türk Parası Kıymetini Koruma başlığı altında Resmi Gazete ile ve Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu bakanlığın uygun göreceği diğer yayım araçlarıyla yayım ve ilan olunacağı kabul edilmiştir (m. 2/1).³⁷ Bu çerçevede, Bakanlar Kurulu yetkisini “Karar” olarak kullanmıştır. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında da bu yetki, Cumhurbaşkanının işlemlerinden biri olan “Cumhurbaşkanı Kararı” ile kullanılmıştır.

1567 sayılı Kanun’un 1. maddesi dayanak alınarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmış olan ve 1983’te yürürlüğe konan mülga Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 28 sayılı Karar³⁸ ile kambiyo rejiminin serbestleştirilmesi yönünde adımlar atılmıştır. 1989 tarihli Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar³⁹ (çalışmamızda 32 sayılı Karar olarak anılacaktır) ise halen yürürlüktedir. Günümüze kadar çeşitli değişiklikler içermekle birlikte, 32 sayılı Karar’ın hukuki varlığı 2017 Anayasa değişikliği sonrasında da devam ettirilmektedir. 32 sayılı Karar’da, Türk parasının kıymetini korumak amacıyla; Türk parasının yabancı paralar karşısındaki değerinin belirlenmesine, döviz ve dövizli temsil eden belgelere (menkul değerler ve diğer sermaye piyasası araçları dahil) ilişkin tüm işlemler ile dövizlerin tasarruf ve idaresine, Türk parası ve Türk parasını temsil eden belgelerin (menkul değerler ve diğer sermaye piyasası araçları dahil) ithal ve

³⁷ Yine Kanun’da bu düzenlemenin devamında şu hükme yer verilmiştir: “Şu kadar ki kararların yürürlüğe girmesinde Resmi Gazete ile yapılacak neşir ve ilan esas olup bu gazete ile neşredilen kararlar başka vasıtalarla neşir ve ilan edilmiş olsun olmasın metinlerinde mer’iyet tarihi varsa o tarihten yok ise Resmi Gazete ile neşredildiğinin ertesi gününden itibaren Türkiye’nin her tarafında yürürlüğe girer.”

³⁸ RG. T. 29.12.1983, S. 18266.

³⁹ RG. T. 11.08.1989, S. 20249.

ihracına, kıymetli maden, taş ve eşyalara ilişkin işlemlere, ihracata, ithalata, özelliği olan ihracat ve ithalata, görünmeyen işlemlere, sermaye hareketlerine ilişkin kambiyo işlemlerine ait düzenleyici, sınırlayıcı esaslar düzenlenmiştir (m. 1). 1567 sayılı Kanun ile yürütme organına verilen geniş düzenleme yetkisi 32 sayılı Karar ile somutlaşmıştır.

32 sayılı Karar’la yapılan ve bugüne kadar tartışma yaratmış düzenlemelere, döviz cinsinden veya dövizde endeksli sözleşmelere yönelik 2018 tarihli değişiklikler eklenmiştir. Mevzuat değişikliğini özetlemek gerekirse, 12.09.2018 tarihli ve 85 sayılı “*Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar*” başlıklı Cumhurbaşkanlığı kararıyla⁴⁰ (çalışmamızda 85 sayılı Karar olarak anılacaktır) 32 sayılı Karar’a eklemeler yapılmıştır. 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 32 Sayılı Karar’da yapılan bu değişiklikten sonra, “*Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/51)*”⁴¹ ile 32 sayılı Karar’a ilişkin 2008-32/34 numaralı Tebliğ’in mülga 8. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Kamuoyunda yoğunlaşan tartışmalar akabinde, “*Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/52)*”⁴² yürürlüğe konularak, 2008-32/34 numaralı Tebliğ’in 8. maddesi tekrar düzenlenmiştir. Yabancı para üzerinden sözleşme yapma özgürlüğüne yönelik yürütmenin müdahalesi ile ilgili ortaya çıkan güncel tartışmaların hukuksal görünümünü şu şekilde açmak gerekmektedir;

32 Sayılı Karar’ın “*Döviz*” başlıklı 4. maddesine, 85 sayılı Karar ile aşağıdaki g) bendi eklenmiştir:

“Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dahil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövizde endeksli olarak kararlaştırılamaz.”

Bu düzenlemeyle, Türkiye’de yerleşik kişilerin, kural olarak, kendi aralarındaki işlemlerde dövizle ödeme yapma yasağı, sayılan belirli sözleşme

⁴⁰ RG. T. 13.09.2018, S. 30534.

⁴¹ RG. T. 06.10.2018, S. 30557.

⁴² RG. T. 16.11.2018, S. 30597.

tiplerinde sözleşmeye bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklı diğer ödeme yükümlülükleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Aynı değişiklikte 32 sayılı Karar'a eklenen Geçici 8. madde ile yukarıdaki bendin yürürlüğe girdiği tarihten (13.09.2018) itibaren otuz gün içinde, söz konusu bentte belirtilen ve daha önce akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedellerin, bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak taraflarca yeniden belirleneceği düzenlenmiştir. Buna göre, döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşme yapma yasağı, sadece Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarındaki işlemler için geçerli olup, taraflardan birinin Türkiye'de yerleşik sayılmayan yani dışarıda yerleşik kişi olması durumunda bu yasak söz konusu olmayacaktır. 32 sayılı Karar'a göre, yurtdışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahibi Türk vatandaşları dahil Türkiye'de kanuni yerleşim yeri bulunan gerçek ve tüzel kişiler "*Türkiye'de yerleşik kişiler*"den sayıldıkları için bu yasağa tabi olacaklardır. 32 sayılı Karar'daki yeni düzenleme akabinde döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşme yapma yasağının hangi sözleşmeler için geçerli olacağına yönelik belirsizlikler söz konusu olmuştur. Ayrıca daha önce, döviz üzerinden düzenlenen sözleşmelerdeki bedellerin hangi tarihli kur üzerinden Türk parası olarak belirleneceğine ilişkin de belirsiz bir durum olmuştur. Bu belirsizliği gidermek adına ve 4. maddenin g) bendindeki "*Bakanlıkça belirlenen haller*" ifadesi doğrultusunda tebliğ çıkarılmıştır.

2018-32/51 numaralı Tebliğ'in "*Döviz Cinsinden ve Dövize Endeksli Sözleşmeler*" başlıklı maddesinde konuyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Burada, dışarıda yerleşik kişiler kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, Türkiye'de yerleşik kişilerin yurt dışındaki; şube, temsilcilik, ofis, irtibat bürosu, işlettiği veya yönettiği fonlar, yüzde elli ve üzerinde pay sahipliklerinin bulunduğu şirketler ile doğrudan ya da dolaylı olarak sahipliklerinde bulunan şirketler Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'ın 4. maddesinin g) bendi uygulaması kapsamında Türkiye'de yerleşik olarak değerlendirilmiştir (m. 20) Böylece, 32 sayılı Karar'ın 4. maddesinin g) bendinde sayılmamış kişiler de bir tebliğ maddesi ile bu kapsama dahil edilmişlerdir. Tebliğ'de, döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşme düzenleme yasağına tabi olmayan pek çok sözleşme tipi de gösterilmiştir. Bu Tebliğ üzerine de yaşanan tartışmalar sonrasında, 2018-32/52 numaralı Tebliğ ile döviz cinsinden ve dövize endeksli sözleşme yapma yasağına dair getirilen istisnalar artırılmıştır. Örneğin, bu Tebliğ ile ilk Tebliğ'den farklı olarak, sözleşmenin yurt dışında ifa edilmesi durumu; Türkiye'de yerleşik kişilerin yurt dışındaki, şube, temsilcilik, ofis, irtibat bürosu, işlettiği veya yönettiği fonlar, doğrudan veya dolaylı olarak yüzde elli ve üzerinde pay sahipliklerinin

bulduğu şirketlerin Türkiye’de yerleşik olarak değerlendirilmesi kabulünden muaf tutulmuştur (m. 23⁴³). Yani, ilk Tebliğ ile getirilen kural sonraki Tebliğ ile daraltılmış, ancak yine de 32 sayılı Karar’da sayılmayan kişiler, bu Karar’ın 4. maddesinin g) bendi kapsamına alınmışlardır.

2018-32/51 numaralı Tebliğ ile getirilen istisnalar, kamuoyundaki eleştiriler üzerine 2018-32/52 numaralı Tebliğ ile çoğaltılmıştır. 2018-32/52 numaralı Tebliğ ile 2018-32/51 numaralı Tebliğ’den farklı olarak, Türkiye ile vatandaşlık bağı bulunmayan Türkiye’de yerleşik kişilerin veya 8. maddenin 19. fıkrasında⁴⁴ belirtilen kişilerin, alıcı veya kiracı sıfatıyla taraf oldukları gayrimenkul satış ve gayrimenkul kiralama sözleşmelerinde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak kararlaştırılması mümkün kılınmıştır (m. 3). Yine örnek olarak vermek gerekirse, 2018-32/51 numaralı Tebliğ’de, sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak kararlaştırılmayan sözleşmeler kapsamında düzenlenecek kıymetli evraklarda yer alan bedellerin, döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı kuralı yer almıştır (m. 18) Ancak 2018-32/52 numaralı Tebliğ ile bu zorunluluğa, “Ancak, 32 sayılı Kararın Geçici 8 inci maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten önce düzenlenmiş ve dolaşıma girmiş bulunan bu kapsamdaki kıymetli evraklar anılan geçici madde hükmünden istisnadır.” şeklinde bir istisna düzenlemesi getirilmiştir (m. 21). Her iki Tebliğ’e göre, akdedilecek sözleşmelerde istisna kapsamına alınan, ancak 32 sayılı Karar’ın Geçici 8. maddesinin yürürlüğe girdiği tarih olan 13.09.2018 tarihinden önce akdedilmiş bulunan sözleşmeler de anılan geçici madde hükmünden istisna tutulmuştur.

⁴³ “(23) Türkiye’de yerleşik kişilerin yurt dışındaki; şube, temsilcilik, ofis, irtibat bürosu, işlettiği veya yönettiği fonlar, doğrudan veya dolaylı olarak yüzde elli ve üzerinde pay sahipliklerinin bulunduğu şirketler 32 sayılı Kararın 4 üncü maddesinin (g) bendi uygulaması kapsamında Türkiye’de yerleşik olarak değerlendirilir. Ancak, sözleşmenin yurt dışında ifa edilmesi durumunda bu fıkra hükmü uygulanmaz.”

⁴⁴ “(19) Dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye’de bulunan; şube, temsilcilik, ofis, irtibat bürosu, doğrudan veya dolaylı olarak yüzde elli ve üzerinde pay sahipliklerinin veya ortak kontrol ve/veya kontrolüne sahip bulunduğu şirketler ile serbest bölgedeki faaliyetleri kapsamında serbest bölgelerdeki şirketlerin işveren veya hizmet alan olarak taraf olduğu iş ve hizmet sözleşmelerinde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür.”

2018-32/52 numaralı Tebliğ uyarınca, Türkiye’de yerleşik kişilerin kendi aralarında akdedecekleri iş sözleşmeleri; taşıt satış ve kiralama sözleşmeleri, yurt içinde yer alan gayrimenkuller satış ve kiralama sözleşmeleri, danışmanlık, aracılık ve taşımacılık dahil hizmet sözleşmeleri, döviz cinsinden maliyet içermeyen eser sözleşmeleri, bilişim teknolojileri kapsamında yurtiçinde üretilen yazılımlara ilişkin satış sözleşmeleri, bilişim teknolojileri kapsamında yurtiçinde üretilen donanım ve yazılımlara ilişkin lisans ve hizmet sözleşmeleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak belirlenemeyecektir. Amacı kamu yararını sağlamak, ekonomik istikrarı tesis etmek gibi gerekçelere dayandırılrsa da 85 sayılı Karar ve devamında yürürlüğe konulan Tebliğ düzenlemeleriyle, doğrudan sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığı sabittir. Bu müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi için, yürütmenin bu düzenleyici işlemlerinin Anayasa’ya uygunluk testinden geçirilmesi gerekmektedir.

Ekleme gerekir ki her iki Tebliğ, döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşmelerdeki bedelin Türk Lirası olarak belirlenmesinde tarafların mutabakata varamamaları durumunu da düzenlemiştir. Buna göre, sözleşmelerde döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak belirlenen bedeller, söz konusu bedellerin 02.01.2018 tarihinde belirlenen gösterge niteliğindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası efektif satış kuru kullanılarak hesaplanan Türk parası cinsinden karşılığının 02.01.2018 tarihinden bedellerin yeniden belirlendiği tarihe kadar Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlediği tüketici fiyat endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak artırılması suretiyle belirlenecektir. Burada 32 sayılı Karar’daki değişikliğin yayım tarihi olan neden 13 Eylül’ün değil de 2 Ocak tarihli kurun belirlendiği sorusu ise yanıtız kalmaktadır. Öte yandan, Tebliğ’de 32 Sayılı Karar’ın Geçici 8. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten yani 13.09.2018 tarihinden önce akdedilen konut ve çatılı iş yeri kira sözleşmelerinde döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak belirlenen bedellerin, iki yıllık süre ile Türk parası olarak belirlenmesi öngörülmüştür. Bu durumda, konut ve çatılı iş yeri kira sözleşmelerindeki döviz yasağının iki yıllık süre için geçerli olup olmayacağı yoruma açık bir husus olarak kalmıştır. Ekleme gerekir ki, 2018-32/51 ve 2018-32/52 numaralı Tebliğ’lerin sonrasında da konuyla bağlantılı tebliğler yayımlanmaya devam ettiğiinden, istisnaların kapsamı değişmeye devam edecektir.⁴⁵

⁴⁵ Örneğin, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/35)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2019-32/54)

Yabancı para üzerinden yani döviz cinsinden veya döviz endeksli sözleşme yapma yasağına aykırılığın yaptırımını ise 1567 sayılı Kanun uyarınca idari yaptırım olarak idari para cezası ile karşılanmıştır. Kanun'a göre, Cumhurbaşkanının bu Kanun hükümlerine göre yapmış bulunduğu genel ve düzenleyici işlemlerdeki yükümlülüklerine aykırı hareket eden kişi, üç bin Türk Lirasından yirmi beş bin Türk Lirasına kadar (yeniden değerlendirme oranları ile tutarlar artacaktır) idari para cezası ile cezalandırılır (m. 3/1). Yine Kanun'a göre bu fiilin tekrürü halinde ise iki kat olarak idari para cezasına hükmedilecektir.

Ayrıca 32 sayılı Karar'ın "*Denetim*" başlıklı 21. maddesinde öngörülen idari tedbirler ve idari yaptırım kararları da döviz cinsinden veya döviz endeksli sözleşme yapma yasağına aykırılık konusunda devreye girebilecektir. Buna göre, kambiyo denetimine yetkili elemanlar ile kambiyo müdürlükleri tarafından yapılan denetlemelerde 32 sayılı Karar'da öngörülen işlemleri ifa eden kişilerden, işlemlerinde Karar'a aykırılıklar tespit edilenler hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun zabıt ve aramaya dair hükümleri uygulanacaktır. Devlet tüzel kişiliği içindeki ve dışındaki idareler ile Türkiye'deki gerçek ve tüzel kişiler (özel kanun ve anlaşmalar gereğince dokunulmazlıkları tanınanlar hariç) bu Karar konusuna giren işlerin denetimi için yukarıda yazılı yetkili denetim elemanlarının ve mercilerinin isteyecekleri bilgileri vermeye, evrak ve defterleri ibraz etmeye mecburdurlar. Bakanlık, bu kişilerin faaliyetlerini kısmen veya tamamen, geçici veya sürekli olarak durdurmaya veya müteakip işlemleri teminata bağlamaya, gerektiğinde bu teminatları kısmen veya tamamen Hazine'ye gelir yazmaya veya haklı ve mücbir sebeplerin mevcudiyeti halinde teminatı kaldırmaya yetkili kılınmıştır. Ayrıca Karar'da belirtilen yükümlülükleri yerine getirmediği tespit edilen bankalar, yetkili müesseseler, PTT, kıymetli maden aracı kuruluşları ve aracı kurumların dövizle ilişkin işlemlere aracılık etme yetkisi de bakanlıkça kısmen veya tamamen kaldırılabilir.

32 sayılı Karar'da öngörülen döviz cinsinden veya döviz endeksli sözleşme yapma yasağına aykırı olarak, sözleşmede döviz üzerinden ödeme yapılacağına dair bir hükme yer verilmesi veya görünüşte Türk Lirası ile yapılan ancak taraflar arasında nakden dövizle ödeme yapılması durumunda, sözleşmenin akıbetinin ne olacağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun'da öngörülen idari para cezasının ödenmesine rağmen, tarafların

yayımlanmıştır, RG. T. 13.07.2019, S. 30830.

öngörülen yasağa aykırı olarak sözleşmeyi devam ettirmelerinin veya elden ödeme yapmalarının hukuki anlamda nasıl bir sonuç doğuracağına dair bir boşluk vardır. Bu açıdan sözleşmenin geçerliliği konusunun özel hukuk alanında tartışmalar getireceği açıktır.

Türk Borçlar Kanunu'nda “*Sözleşme Özgürlüğü*” başlığıyla, sözleşmenin içeriğinin kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirlenebilmesi sağlanmıştır. Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü, bir kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık veya sözleşme konusunun imkânsız olması halinde söz konusu olacaktır. Döviz cinsinden veya dövize endekli sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlayan Cumhurbaşkanlığı kararı ve tebliğler, kanunun emredici hükümleri olarak değerlendirilemezler. Burada ancak sözleşmenin kamu düzenine aykırı olması hali gündeme gelecektir. Zira yukarıda bahsedildiği üzere Türk parasının kıymetinin korunması ile idareye tanınan yetkilerin dayanağı ekonomik kamu düzeninin korunması ve kollanmasıdır. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı kararı ve ilgili tebliğler hilafına döviz cinsinden veya dövize endekli düzenlenen bir sözleşmenin, kesin hükümsüzlükle karşılanacağı düşüncesindeyiz.⁴⁶

B. Döviz Cinsinden veya Dövize Endekli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlandırılmasına Dair Hukuksal Değerlendirmeler

85 sayılı Karar ve devamında yürürlüğe konulan tebliğler ile döviz cinsinden veya dövize endekli sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, gerek bu işlemlerin dayanağı olan 1567 sayılı Kanun gerekse Anayasa hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda yürütmenin düzenleme yetkisinin sözleşme özgürlüğü bağlamında ele alınması, konunun kamu hukuku yaklaşımıyla incelenmesini sağlayacaktır.

1. Gerekçeleri Üzerinde Durularak 1567 sayılı Kanun'un, Güncel Koşullar ve Anayasal Hükümler Çerçevesinde Yeniden Düzenlenmesi Gerekliliği

Yabancı para üzerinden veya yabancı paraya endekli sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlandırılmasının amacı, dayanağı olan mevzuatın

⁴⁶ 85 sayılı Karar'ın emredici bir hukuk kuralı olduğu ve kamu düzeni ile de ilgili bulunduğu, bununla birlikte Karar'a aykırılığın, kamu düzenine değil, emredici hukuk kuralına aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğe yol açabileceği, zira hükme aykırı olan sözleşme şartlarının, kamu düzenini koruyan bir emredici hükme aykırı olacağından artık kamu düzenine aykırılığa gitmeye gerek olmadığı da belirtilmiştir. Bkz. İMAMOĞLU, s.153, dp. 7.

başlığında olduğu gibi, Türk parasının kıymetinin korunmasıdır. Yürütmenin bu müdahalesinin hukuksal altyapısının temelini yukarıda bahsettiğimiz, Anayasa'da ekonomik düzenin korunması ve kollanması çerçevesinde idareye verilen yetki ve görevler oluşturmaktadır. Anayasal dayanaklar, 1567 sayılı Kanun ve bu Kanun'a göre çıkarılan düzenleyici işlemlerle kurallara bağlanmıştır. Ancak 1567 sayılı Kanun, mevzuatımızda idareye sözleşme özgürlüğüne müdahale yetkisi veren diğer kanunlardan farklı bir içeriğe sahiptir. Bahsettiğimiz üzere, kanun koyucu 1567 sayılı Kanun ile Türk parasının kıymetinin korunması hakkındaki tüm kararları, temel ilkeleri göstermeden ve çerçeveyi dahi çizmeden yürütme organına yani idareye bırakmıştır. Bu şekilde, aslında Kanun'da yer verilmesi gereken kurallar karar, tebliğ gibi düzenleyici işlemler ile yürürlüğe konulmuştur. Kanun koyucu bir anlamda yetki devri yaparak, kendisinin bu konudaki yetkisini bir kanun hükmüyle yürütme organına devretmiştir. Yürütme organına verilen bu geniş düzenleme yetkisinin, özellikle temel hak ve özgürlükler yönünden Anayasa ile uyumsuz olabileceği ortadadır. Yürütme organının kullandığı geniş yetkinin uygulamada yaratacağı sorunların, döviz cinsinden veya döviz endeksli yapılan sözleşmelerin düzenlenmesi üzerinden anlaşılması mümkündür.

Bu konuda idareye tanınan düzenleme yetkisindeki temel sorun aslında 1567 sayılı Kanun'un kendisidir. Sorunun çıkış noktasını 1567 sayılı Kanun'un hazırlanmasına sebep olan süreçte bulmak mümkündür. 1567 sayılı Kanun, yürürlüğe konulduğu dönemde olağanüstü şartların varlığı altında kabul edilmiştir. Kanun, 20.02.1930 tarihinde parlamentoda onaylanırken, Osmanlı Dünyunu Umumiyesinden gelen dış borçlarla ilgili düzenlemeler yapmak, yeni kurulan devletin ekonomik programlarını yürütmek, Türk parasına halkın güveni artırmak, mevcut döviz buhranından çıkmak ekonomik tedbirler ve milli tasarruf planları çerçevesinde paranın değerinin korumak gibi gerekçeler kullanılmıştır. Örneğin;

“İktisadî olan bir buhranı daha ziyade iktisadî tedbirlerle yenmek mümkün olacağına göre ve kanaatimizin de daha ziyade bu noktada toplanmış olmasından naşi iktisadî tedbirleri derhal aldık. Aldığımız tedbirler o kadar büyük mikyasta, o kadar cezrî bir şekilde idi ki bunun muvaffakiyetli neticelerini mahdut aylar içinde elde etmemiz lâzım geliyordu. ...

Mademki iktisadî olduğunu zannettiğimiz devrede iktisadî tedbirlerle bunu menetmeğe çalışmışık ve iktisadî tedbirlerimizin ölçülerimizin ve rakkamların sarahatından anlaşıldığına nazaran şimdiye kadar bunun kâfi gelmesi ve buhranın bertaraf olması iktiza ediyordu. O halde görüldü ki

başka amiller başka kuvvetler müessirdir ve bunlara karşı da münhasıran iktisadî tedbirlerle mücadele etmek kabil değildir. Muvazi tedbirler almak lâzım gelmiştir ve idarî tedbirlerle dahi müdahale etmek zamanı gelmiştir.”⁴⁷

Günümüzde hâlen muhafaza edilen 1567 sayılı Kanun uyarınca, ekonomik ilişkilere ait kurallar, ticari işlemleri sınırlayıcı esaslar, kambiyo denetimi usul ve şartları, parlamentonun onayına sunma zorunluluğu olmayan yürütme organı işlemleriyle düzenlenmiştir. Sarıca, 1567 sayılı Kanun’la yürütmeye verilen yetki hakkında şunları belirtmiştir; “*Tanzim salahiyetini mevzuat bakımından incelerken Türk parasının kıymetini koruma kanununa da temas etmek zorundayız. Filhakika bu kanun, İcra Vekilleri Heyetine istisnai ve fevkalade bir tanzim salahiyeti tanımaktadır. Bu sahaya dahil mevad ve hususatı –adeta kanun vazii yerine kaim olmak suretiyle- tanzim etmek salahiyetini hükümete bırakmaktadır.”⁴⁸*

1961 Anayasası’nın yürürlüğü sırasında, 1567 sayılı Kanun’un Anayasa’ya aykırı olduğu iddiaları Anayasa Mahkemesi önünde incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi;

“İktisad kanunlarının kabul ettiği esaslara göre yürütülecek olan ve bunun dışına çıkıldığı takdirde memleketi büyük malî zararlara uğratacağı şüphesiz bulunan ve teknik konuları kapsayan ve geciktirmeden zamanında tedbirler alınması ve icabında derhal kaldırılması ve değiştirilmesi gereken bu alanın, kanun koyucu tarafından doğrudan doğruya düzenlenmesi bazı sakıncalar doğurabilir. ... yasama organlarının yapısı itibariyle günlük olayları izliyememesi ve ağır işlemesi yüzünden bunun zamanında sağlanması mümkün olamaz. Bu sebeptendir ki, kanun koyucu düzenleme alanının esaslarını tesbit ve amacı tâyin ettikten sonra alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak üzere yürütme organını görevlendirmiş ve bu görevin gerektirdiği tasarruflarda bulunmak yetkisini vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda, kullanmayı uygun bulmuştur.”

şeklindeki gerekçelerle ve oy çokluğuyla, 1567 sayılı Kanun’un 1. maddesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁴⁹ Karşı oylarda; kanun

⁴⁷ TBMM, Tutanak Dergisi, 3. Dönem, 3. Yasama Yılı, 33. Birleşim, (https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=42&sayfa_no_son=48&sayfa_no=44&v_meclis=1&v_donem=3&v_yasama_yili=&v_cilt=16&v_birlesim=033, Erişim Tarihi: 10.03.2020).

⁴⁸ SARICA, s. 255.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, T. 28.03.1963, E. 1963/4, K. 1963/71, RG. T. 18.10.1963, S. 11534.

koyucunun, yürütme organına verdiği yetkinin ne derecede aşırı uygulamalara yol açabileceğini ön görerek bu sonucu önlemesi ve bunun için de bu yetkinin hiç olmazsa sınırlarını açıkça çizmesi gerektiği; yürütme organının, duruma göre süratle işe müdahale ederek kararlar alması zorunluluğunun, kendisine peşinen geniş ve sınırsız yetkiler verilmesini gerekli kıldığı yolunda bir gerekçenin, Anayasa'ya uygunluğu sağlayamayacağı; yürütme organının düzenleme yetkisinin sınırları tespit edilmeden sadece düzenlenecek konunun zikredilmesi suretiyle yürütme organına genel ve objektif hukuk kuralları koymak yetkisi verilmesinin kabulünün mümkün olmadığı ayrıntılarıyla ifade edilmiştir.

1567 sayılı Kanun'la, temel kurallar koyulmadan ve çerçevesi çizilmeden kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gereken bir alanda yürütme organına böylesi geniş bir yetki verilmesinin, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı düştüğü kanaatindeyiz. 1567 sayılı Kanun'un ve 1. maddesindeki yetkinin amacı, o tarihteki koşullarda yürütme organına ivedi karar alarak çeşitli tedbirlerin uygulanmasını sağlamasıyla açıklanabilir. Ancak günümüzde, 1567 sayılı Kanun'un ortaya çıkış koşullarının olmadığı ortadadır.⁵⁰ Parlamento çalışmalarından görüldüğü üzere, kanunla düzenlenmeyen bir konu veya öngörülme bir karar alınması gerektiği takdirde parlamento acil bir şekilde toplanıp kararlar alabilmektedir. 2001 ekonomik krizinden sonra ülkemizin yaşadığı tecrübelerin gösterdiği üzere, ekonomik kamu düzeninin sağlanması ve kamu yararı amacıyla gerekli kanun değişiklikleri günümüzde hızlı bir şekilde yapılabilmektedir. Üstelik Anayasamız, olağanüstü hallerde dahi vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri yanında, temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği konularının kanunla düzenlenmesini kabul etmiştir.

1567 sayılı Kanun gerekçelerinin bir bölümü günümüz için geçerli kabul edilse dahi, bu gerekçelerin önemli bir bölümünün Osmanlıdan kalan dış borçların ödenmesi ve savaş sonrasında yeniden yapılanma ve ekonomik buhranın etkisinin önlenmesi oluşturmuştur. Gerçekten de dünyanın tamamına yayılan 1929 Ekonomik Buhranı (the Great Depression), ülkemizi

⁵⁰ Kanun'un ilgili maddesinin yürütme organın (Bakanlar Kuruluna), Anayasa'nın ruhuna aykırı biçimde geniş bir düzenleme alanı bıraktığı; ancak bu noktada, dönemin gerek siyasi gerekse de ekonomik göstergeleri çerçevesinde konunun değerlendirilmesinin, rasyonel bir sonuca ulaşılmasına katkı sağlayacağını unutulmaması gerektiği belirtilmiştir, YILMAZ, s. 227.

de olumsuz şekilde etkilemiştir. 1567 sayılı Kanun, bu buhranın akabinde devletin ekonomiye müdahalesinin gerektiği yönündeki siyasi ve ekonomik görüşlerin çoğalmasının da bir görünümüdür. Nitekim neoliberal sistemin güç kazanmasına kadar ki olan müdahaleci devlet anlayışını savunan Keynes ve teorisi ile ekonominin devlet tarafından düzenlenmesi gereğini savunan görüş hâkim olmuştur. Günümüzde ise neoliberal sistem bu müdahaleciliği en aza indirgemekle birlikte, ulus devletlerin korumacı ekonomi politikaları da artmaya devam etmektedir. Ancak, 1930'lu yılların koşullarının günümüzde olmadığı, artan iş bölümü, teknolojik ilerleme ve küreselleşme ile ekonomik düzenin farklılaştığı belirtilmelidir. Ulus devletler, halen ekonomik düzene ilişkin müdahalelerde bulunmakta ise de bu müdahalelerin hukuka bağlı olarak yapılması gerektiği ortadadır. Zira insan haklarının gelişimi ele alındığında Fransız Devrimi başta olmak üzere, ekonomik hak ve özgürlüklerin üzerinde kuramsallaşan bir hukuk düzeninin varlığına işaret etmek gerekmektedir. İşte bu nedenle, mülkiyet hakkı ve özel girişim özgürlüğüne yönelik sınırlamalar başta olmak üzere, devletin ekonomiye müdahalesinin hukuka dayanması gerektiği söylenmelidir. Bu hukukun çekirdeğinde anayasalar olmakla birlikte, iç hukuk normu haline getirilen uluslararası sözleşmeler de bu çekirdeğe dahil edilebilir. Anayasamızda, ekonomik düzene ilişkin devletin ekonomiye müdahalesinin ilkeleri çizilmiştir. Ancak 1567 sayılı Kanun'un, Anayasa ile uyumlu olmadığı ve Kanun'un tartışmalı varlığının gözden geçirilmesinin gerekliliği ortadadır.

2. 1567 sayılı Kanun'un 1. Maddesinde Yürütmeye Verilen Düzenleme Yetkisinin Anayasa'ya Uygunluğunun Gözden Geçirilmesi Gerekliliği

2017 Anayasa değişikliği öncesinde, Bakanlar Kurulunun 1567 sayılı Kanun çerçevesinde yayımladığı kararlar, öğretilerde "*Kaide-Kararname*" olarak da isimlendirilmiştir.⁵¹ Onar, "*Kanunların emirleri üzerine bunlara müsteniden ısdar edilen kararnameler*" başlığında, "*fevkalâde neşredilmiş olan bazı kanunların muayyen sahalarda Bakanlar Kuruluna verdiği geniş bir tanzim salâhiyetine müsteniden Bakanlar Kurulu tarafından neşredilen kararnameler*" olarak bu kararları ifade etmiştir.⁵² Söz konusu Bakanlar Kurulu kararları, idarenin bir düzenleyici işlemi olarak idari yargının denetimine tabi olmuştur. 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca çıkarılan Bakanlar

⁵¹ Bilgi için bkz. GÖZLER, (2000), s. 6 vd.

⁵² ONAR, s. 400.

Kurulu kararının yerini, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanı kararı almıştır.

Anayasa’da, “Cumhurbaşkanı kararı” şeklinde bir işlem türü yer almamaktadır. Danıştay Kanunu’nun 24. maddesi, Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalar arasında Cumhurbaşkanı kararlarını saymıştır. Anayasa’da açıkça bahsedilmese de Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik dışında düzenleyici işlem yapması mümkündür. Adsız düzenleyici işlem kategorisine sokulabilecek bu işlemlere, Resmi Gazete’de yayımlanan “Cumhurbaşkanı kararı”, “Cumhurbaşkanlığı genelgesi”, “usul ve esaslar” örnek verilebilir.⁵³ Cumhurbaşkanı kararı ile atama, kamulaştırma, üye seçme, görevden alma gibi bireysel işlemler yapıldığı gibi; tarife, kontenjan, vergi oranı, muafiyet belirleme gibi düzenleyici işlemler de Cumhurbaşkanı kararıyla yapılmaktadır. Yani hem bireysel işlemler hem de genel düzenleyici işlemler Cumhurbaşkanlığı tarafından “karar” ismi altında yapılmaktadır. Bu takdirde bireysel işlem olsa da Cumhurbaşkanı kararlarına karşı açılacak davalar Danıştay tarafından görülecektir.

1567 sayılı Kanun’un 1. maddesi uyarınca çıkarılacak Cumhurbaşkanı kararının bireysel işlem olmadığı söylenebilir. Sarıca’nın belirttiği üzere “*istisnai ve fevkalade*” bir düzenleme yetkisini içeren Cumhurbaşkanı kararı ve buna dayanılarak çıkarılan bakanlık tebliğleri ile sözleşme özgürlüğü dâhil olmak üzere gerek bireysel alanda gerekse ekonomik ve ticari ilişkiler alanında temel hak ve özgürlüklerde sınırlandırmalar getirilmektedir. 1567 sayılı Kanun’un 1. maddesinde yürütme organına verilen kapsamı ve sınırları

⁵³ Danıştay; düzenleme yetkisinin Anayasa’da sayılanlar sınırlı olmayıp idarelerin değişik adlar altında da düzenleyici işlemler yapabileceğini kabul etmektedir, “*İdare kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak ülke genelinde uygulamada birlik sağlamak ve idarenin işleyişini düzenlemek amacıyla kanun, tüzük ve yönetmeliklere aykırı olmamak koşuluyla genel düzenleyici işlem yapmaya yetkilidir. Bu işlem genel tebliğ, genelge, karar v.b. şeklinde olabilir.*”, Danıştay 11. Daire, T. 24.02.1999, E. 1997/2307, K. 1999/781, <http://www.kazanci.com> (09.03.2019); Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 11.04.2008, E. 2006/3196, K. 2008/1179, <http://www.kazanci.com> (09.03.2019); Anayasa Mahkemesi de bu yönde düşünmektedir: “*İdarenin genel düzenleme yetkisi kuşkusuz tüzük ve yönetmelikle sınırlı değildir. Uygulamada yürütme organı ve idare, tüzük ve yönetmelik dışında kararname, talimat, yönerge, genelge, sirküler, karar, tebliğ gibi değişik adlar altında idarî düzenlemeler yapmaktadır.*”, Anayasa Mahkemesi, T. 26.06.1996, E. 1996/5, K. 1996/26, RG. T. 30.06.2001, S. 24448; Anayasa Mahkemesi, T. 25.05.1993, E. 1993/3, K. 1993/20, RG. T. 28.11.1995, S. 22477; Anayasa Mahkemesi, T. 07.06.1973, E. 1973/12, K. 1973/24, RG. T. 09.11.1973, S. 14707; Anayasa Mahkemesi, T. 28.03.1963, E. 1963/4, K. 1963/71, RG. T.18.10.1963, S. 11534.

belirsiz yetki ile yasama organının görev alanına giren ve kanunla düzenlenmesi gereken konular düzenlenmektedir. 1567 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararı, klasik anlamda yürütmenin düzenleyici işlemlerinden biri olarak kabul edilemez. Bu açıdan 1567 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararının, organik açıdan bir yürütme işlemi olduğu açık olsa da maddi açıdan bir yasama işlemine dönüştüğü belirtilmelidir. Her ne kadar, 1567 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararı, idari yargı denetimine tabi ise de bu kararın denetiminin kanuna uygunluk çerçevesinde denetiminin mümkün olmayacağı belirtilmelidir. Çünkü 1567 sayılı Kanun, bu denetimi sağlayacak hükümler getirmemektedir. Cumhurbaşkanlığı kararı ile 1567 sayılı Kanun'a uygun ama Anayasa'ya aykırı bir karar alınabilir. Bu durumda, 1567 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararına ilişkin idare yargıcının yapacağı denetim aynı zamanda bir anayasaya uygunluk denetimine dönüşecektir.

1567 sayılı Kanun'un 1. maddesinde verilmiş olan yetkinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kullanılıp kullanılmayacağı hususu ise belirsizdir. Zira 2017 Anayasa değişikliğine kadar, Kanun'un 1. maddesinde verilen yetki Bakanlar Kurulu kararıyla kullanılmıştır. 1567 sayılı Kanun'un lafzında yer verilen terminolojide ("*Bu kararlar*", m. 2/1, "*Bu Kanuna dayanılarak çıkarılan karar, yönetmelik ve tebliğler ile diğer genel ve düzenleyici işlemler*" m. 3/5, "*Bu Kanunun 1 inci maddesine göre Cumhurbaşkanınca alınan kararlarda*", Ek madde 5) Cumhurbaşkanlığı kararnamesine yer verilmemiştir. Aslında, 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesi "*kararlar*" almaktan bahsetmekle birlikte, bu kararın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak da alınmasına bir engel bulunmamaktadır. Yürütmenin işlemleri karar/kararname olarak birbirinin yerine kullanılagelmiştir.⁵⁴ 2017 Anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ekonomik ve sosyal haklar ve ödevlerin düzenlenebilmesine imkân vermektedir. Bu kapsamdaki yetki, Anayasa'nın 107. maddesinin 14. fıkrasının yorumundan doğmaktadır. Üstelik bu konuda çıkarılacak bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna dayanma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin Anayasa'nın 48. maddesi, kanunla düzenlemeye ilişkin münhasır bir ifade barındırmamaktadır. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen ekonomik ve sosyal hak ve özgürlükler de vardır; m. 42/2, m. 43/2, m. 50 gibi. Sözleşme

⁵⁴ "*Bazı yasalarda Bakanlar Kurulu Kararı terimi kullanıldığı halde, bazılarında Bakanlar Kurulu Kararnamesi terimi kullanılmıştır. Her iki terim de eş anlamdadır. Kararname terimi hususunda yasalarda bir birlik yoktur.*", TEKBAŞ, s. 39.

özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin de konusu olabilecektir. Dolayısıyla 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesinde Cumhurbaşkanına verilen karar alma yetkisinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kullanılabilmesinin de mümkün olduğu düşüncesindeyiz. Ancak buradaki sorun, yetkinin hukuki enstrümanın şeklinde değil, bu enstrümanın içeriğinde gerçekleşmektedir.

İdarenin düzenleme yetkisinin hukuki niteliği, idare hukukunda tartışmaların olduğu konuların başında gelmiştir. İdarenin genel düzenleme yetkisinin olduğu, bu konuda açık bir hüküm olmasa dahi idarenin kendiliğinden bu yetkiye sahip olduğu ifade edildiği gibi,⁵⁵ idarenin düzenleme yetkisini kullanması için kanuni bir dayanağa ihtiyacı olduğu da belirtilmiştir.⁵⁶ Bize göre, idare hukukunda sadece takdir yetkisine dayandırılmayacak olan idarenin düzenleme yetkisi⁵⁷, asli ve özerk bir yetki olmadığından bu yetkinin kullanılması için kanunda açık bir dayanağın bulunması gerekmektedir. Çünkü idare hukukunun karakterini oluşturan en temel özelliklerinden biri "*idarenin yetkisizliğinin*" kural olmasıdır. İdare kendisine verilen yetkiler çerçevesinde bir düzenleme yetkisine sahiptir. Bununla birlikte kanunda,

⁵⁵ Sarıca, "... *tanzim salahiyeti icra salahiyetinin bir lazımesidir. Onun icabatındandır.*", SARICA, s. 317; Onar, Anayasa'da açık hüküm bulunmasa dahi idarenin düzenleme yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir, "... *kaideler daima yasama organı tarafından konulamaz, çünkü bu organ teknik sahalarda, teferruata ait meselelerde yetkisi olamayacağı gibi işleme usulleri de ağırdır.*", ONAR, s.371 vd.; Tandoğan, düzenleme yetkisinin genel bir yetki olup yürütmenin yasamadan ayrı olarak düzenleyici işlem yapma yetkisi olduğu görüşündedir, TANDOĞAN, s. 96. Güneş, düzenleme yetkisinin, kanunların uygulanmasına yönelik bir yetki olmadığını, kanunlar çerçevesinde kullanıldığını savunarak, düzenleme yetkisinin kullanılması için o alanı az ya da çok düzenleyen bir kanunun varlığı yeterli olduğunu, bu durumda idarenin düzenleme yetkisinin hemen hemen sonsuz olduğunu ifade etmiştir, GÜNEŞ, s. 98, 135. Gözler, idarenin düzenleme yetkisinin "*eşyanın tabiatından*" kaynaklandığını belirterek, idarenin düzenleme yetkisinin Anayasa ve kanunlardan kaynaklandığını, ancak idarenin bunların dışında, eşyanın tabiatından kaynaklanan bir düzenleme yetkisine sahip olduklarını ifade etmiştir, GÖZLER, (2019), s. 1280 vd.

⁵⁶ DURAN, (1983), s. 42; ESİN, s. 138; YILDIRIM, (2018), s. 339 vd. Yayla, idarenin görevleri gereği, özellikle sağlık, güvenlik ve esenlik gibi konularda, ilgili alanı düzenleyen bir kanun bulunmasa bile düzenleme yetkisine sahip bulunmasının bir zorunluluk olduğunu açıklarken, düzenleyici işlemler hak ve hürriyetlere sınırlama getirilemeyeceğini belirtmiştir, YAYLA, s. 145. Karahanoğulları, idarenin faaliyette bulunabilmesi için açık kanuni dayanak bulunmalı iken, kural koyabilmesi (düzenleyici işlem çıkarabilmesi) için ise bunun kanunda açıkça belirtilmiş olmasına gerek olmadığı görüşündedir, KARAHANOGULLARI, s. 67.

⁵⁷ Öztürk idareye birel işlemler tesis etmek konusunda takdir yetkisi tanıyan bir kanun hükmünün, kendiliğinden düzenleme yetkisini de içerdiği sonucuna varmanın, bir bakıma idarenin kendisine kanunla tanınan takdir yetkisini bağlı yetkiye dönüştürmesine imkân vermekte olduğunu belirtmiştir, ÖZTÜRK, s. 108-109.

bu yetkinin hangi işlemler aracılığıyla kullanılacağına belirlenmesi gerekli değildir. Ancak kendi görüşümüz olarak da belirttiğimiz bu yaklaşım, 2017 Anayasa değişikliği ile ciddi istisnalar kazanmıştır.

2017 Anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize giren Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilgili belirsizlikler farklı hukuksal tartışmalar getirmiştir. Bu kararnamelerin hukuki niteliğine yönelik tartışmalar, bu işlemlerin yürütmeye asli ve özerk bir yetki kullanımını sağlayıp sağlamadığı yönünde şekillenmektedir.⁵⁸ Konumuz dışında kalmakla birlikte, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yukarıda belirttiğimiz idarenin düzenleme yetkisinin kanuna dayanması kuralına istisna getirdiğini, herhangi bir kanun hükmü olmadan dahi belirli konularda sadece anayasal dayanakla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkartılabileceğini, bu anlamda Anayasa’da öngörülen koşullar dahilinde yürütme organının da asli düzenleme yetkisine sahip olduğunu artık belirtebiliriz.⁵⁹ Bununla birlikte, konumuzla ilgili Cumhurbaşkanı kararları açısından söylemek gerekirse, 1567 sayılı Kanun’da idareye sağlanan geniş düzenleme yetkisinin adeta asli ve özerk bir yetki kullanımına dönüştüğü belirtilmelidir. Bir hak ve özgürlüğü düzenlemekle kalmayıp, onu sınırlandıran bir düzenleyici işleme dair kanunda verilen bu yetki, Anayasa’ya uygunluk koşulunu karşılamamaktadır.

Konuya örnek bir uyuşmazlıkta Danıştay, hekimlerin görevlerini yerine verebilecekleri maddi zararları karşılamak üzere zorunlu olarak yaptırdıkları mesleki sorumluluk sigortası uygulamasında, sigorta şirketlerinin belirlediği avukata vekâlet verme zorunluluğu hakkındaki düzenleyici işlemin iptali istenen maddelerinin yürütmesini oy çokluğuyla durdururken, sözleşme

⁵⁸ Tartışmalar için bkz. ARDIÇOĞLU, s. 19-51. Yıldırım, Anayasa’nın 104. maddesindeki değişiklikle, yürütmenin kanuni dayanak olmaksızın düzenleme yapabileceği görüşünün desteklendiğini, ancak yürütmenin düzenleme alanının çok dar ve sınırlı olduğunu ifade etmiştir, YILDIRIM, (2017), s. 24. 104/9, 106/11, 108/son ve 118/son maddelerinin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için mahfuz alan oluşturduğunu ve dört konunun kanunla düzenlenemeyeceğini açıklamıştır, GÖZLER, (2019), s. 1321. Anayasa’nın 104/9, 106/11, 108/son ve 118/son maddelerinin mahfuz yetki kapsamındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olarak değerlendirildiği, münhasıran kanunla düzenlenecek alanlarda yürütmenin kanuna dayanarak düzenleyici işlem yapmasının mümkün olduğu hakkında bkz. ÜLGEN, s. 23 vd.

⁵⁹ Nitekim Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal denetimi sonucunda verilen ilk kararların birinde Anayasa Mahkemesi, “Belirtilen ilkenin yürütmenin asli düzenleyici işlemi niteliğinde olan CBK’lar bakımından da geçerli olduğunda şüphe bulunmamaktadır.” ifadesini kullanmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 22.01.2020, E. 2018/125, K. 2020/4, RG. T. 13.05.2020, S. 31126.

özgürlüğü üzerinde durmuştur.⁶⁰ Kararda sözleşme özgürlüğü açısından, Anayasa'nın 13 ve 48. maddelerine, Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesine ve Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesine dayanılmıştır. Danıştay, Anayasa uyarınca sözleşme özgürlüğünün sınırlanabilmesinin ancak kanunla mümkün olabilmesi karşısında, anılan tebliğ düzenlemesi ile sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmesinin Anayasa'da güvence altına alınan sözleşme hürriyetine aykırı olduğu gibi, kanunda kaynaklı bir hak olan bireyin avukatını serbestçe belirlemesi hakkının tebliğ ile ortadan kaldırılması sonucunu doğuran düzenlemede hukuka uygunluk bulunmadığını açıklamıştır.

Ekonomik hak ve özgürlüklerin yürütme organı tarafından düzenlenmesi mümkündür. Anayasamız, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ekonomik ve sosyal hakların düzenlenebilmesine cevaz vermiştir. Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılacak olan sadece düzenlemedir. Ekonomik hak ve özgürlüklerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Cumhurbaşkanı kararı gibi idarenin başka bir işlemi ile sınırlandırılması, Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olacaktır. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğü de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Cumhurbaşkanı kararıyla düzenlenebilir, ancak sınırlandırılmaz. Döviz cinsinden veya döviz endeksli sözleşme düzenleme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin esasların kanun ile getirilmesi Anayasa'nın bir gereğidir. Nitekim Anayasa'nın 48. maddesinin gerekçesinde, hürriyet temelinde dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin, kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir. Ancak 1567 sayılı Kanun ile anayasal bu gereklilik ihmal edilmektedir.

3. Ekonomik Hak ve Özgürlükler Konusunda Yürütmeye Verilen Düzenleme Yetkisinin Yargısal Denetiminde Kullanılan Ölçütlerin Anayasa ile Uyumlaştırılması Gerekliliği

Yürütme organının düzenleme yetkisinin, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında daha da karmaşık hale gelen bir konu olduğu ortadadır. Anayasa Mahkemesinin genel olarak kararlarında vurguladığı gibi, Anayasa'da öngörülen ayırık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi,

⁶⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 26.12.2016, YD. İtiraz No. 2016/1239, (http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170523_duyuru.pdf, Erişim Tarihi: 12.03.2020).

sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşecektir. Sonuçta kanunlar, parlamentoda bulunan farklı görüşlerdeki temsilcilerin uzlaşmasıyla öngörülebilir usuller çerçevesinde bir metin haline getirilen, kamuoyunun tartışmasına açık olarak fikir alışverişi yapılmasını sağlayan kurallar bütünüdür. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için var olan anayasal düzenlemeler ışığında; idarenin düzenleme yetkisinin ilk el olmadığı, idareye özerk bir düzenleme alanı verilmediği, idarenin düzenleme yetkisinin sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğu şeklindeki kabullerin delindiği ifade edilebilir. Ancak ekonomik ve sosyal haklar alanında dahi, devletin olumlu edimini gerektiren hak ve özgürlüklerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceğini eklemek gerekmektedir.

1567 sayılı Kanun'daki düzenleme yetkisine ilişkin tartışmalar geçmişten günümüze devam eden güncelliğini korumaktadır. Döviz cinsinden veya dövize endekli sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, mevzuat gereğince Cumhurbaşkanı kararı ile yapılmıştır. Ancak bu kararın gerekçesine ulaşılamamaktadır. Oysa sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına dair esasların Kanun'da belirlenmesi halinde bu sınırlandırmanın gerekçelerine ulaşmak mümkün olacaktır. Kanun koyucu, 1567 sayılı Kanun'da düzenleme yapma yetkisi verirken, yürütmeye uyması gereken sınırlar getirmemiş ve dikkate alınacak çerçeveyi çizmemiştir. Bu nedenle, döviz cinsinden veya dövize endekli sözleşme yapma özgürlüğüne yönelik 32 sayılı Karar'da ve ilgili Tebliğ'lerde getirilen sınırlamalar, hukuksal belirsizliğe ve tartışmalara yol açmıştır. Oysa ekonomik hayatı doğrudan ilgilendiren bu yöndeki ciddi düzenlemelerin, önceden belirlenmiş ve kamuoyunun bilgisine sunulmuş kurallar eşliğinde parlamento tarafından yapılması bu tartışmaların önünü kesecektir. Parlamentoda müzakere imkânının verilmesi, temel kuralların sık aralıklarla değişimini engelleyebilecek ve hukuki güvenlik ilkesini sağlamlaştıracaktır. Çünkü görüldüğü üzere döviz cinsinden veya dövize endekli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler art arda yenilenmiş, getirilen kurallara eklemeler ve çıkarmalar yapılmış, yer verilen istisnalara tekrar istisnalar getirilmiş (06.10.2018 tarihli ve 16.11.2018 tarihli tebliğler), takibi ve anlaşılması zaman isteyen bir hukuksal değişim yaşanmıştır.

Belirtilmelidir ki Anayasa Mahkemesinin ve Danıştayın, yürütmenin/ idarenin düzenleme yetkisine ilişkin kararları istikrarlı değildir. Anayasa

Mahkemesinin, kanunda esaslı ilkelerin, temel kuralların ve temel esasların koyulması ve çerçevenin çizilmesi şartıyla “uzmanlık” ve “teknik” içerikli hususların yürütme organına bırakılabileceği görüşünü verdiği kararları vardır.⁶¹ Bir kararında Mahkeme, 02.02.1984 tarihli ve 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un; ithalat, ihracat veya dış ticaret işlemleri üzerine konulan ek mali yükümlülüklerle ve diğer sayılan hususlara dair esaslarının Bakanlar Kurulu kararında gösterilmesi yönündeki maddesini oy çokluğuyla Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Mahkeme bu kararında; Anayasa’nın 167. maddesinin 2. fıkrasına atıfla Bakanlar Kurulunun, Anayasa’ya uygun olmak koşuluyla bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahip olduğu; ülke ekonomisi yararına düzenlenmesi ereğiyle yapılması zorunlu mali müdahalelerin mali mevzuat ve bütçe prosedürü içinde yürütülmesinin son derece güç olduğu; değişen koşullar karşısında zaman zaman karşılaşılan tıkanıklığın aşılmasında etkisiz kalındığı, şeklinde gerekçeler kullanmıştır.⁶²

Anayasa Mahkemesi, 2013 yılından bu yana verdiği kararlarda yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin içtihadını değiştirmiştir. Anayasa Mahkemesi, kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesinin yeterli olduğunu; ancak Anayasa’da “*münhasıran kanunla düzenlenmesi*” öngörülen konuları kabul ederek, (temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi) uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda yürütmenin düzenleme yapabileceği yaklaşımındadır.⁶³ Danıştay

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, T. 06.07.1993, E. 1993/5, K. 1993/25, RG. T. 25.02.1995, S. 22213; benzer yönde Anayasa Mahkemesi, T. 14.11.2013, E. 2013/24, K. 2013/133, RG. T. 22.07.2014, S. 29068; Anayasa Mahkemesi, T. 27.09.2012, E. 2012/6, K. 2012/131, RG. T. 13.02.2013, S. 28558; Anayasa Mahkemesi, T. 11.06.2003, E. 2001/346, K. 2003/63, RG. T. 08.11.2003, S. 25283; Anayasa Mahkemesi, T. 20.05.1997, E. 1997/36, K. 1997/52, RG. T. 27.06.1998, S. 23385; Anayasa Mahkemesi, T. 12.12.1996, E. 1996/64, K. 1996/47, RG. T. 24.04.1998, S. 23322. Anayasa Mahkemesinin bir kararındaki yaklaşımı şöyledir: Kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa’ya uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi, T. 14.11.2003, E. 2013/24, K. 2013/133, RG. T. 22.07.2014, S. 29068.

⁶² Anayasa Mahkemesi, T. 11.01.1985, E. 1984/6, K. 1985/1, RG. T. 17.06.1985, S. 18787.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, T. 09.05.2013, E. 2011/42, K. 2013/60, RG. T. 25.07.2014, S. 29071; Benzer yönde Anayasa Mahkemesi, T. 14.12.2016, E. 2016/139, K. 2016/188, RG. T.

bir kararında, idare tarafından görev alanına giren konularda yönetmelikler yapılırken dayanağı kanunun bütününe bağlı kalınması zorunlu olduğu gibi kanunu ve kanunun amacını aşar veya kanun konusu alanlara girer nitelikte düzenleme yapma olanağı bulunmadığına karar vermişken⁶⁴; bir diğer kararında yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kayıt ve şartıyla idarenin genel ve asli bir düzenleme yetkisine sahip olduğu yolundaki idare hukuku ilkesinin varlığından da bahsetmiştir.⁶⁵ Öyle ki, bu son kararda mahkeme, Bakanlar Kurulunun yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kayıt ve şartıyla genel ve asli bir düzenleme yetkisine dayanarak genel nitelikli düzenleyici işlem yapabileceğini ifade etmiştir.⁶⁶ Yine bir diğer kararında Danıştay, ticari plakaların dağıtılmasına dair Bakanlar Kurulu kararı ile belli kurallara bağlanmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmadığını söyleyerek, idarelerin kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda, bir kanuni dayanağı olmadan da hukuka uygun düzenleme yapabileceklerini ifade etmiştir.⁶⁷

Yüksek Mahkemelerin, ekonomik ilişkilere müdahale eden bir kanun hükmünün veya düzenleyici bir işlemin kamu yararına uygun olduğunu ifade ederken kullandığı gerekçeler, dava konusu kuralının getiriliş amacındaki ekonomik özgeçmişle değerlendirilmektedir. 12.05.1953 tarihindeki kira rayicini en yüksek had kabul edip kira paralarını donduran 6570 sayılı Kanun hükmü, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.⁶⁸ Mahkemenin belirttiği üzere Milli Korunma Kanunu ile kiralar dondurulmuş, sonradan bu maddenin ihtiyacı karşılayamadığı görülerek değişiklikler yapılmış ve son olarak 01.06.1955 tarihinde yürürlüğe giren 6570 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Mahkemeye göre kiraların bu suretle dondurulmasına karşılık, 12.05.1953 tarihinden sonra iktisadi şartlar önemli derecede değişmiş, 1953 ile 1963'ün konjonktürleri arasında büyük bir fark hasıl olmuştur. Dolayısıyla kanunda

03.01.2017, S. 29937.

⁶⁴ Danıştay 13. Daire, T. 24.01.2006, E. 2005/75, K. 2006/474, (<http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 09.03.2020).

⁶⁵ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, T. 05.05.1972, E. 1970/453, K. 1972/385, Amme İdaresi Dergisi, s. 193- 194; benzer yönde Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 28.04.1972, E. 1968/709, K. 1972/364, Amme İdaresi Dergisi, s. 201-203.

⁶⁶ Duran, bu içtihadın yerleşmesini ve kesinleşmesini, idarede kanuniliğin ve Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti niteliğinin sonu demek olduğunu ifade etmiştir, DURAN, İdare Hukuku, s. 392, dp.1

⁶⁷ Danıştay 8. Daire, T. 12.10.1992, E. 1991/3852, K. 1992/2296, (<http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 09.03.2020).

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, T. 26.03.1963, E. 1963/3, 1963/67, RG. T. 31.05.1963, S. 11416.

ön görülen sınırlamaların, adalete ve eşitliğe aykırı durumlar doğurduğu ve bu yüzden gayrimenkul sahibi yurttaşlar arasında huzursuzluk yarattığı ve huzursuzluğun, diğer yurttaşlar üzerinde de etkilerini göstermekten geri kalmadığından bahisle, bunların kamu yararını sağladıklarının artık kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Benzer bir durum yukarıda yer verdiğimiz üzere, 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesi için de geçerlidir. Mahkemenin bu kararında kullandığı, ekonomik koşulların değişimi ve 1930'lardan bu tarihe kadarki radikal değişimler, 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesinin artık kamu yararı sağlayıp sağlamadığını tartışmaya açmalıdır.

Bir diğer kararında Anayasa Mahkemesi, sözleşmede kararlaştırılan kira paralarında 2001 yılında yıllık % 10 oranında artırılabilmesi yönündeki kanun ibaresini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.⁶⁹ Mahkeme, bu kira artışındaki tavan uygulamasını mülkiyet hakkı çerçevesinde ele alarak, kira bedellerine getirilen sınırlamanın amacını aşarak kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine demokratik bir toplumda makul, kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozduğu gerekçesini kullanmıştır. Mahkeme burada taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmadığını ifade etmiştir. Kararda, Anayasa gereğince bir temel hak ve özgürlüğü sınırlamanın kanunla yapılmasına işaret edilmesi önemlidir. Diğer taraftan, kiralayan aleyhine sözleşmeye konulacak bir sınırlamanın ölçüsüz olduğunu belirtirken, kira artışının 2001 krizi nedeniyle fiyat artışlarının oldukça altında kaldığını ifade etmiştir. Ancak bu şekildeki bir iptal kararının, kiracılar açısından olumsuz sonuçlar da doğuracağı, kira denetim mekanizmalarıyla ilgili alınan kararların faydalar yanında zararlar doğuracağı belirtilmelidir.⁷⁰

Danıştay, 24.01.1980 tarihli ve 8/167 Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 25 Sayılı Karar'ın ilgili hükümlerinin iptali talebini;

“Memleketin iktisadi zorluklar içinde bulunması, ihracat ve ithalat arasındaki dengesizlik ve para kıymetinin düşmekte bulunması karşısında, Türk Parası değerinin yeniden tespiti zorunluluğunun doğması sebebiyle gerçekleştirilen, devalüasyon ameliyesinin başarisı, bir kısım önlemleri ve

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, T. 19.07.2001, E. 2001/303, K. 2001/333, RG. T. 15.09.2001, S. 24524.

⁷⁰ Konuyla ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ŞAHİN, s. 213-237

kontrol sistemini de beraberinde getirmesi suretiyle sağlanabilir.” gerekçesiyle birlikte reddetmiştir.⁷¹

“*Eşitlik*” konumuzda da kilit bir kavramdır. Çünkü hukuk, bir yandan kişinin diğer kişilerin sahip olmadığı nitelikleriyle elde ettiklerini güvence altına alırken, bir yandan da eşitsizlikten kaynaklı güce sınırlama koyarak güçlü tarafın zayıf tarafa kendi kurallarını empoze etmesini önlemeyi taahhüt etmektedir. Sözleşme özgürlüğü, sözleşme düzenlenmesindeki irade sebebiyle güçlü tarafın eşitliği ile sözleşme düzenlenirken eşit olmayanın iradesinin korunması sebebiyle zayıf tarafın eşitliği üzerine kurulmuş bir harmandır.⁷² Bu eşitlik harmanı ile kurulan sözleşmenin koşullarının, tarafların dışında ortaya çıkan bir sebeple yasama veya yürütme tarafından sınırlandırılması durumunda yargısal denetim önem kazanmaktadır. Bu şekilde bir sınırlandırmada, sözleşme dışındaki kişilerin ve toplumun korunması ile sözleşmenin taraflarının korunması arasındaki tercihin adilliği tartışılmalıdır. Bu tartışma, sınırlamanın düşünsel gerekçeleri yanında sınırlamada izlenen hukuksal yöntem açısından da söz konusu olmalıdır.

Ekonomik kamu düzeninin korunması için sözleşmelere müdahale edilmesi, süreklilik gösterdiğinde, öngörülen amacı sağlamaya elverişsiz hale gelmektedir. İlk başta olumlu sonuçları alınmakla birlikte, bu müdahalenin plansız ve hukuki açıdan sorunlu bir yöntemle yapılması, amaçlanan senaryoyu tersine çevirebilecektir. “*Fevkalade hal*” gerekçe gösterilerek yürürlüğe konulan 1567 sayılı Kanun’un, olağan dönemde de uygulanması, üstelik idareye verilen geniş takdir yetkisinin kullanımında bir ölçü getirmemesi Anayasa’ya uygun düşmemektedir. Bir eserinde Duran haklı olarak mülkiyet, çalışma ve teşebbüs serbestliği gibi haklarla ilgili olarak, liberal bir toplumda kabul edilenin ötesinde sınırlama, kısıtlama ve hatta askıya alma önlemlerine başvurulduğu takdirde insan hakları zedelenmiş olmaz mı sorusunu sormuştur.⁷³ Gerçekten de sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi ekonomik hak ve özgürlüklerin günümüzde klasik haklardan kabul edildiği bir siyasi ve ekonomik düzlemde, sözleşme özgürlüğünün hukuka aykırı olarak sınırlandırılması, bir insan hakkı ihlali niteliğine de bürünecektir. “*Sözleşme adaleti*”, sadece borçlar hukukunun değil insan hakları hukukunun da konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme

⁷¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 24.09.1982, E. 1982/222, K. 1982/298, (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 09.03.2020).

⁷² HAVİGHURST, s. 186.

⁷³ DURAN, Yorum, s. 50.

özgürlüğüne müdahalenin temelinde yer alan “*piyasa aksaklığı*”nın (*market failure*) açıkça ortaya konulması, müdahalenin yargısal denetiminde amaç unsurunun tüm yönleriyle ele alınması gerekmektedir. Çünkü rızaya dayalı bir işlem olan sözleşme özgürlüğüne müdahale eden yasama veya yürütme işlemlerindeki yanlış tercihler, öngörülen faydadan ziyade zarar doğurucu sonuçlar doğurabilecektir.

Sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların denetimi, bu konuda faydalanılan hukuksal araçların isabetli olup olmadığının araştırılmasını da kapsamlıdır. Bu açıdan söylemek gerekir ki, bireylerin özgürlüklerine ve hak alanlarına dokunan bir düzenlemenin kanunun izin verdiği şartlarda yapılması sadece Anayasa'nın değil hukukun genel ilkelerinin bir gereğidir. Cumhurbaşkanı kararı ile kanunda düzenlenmemiş bir konuda kural koyulması, kanunla düzenleme ilkesine aykırı olmaktadır. Aksi durum adeta fonksiyon gaspı niteliğine bürünmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere yürütmenin hızlı ve pratik karar alma gerekçesinin, Anayasa'ya aykırılığın meşruluğunu sağlayamadığı düşüncesindeyiz. Bu itibarla, ekonomik hak ve özgürlüklere ilişkin yürütmenin düzenleme yetkisinin denetiminde yüksek mahkemelerin kullandıkları ölçütlerin tekrar gözden geçirilmesi ve Anayasa'ya uygunluk testindeki dayanakların, temel hak ve özgürlüklerin güvencesini oluşturan anayasal hükümlerle bağının güçlendirilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

1567 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, yürütmeye verilen geniş ve sınırsız yetki günümüze kadar tartışmalı bir şekilde de olsa kullanılmıştır. Bu tartışmaların son halkasını, 12.09.2018 tarihli ve 85 sayılı Cumhurbaşkanı kararı ve ilgili bakanlığın 2018-32/51 ve 2018-32/52 numaralı Tebliğ'leri ile getirilen, döviz cinsinden veya döviz endeksli sözleşmelere yönelik sınırlamalar oluşturmaktadır. Yürütmenin, ekonomik ve sosyal hak ve özgürlüklere yönelik düzenlemeler yapması, devletin ekonomik hayata müdahalesinin bir sonucudur. Ele aldığımız yürütmenin işlemleri ise sözleşme özgürlüğü açısından sınırlama niteliğini taşıyan düzenlemelerdir. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin eşit konumda olmayan güçsüz tarafın korunması amacıyla sınırlanabildiği gibi, sözleşme dışındaki üçüncü kişilerin ve toplumun korunması amacıyla da sınırlanabilmektedir. Dolayısıyla ekonomik kamu düzeninin sağlanması açısından da sözleşme özgürlüğü sınırlanabilecektir. Döviz cinsinden veya döviz endeksli sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlandırılmasının amaçlarını bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Ancak sınırlandırmaya sevk eden amaçlar kamuoyu ile açık olarak paylaşılmamıştır. Döviz cinsinden veya döviz endeksli sözleşme

yapma özgürlüğünün sınırlandırılması ile ekonomik kamu düzeninin sağlanması, piyasa aksaklıklarının önlenmesi, olumsuz ekonomik etkilerin önlenmesi arasındaki nasıl bir ilişkinin kurulduğu hususu belirsizdir.

Konuyla ilgili belirli olan husus ise döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşmelere yönelik sınırlamanın, yürütmenin düzenleyici işlemleriyle yapılmasının Anayasa'ya uygun bir yöntem olmadığıdır. Yürütmenin ekonomik kamu düzeni alanındaki düzenleme yetkisinin kaynağı doğrudan Anayasa'dır. Ancak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilgili tartışmaları bir kenara bırakılacak olursak, kural olarak asli bir yetkiye sahip olmasının düşünülmemeyeceği yürütme organının düzenleme yetkisinin kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasamız Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ekonomik ve sosyal haklar ve ödevlerin yürütme organı tarafından düzenlenmesine imkân vermiştir. Ancak bu haklar grubuna ilişkin sınırlamaların kanunla yapılması gerekmektedir. Oysa döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlandırılması, Anayasa'nın 13. maddesi gereğince kanunla yapılmadığı gibi yürürlüğe konulan karar ve tebliğler ile yürütme organının yetkisi asli bir yetki halini almış ve Anayasa'nın öngörmediği bir erk karmaşası doğurmuştur.

Yürütmenin düzenleyici işlemleri ile sözleşme özgürlüğüne müdahalesindeki en temel sorun 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesidir. Daha önce Anayasa Mahkemesi önüne getirilmekle birlikte, oy çokluğu ile Anayasa'ya aykırı bulunmayan bu kanun hükmü, yürütme organına kapsamı sınırsız bir yetki kullanımını vermekte ve yasama yetkisini bir nev'i yürütmeye devretmektedir. Dolayısıyla döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşme yapma özgürlüğüne müdahale eden düzenleyici işlemler, Kanun'un öngörüsüne uygundur ancak Anayasa'ya aykırı durumdadır. Sözleşme özgürlüğüne getirilen bu sınırlamaların kanun ile yapılmaması ve dolayısıyla parlamentonun ve kamuoyunun müzakere yapmasına imkân verilmemesi, yürürlüğe konulan düzenleme üzerinde tartışmalar ortaya çıkmasına ve kısa bir süre içinde yeni bir değişikliğe gidilmesine yol açmıştır. Oysa yukarıda değindiğimiz üzere 1567 sayılı Kanun'un çıkış noktasındaki fevkalade haller, Kanun'un yürürlük tarihindeki koşullarla birlikte değerlendirilmeli ve yürütmeye tanınan bu geniş yetkinin amacı bu çerçevede ele alınmalıdır. Bu itibarla, döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin tartışmalar eşliğinde 1567 sayılı Kanun'un, kanun koyucu tarafından tekrar gözden geçirilmesi ve yürütme organına verilen yetkilerin sınırlarının kanunla çizilmesi gerektiği; ayrıca, sözleşme

özgürlüğüne müdahale sebebiyle menfaati ihlal edilenlerin de somut norm denetimi yolunu işletmesiyle, 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesinin Anayasa Mahkemesinin önüne tekrar taşınması gerektiği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

AKGÜNER, Tayfun: **Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri**, Formül Matbaası, İstanbul, 1979.

Amme İdaresi Dergisi, C. 5, S. 3, 1972.

Amme İdaresi Dergisi, C. 5, S. 4, 1972.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, 2017.

ATAMER, Yeşim: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.

BATTAL, Ahmet: "Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar I**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2001.

Code civil des Français, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080225#/>, Erişim Tarihi: 10.03.2020).

DELVOLVÉ, Pierre: **Droit Public de l'Economie**, Dalloz, Paris, 1998.

DERİCİLER, Özge Yüce: **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

DURAN, Lütfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1982.

DURAN, Lütfi: "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 4, S. 1-3, 1983.

DURAN, Lütfi: "Prof. J. Rivero'nun Tebliği Üzerine Yorum", **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler (Uluslararası Seminer)**, 5-6-7 Şubat 1982 İstanbul Atatürk Kültür Merkezi, İstanbul

- İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi, İstanbul, 1982.
- ESİN, Yüksel: “Yönetmelikler (İdarenin Yetkisi ve Denetimi)”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1980.
- Fraser Institute, Economic Freedom Basics, (<https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/economic-freedom-basics>, Erişim Tarihi: 10.03.2020).
- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, C. I, 3. Bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2019.
- GÖZLER, Kemal: **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2018.
- GÖZLER, Kemal: **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.
- GÜNEŞ, Turan: **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1965.
- HAVIGHURST, Harold C.: “Limitations upon Freedom of Contract”, **Arizona State Law Journal**, Vol. 1979, Iss. 1, 1979, (<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/illlr77&div=25&id=&page>, Erişim Tarihi: 09.03.2020).
- İMAMOĞLU, Başak Şit: “Yabancı Para Üzerinden Sözleşme Akdetme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin 12 Eylül 2018 Tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı Hakkında Bir Değerlendirme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 34, S. 3, 2018.
- KABOĞLU, İbrahim: **Özgürlükler Hukuku**, 6. Bs., İmge Kitabevi, Ankara, 2002.
- KABOĞLU, İbrahim: “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2001.
- KAĞITCIOĞLU, Mutlu: **Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- KARABAĞ, Nil: **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KARAHANOGULLARI, Onur: **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık**

ve İdari İşlemler Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme, 2. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

KÜÇÜKYALÇIN, Arzu: “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 4, 2004.

McGAUGHEY, Ewan: “Otto von Gierke: “The Social Role of Private Law””, **German Law Journal**, Vol. 19, No. 04, 2018, s. 1019.

ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3. Bs., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

ÖZTÜRK, Kaya Burak: **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

PETTIT, Mark Jr.: “Freedom, Freedom of Contract, and the Rise and Fall”, **Boston University Law Review**, Vol. 79, 1999.

RIVERO, Jean: “Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler”, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler (Uluslararası Seminer)**, 5-6-7 Şubat 1982 İstanbul Atatürk Kültür Merkezi, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi, İstanbul, 1982.

SAĞLAM, Fazıl: “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, 2002.

SAĞLAM, Mehmet: “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, 2002.

SARICA, Ragıp: **Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Salahiyeti**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1943.

ŞAHİN, Yusuf: “Kira Denetim Politikası Üzerine Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 60, S. 4, 2005.

TAN, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku**, Ankara: TODAİE Yayını, 1984.

TANDOĞAN, Sabri: “Objektif ve Subjektif Tasarruflarda Yokluk”, **İdare**

Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Yayınları, Ankara, 1976.

TANÖR, Bülent: **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978.

TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

TBMM, Tutanak Dergisi, 3. Dönem, 3. Yasama Yılı, 33. Birleşim, (https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=42&sayfa_no_son=48&sayfa_no=44&v_meclis=1&v_donem=3&v_yasama_yili=&v_cilt=16&v_birlesim=033, Erişim Tarihi: 10.03.2020).

TEKBAŞ, Abdullah: “Türk Hukukunda Bakanlar Kurulu Kararları”, **Türk İdare Dergisi**, Aralık 2002.

TİRYAKİ, Refik: **Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

TÜRK, Hikmet Sami: “Bir Anayasa Taslağına Karşı Oy Yazısı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 42, S. 1-4, 1991-1992.

ÜLGEN, Özen: “Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Niteliği ve Türleri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/1.

YAYLA, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, 2. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

YILDIRIM, Turan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 2, 2017.

YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/TEKİNSOY, Özge Okay: **İdare Hukuku**, 7. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

YILMAZ, Harun: “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 110, 2014.

(http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170523_duyuru.pdf, Erişim Tarihi: 12.03.2020).

(<http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 09.03.2020).

(<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 09.03.2020).

2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNU M. 13/B-4 HÜKMÜ UYARINCA YAPILAN GÖREVLENDİRMELERİN HUKUKİ TAHLİLİ

Çınar Can EVREN*

ÖZ

Rektör, üniversitenin en üst hiyerarşik amiri olup hiyerarşi yetkisine sahiptir. Hiyerarşi yetkisi, amire astlarının statüsü ve işlemleri üzerinde kullanılabilecek yetkiler bahşeder. Bu yetkilerden biri de astın görevinde ve görev yerinde değişiklik yapma yetkisidir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 13/b-4’de rektörlere gerekli gördüğü hallerde üniversite personelinin görev ve görev yerlerini değiştirmek yetkisi tanınmıştır. Madde uyarınca rektörlerin bu yetkisini kullanması için görev ve yer değişikliğini gerekli görmesi yeterlidir. Ancak ast üzerinde önemli sonuçlar doğuracak bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda kullanılması gerekli olup, bu açıdan rektörlerin takdir yetkilerinin sınırsız olduğu söylenemez. Bu makalede öncelikle 2547 sayılı Kanun m. 13/b-4 hükmünün rektörlere tanıdığı yetkinin niteliği tespit edilmeye çalışılacaktır. Daha sonra, Danıştay içtihatları ile oluşan ve yetkinin kullanımının hukuka uygun olması için lazım gelen şartlara değinilecek ve son olarak da yetkinin kullanımının doğurduğu hukuki sonuçlar (kazanılmış hak doğurup doğurmadığı gibi) anlatılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Üniversite, rektör, hiyerarşi yetkisi, geçici görevlendirme, Danıştay.

A LEGAL ANALYSIS OF ASSIGNMENTS MADE IN ACCORDANCE WITH ARTICLE 13/B-4 OF HIGHER EDUCATION LAW NO. 2547

ABSTRACT

Rector is the highest hierarchical superior of a university with hierarchical authority. This authority grants powers that can be used on the status and acts of subordinates of the superior. One of these powers is the authority to make changes in the position and duty of the subordinate. According to article 13/b-4 of the Higher Education Law No. 2547, rectors are given the authority to change the duties

* Dr. Öğr. Üyesi Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı e-posta: cinar.evren@hbv.edu.tr

ORCID ID: 0000-0003-3685-5046

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775413

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15/06/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/06/2020

and positions of the university staff when they deem necessary. Pursuant to the aforementioned article, it is sufficient for the rectors to regard the change of duties and places as necessary, in order to use this power. However, this authority, which will have significant consequences on the subordinate, must be used in line with the public interest and service requirements, and in this respect, the rectors' discretionary power cannot be said to be unlimited. In this article, characteristics of the powers vested in rectors by article 13 / b-4 Law No. 2547 will be determined. Afterwards, the conditions that are required by the jurisprudence of the Council of State and which are necessary for the use of the authority to be lawful will be mentioned. In conclusion, the legal consequences of the use of authority (such as whether they have created vested rights) will be discussed.

Key Words: *University, rector, hierarchical authority, temporary assignment, Council of State.*

I. Genel olarak

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda rektörlere; üniversite tüzel kişiliğini temsil etmek, üniversite birimleri ve her düzeydeki personeli üzerinde genel gözetim ve denetim görevini yerine getirmek, üniversiteye bağlı kuruluşlar arasında düzenli çalışmayı sağlamak, üniversite bütçesini hazırlamak, üniversitenin güvenliğini sağlamak (m. 13), senato ve yönetim kurullarına başkanlık etmek (m. 14 ve 15) gibi pek çok görev ve yetki verilmiştir. Ayrıca anılan Kanun'un 53. maddesinde rektörün, üniversitenin disiplin amiri ve 57. maddesinde de ita amiri olduğu belirtilmek suretiyle rektörün, üniversitenin en üst hiyerarşik amiri olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Hiyerarşi yetkisi amire içinde pek çok yetki barındıran yetkiler demeti bahşeder¹. Bu yetkiler karşımıza atama, ilerleme, yer değiştirme, ödüllendirme cezalandırma gibi yetkiler olarak çıkar². Rektörün hiyerarşik amir olmasından dolayı sahip olduğu bu yetkilerden biri de üniversite personelinin (akademik ve idari) görevi ve görev yeri³ hakkında işlem (değişiklik) yapma yetkisidir⁴.

¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 163.

² GÜNDAY, s. 83; ATAY, s. 165.

³ Yer değişikliğinin görev değişikliğinden daha geniş bir içeriğe sahip olduğu, yer değişikliğinin çoğu zaman görev değişikliğini de beraberinde getirdiği ancak her görev değişikliğinin mutlaka yer değişikliği sonucunu doğurmayacağı ifade edilmiştir. YAVUZDOĞAN, s. 235.

⁴ "2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının 13/b-4. maddesi, rektörün gerekli gördüğü hallerde

2547 sayılı Kanun m.13/b-4’de bu yetki şu şekilde düzenlenmiştir: “*Gerekli gördüğü hallerde üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerde görevli öğretim elemanlarının ve diğer personelin görev yerlerini değiştirmek veya bunlara yeni görevler vermek.*” Hükmün sağladığı yetki, personelin talebi üzerine kullanılabilir olmakla birlikte⁵; idari işlemin tek yanlı olma özelliğinin bir sonucu olarak taleple bağlı olmadan da kullanılabilir. Nitekim uygulamada ikinci ihtimalle çok daha fazla karşılaşılmakta, rektörün ilgilinin isteği dışında onun görevini ve görev yerini değiştirmesi idare ile kamu görevlisinin karşı karşıya gelmesine neden olmaktadır.

2547 sayılı Kanun’un inceleme konusu 13/b-4 hükmü, personelin meslek ve aile hayatında önemli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Zira anılan hüküm, personeli coğrafi olarak güvencesiz bırakmakta⁶; ekonomik olarak zarar görme ihtimalini artırmaktadır. Örneğin şehir merkezinde yer alan bir üniversitenin rektörlük binasında görev yapan kişi anılan maddeye istinaden tesis edilecek bir işlem ile kilometrelerce uzakta, aynı üniversitenin başka bir ilçe ve hatta ilde yer alan diğer bir biriminde (fakülte, yüksekokul vb.) görevlendirilebilir. Ayrıca, döner sermayeden pay alırken tesis edilecek bir işlem ile görevi ve görev yeri değişecek personelin bu gelirden yoksun kalması da mümkündür.

üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerde görevli öğretim elemanları ve diğer personelin görev yerlerini değiştirmek veya bunlara yeni görevler verme konusunda yetkili olduğunu kurala bağlamıştır.” D8D: 14.05.2003, E. 02/3345, K. 03/2225, **kazancı**. Aynı yönde bir karar için bkz. D5D: 28.04.2010, E.08/1953, K. 10/2787. (Makalede verilen kararlardan kaynak gösterilmeyenler yayınlanmamıştır.)

⁵ Danıştay Trakya Üniversitesi Basın Yayın ve Halkla İlişkiler Bürosunda görevli olan, Trakya Üniversitesi Kırklareli Meslek Yüksekokulu Bilgisayar Teknolojisi ve Programlama Bölümü ikinci öğretimi 2003 yılı ÖSYS sonucunda kazanan davacının, 2547 sayılı Yasanın 13/b-4 maddesi uyarınca Kırklareli İlinde bulunan Teknik Eğitim Fakültesi veya yüksekokullarda görevlendirilmesi isteminin reddine ilişkin Trakya Üniversitesi Rektörlüğü işleminin iptali istemiyle açılan davada; idarelerin insanların eğitim özgürlüğü gibi temel hakların kullanılabilmesi için bağlı yetki içinde olduğu ve olanaklar ölçüsünde bu hakkın kullanımını sağlamakla yükümlü oldukları, bu nedenle takdir hakkının atanma isteminin reddi yönünde kullanılmasında sebep ve amaç yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden mahkeme kararının onamıştır. D8D: 07.04.2006, E. 05/103, K. 06/1410.

⁶ Dar anlamda kamu görevliliği kural olarak coğrafi bir esasa bağlı değildir. Ancak dar anlamda kamu görevlileri işlerini bir meslek olarak yaptıklarından, bu mesleğe girenlerin belli bir güvenliğe sahip olmaları gerekir. Bu güvencenin araçlarından biri de görev ve görev yeri güvencesidir. Bu güvence ile idarenin sahip olduğu nakil/görev yerini değiştirme yetkisi gerek kanunla ve gerekse mahkeme kararları ile sınırlandırılmakta ve idarenin bu yetkisini sürgün, cezalandırma aracı olarak kullanılmasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır. YAŞAR, s. 569; GÜNDAY, s. 607; GÜLER, s. 179; GİRİTLİ, s. 301 vd.

Önemli sonuçlar doğuran bir hükmün kullanılması noktasında mevzuatta herhangi bir sınır öngörülmemiş olması, büyük bir eksiklik⁷. Hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, görevlendirme için tek gereken, rektörün görev ve yer değişikliğini “*gerekli görmesi*”dir. İşlemin sebep unsurunu belirlemede rektöre neredeyse sınırsız bir serbesti tanıyan ve bu suretle idareye çok geniş bir takdir yetkisi bırakan düzenlemenin uygulamada kamu yararı ve hizmet gerekleri yerine personeli cezalandırmak gibi saiklerle kötüye kullanıldığı görülmektedir.

II. Yetkinin Hukuki Niteliği

2547 sayılı Kanun’un m. 13/b-4 hükmünün rektöre tanıdığı yetkinin hukuki niteliği konusunda Danıştay’ın daireleri farklı görüştedir. Danıştay Sekizinci Dairesine göre rektöre tanınan bu yetki, **geçici görevlendirme** yetkisidir. Sekizinci Daireye göre⁸ “*Yasa ile belirlenen görevlendirmenin geçici görevlendirme olduğunun kabulü zorunludur. Aksinin kabulü halinde görevlendirme işlemi kamu görevlisinin işgal ettiği kadro görevinden sürekli uzaklaştırılması sonucunu doğuracaktır. Bu şekilde de kamu görevlisinin asıl görevini yerine getirmesi engellenmiş olacaktır.*” İkinci Daire ise yetkinin geçici görevlendirme olmadığı, **zorunlu ihtiyacın karşılanmasına yönelik bir görevlendirme** yetkisi olduğu kanaatindedir. Daireye göre⁹ “*...madde*

⁷ Azrak’a göre memur statüsünün kanunla düzenlenmesi memurluk mesleği için önemli bir güvencedir. 13/b-4 örneğindeki gibi bir düzenlemenin ise bu güvenceyi sağlamaktan uzak olduğu söylenebilir. AZRAK, s. 3.

⁸ D8D: 05.04.2006, E. 05/1085, K. 06/1393. Aynı yönde bkz. D8D: 28.02.2006, E. 05/421, K. 06/771; D8D: 23.11.2009, E. 08/10578, K. 09/6907; D8D: 23.02.2007, E. 05/6111, K. 07/1039; D8D: 19.01.2010, E. 07/8688, K. 10/90.

⁹ “*... Bu durumda, Ankara 9. idare Mahkemesi’nce, kamu kurum ve kuruluşlarının görev alanı içinde yer alan bir hizmeti yürütmek amacıyla ve o hizmetle ilgili konuda uzmanlaşmış kamu görevlilerinin, kadroları üzerlerinde kalmak üzere görevlendirilmeleri mümkün ise de; Gazi Üniversitesi, Sanat ve Tasarım Fakültesi’nde hizmetli kadrosunda bulunan ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 13/b-4 maddesi uyarınca Nanotıp ve İleri Teknolojiler Araştırma ve Uygulama Merkezi’nde görev yapmakta olan davacının, herhangi bir soruşturma geçirmeksizin ve görevlendirildiği birimde hizmetine duyulan ihtiyacın somut ve nesnel gerekçeleri ortaya konulmaksızın, görevlendirmesinin iptal edilerek aynı Kanun maddesi uyarınca, Polatlı Fen Edebiyat Fakültesi’nde görevlendirilmesine ilişkin dava konusu işlemden, hukuka ve mevzuata uyarlık görülmemesi gerekçesine dayanılarak hüküm kurulması gerekirken, kararda bu gerekçenin yanı sıra, söz konusu görevlendirmenin belirsiz süreli olarak yapılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesine de dayanılmış olmasında hukuki isabet bulunmamakta ise de kararda yer verilen diğer iptal gerekçesinin hukuka uygun bulunması karşısında, bu husus, anılan kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.*” D2D: 18.04.2018, E. 18/234, K. 18/2674. Ayrıca bkz. D2D: 11.04.2018, E. 18/305, K. 18/2505, Danıştay Dergisi, Y. 2018, S. 148, s. 95. Aynı yönde.

metninden de anlaşılacağı üzere, görevlendirmelere ilişkin herhangi bir süre şartı veya kısıtlaması söz konusu değildir. Bu nedenle, dava konusu işlemin, geçici görevlendirme niteliğinde değil; gerekli görülen hallerde, zorunlu ihtiyacın karşılanmasına yönelik bir görevlendirme işlemi olarak kabulü gerekmektedir.” Kararlarından anlaşıldığı üzere İkinci Daireye göre bunun nedeni, madde metninden görevlendirmelere ilişkin herhangi bir süre şartı veya kısıtlaması öngörülmemiş olmasıdır¹⁰.

Kanaatimizce maddenin rektörlere tanıdığı yetki, geçici görevlendirme¹¹

D2D: 22.03.2018, E. 2018/3, K. 2018/1912, **kazancı**. D2D: 18.04.2018, E. 18/234, K. 18/2674; D2D: 12.03.2018, E. 18/232, K. 18/1552; D2D: 12.03.2018, E. 18/189, K. 18/1554.

¹⁰ Danıştay’ın Beşinci Dairesi de İkinci Daire ile aynı görüşü paylaşmaktadır: “Dava dosyasının incelenmesinden; Cumhuriyet Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi sekreteri olarak görev yapmakta olan davacının, 2547 sayılı Yasanın 13/b-4 maddesi uyarınca Tıp Fakültesi sekreteri olarak görevlendirilmesine ilişkin ... işlemin iptali istemiyle temyizen incelenmekte olan davanın açıldığı anlaşılmıştır. Davacının geçici görevlendirilmeyip görev yerinin değiştirildiği, gerek dosyadaki bilgi ve belgelerden, gerekse davalı yönetimce verilen savunma ve temyiz dilekçelerinden anlaşılmaktadır. Bu nedenle, dava konusu işlemin, geçici görevlendirme olarak nitelendirilmesi ve belli bir süre belirtilmeksizin kurulan işleminde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” D5D: 09.12.2011, E. 11/3859, K. 11/7101.

¹¹ Memurlar ve diğer kamu görevlileri için temel kanun olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda (DMK) geçici görevlendirmeye ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak DMK uyarınca yapılacak geçici görevlendirmelerin hukuka uygun olması Danıştay’ın belirlediği şartların varlığına bağlıdır. Danıştay’a göre “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda aynı kurum içinde geçici görevlendirme konusu düzenlenmemiş olmakla birlikte, bir kamu kurumunun mevzuatla belirlenmiş olan görev alanı içinde yer alan ‘geçici’ nitelikteki bir hizmeti ya da değişen ve gelişen sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sonucu olarak ortaya çıkan, henüz örgütsel altyapısı oluşturulmamış ve bir kadro ile ilgilendirilmemiş olan ‘yeni bir kamu hizmeti’ni yürütmek amacı ile, durumu uygun olan kamu görevlilerinin, ‘kadrolarıyla hukuki bağlarını sürdürmek ve belli bir süre ile sınırlı olmak üzere’ atamaya yetkili amir tarafından geçici olarak görevlendirilmeleri olanaklıdır”. D5D: 20.05.2009, E. 07/168, K. 09/2800, Danıştay Dergisi, S. 122. s. 281. Benzer kararlar için bkz. D5D: 26.02.1997, E. 96/2070, K. 97/419; D2D: 23.11.2007, E. 07/1275, K. 07/4535, **kazancı**.

Geçici görevlendirmede kamu görevlisi, boş bir kadroya vekâlet etmemekte; hızlı bir biçimde yapılması gereken bir hizmet için veya bazı konularda bilgi ve tecrübesinden yararlanmak için görevlendirilmektedir. Diğer bir deyişle görevlendirme hizmet gereklerinden kaynaklanmaktadır. Yargı içtihatları göz önünde bulundurularak DMK’ya tabi personel için yapılacak kurum içi geçici görevlendirmenin şartları şu şekilde sıralanabilir: 1) Geçici görevlendirme belli bir süre ile sınırlı olarak (geçici) yapılır. 2) Görevlendirmenin amacı geçici bir ihtiyacı karşılamak veya henüz örgütlenmemiş ve bir kadro ile ilişkisi kurulmamış yeni bir kamu hizmetini yerine getirmek suretiyle kamu yararını sağlamaktır. ÇINARLI/ÇELİKTAŞ, s. 37; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 154; KAYA, s. 138.

yetkisidir¹². Geçici görevlendirmede süre şartı ön plandadır¹³. Herhangi bir süre sınırı olmadan 13/b-4 kapsamında yapılacak bir görevlendirmeyi sadece “zorunlu ihtiyacın karşılanmasına” dayandırmak, bu ihtiyacın idarece giderilmeyerek sürekli bir uygulama haline getirilmesine neden olabilir. Bu durum ise personelin kadrosu ile olan ilişkisinin fiilen kesilmesi anlamına gelir. Bilindiği üzere kadro “... yasama organı tarafından kanunla saptanan memur sayısı ve niteliğidir.” Bir kurumun kullanacağı kamu görevlilerinin sayısı ve hangi nitelikleri taşıyan kamu görevlilerinin kullanılabilmesi kadro ile belli olur. Bu açıdan kamu görevlisinin kadrosunun bulunduğu birimde çalışması esastır¹⁴. Sürekli bir kamu hizmetini yerine getirmek görevi kural olarak o hizmete tahsis edilmiş kadroyu işgal eden kamu görevlisinin görevidir. İdare, süreklilik gösteren hizmetlerin yerine getirilmesi için personele ihtiyaç duyuyorsa yapması gereken, atamadır¹⁵.

2547 sayılı Kanun’un 13/b-4 maddesinin nakil maddesi olarak kullanılması mümkün olmadığı¹⁶ gibi kanunda atanma ve seçilme usulü özel olarak belirlenmiş görevler için kullanılması da mümkün değildir. Bu cümleden olmak üzere örneğin bir anabilim dalı başkanı 13/b-4 ile görevlendirilemez¹⁷.

¹² Kaya’ya göre de madde metninde açıkça yazmasa da 13/b-4 hükmü geçici görevlendirme maddesidir. KAYA, s. 135.

¹³ KAYA, s. 130.

¹⁴ Kadro tanımları için bkz. GÖZLER, s. 696; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 835; **Devlet Memurları El Kitabı**, s. 56.

¹⁵ D8D: 28.09.2010, E. 08/3702, K.10/4788.

“Memurun görevinin ya da görev yerinin değiştirilmesi kural olarak kadro değişikliği yolu ile olur.” Geçici görevlendirme ile kamu görevlisinin kadrosunda değişiklik yapılmamakta ancak fiilen yaptığı görevde değişiklik yapılmaktadır. YAVUZDOĞAN, s. 84.

¹⁶ D8D: 19.10.2005, E. 05/1692, K. 05/4169.

¹⁷ “2547 sayılı Yasanın 13/b-4. maddesinin düzenleniş amacı, üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerin herhangi birinde hizmetle ilgili olarak ortaya çıkacak ihtiyacın üniversitenin kendi elemanları ile hızlı bir biçimde karşılanması ve böylece kamu hizmetinin aksamadan ve sürekli olarak yürütülmesini sağlamaktır. Rektöre verilen öğretim elemanlarının ve diğer personelin görev yerlerini değiştirme yetkisinin süreklilik arzedecek şekilde kullanılabilmesinin kabul edilmesi halinde, belli usullerle bir kadroya atanmış kamu görevlisinin Yasada gösterilen usule ve yetki kurallarına uyulmadan kadrosu ile hukuki ve fiili irtibatının kesilmesi ve belli usul ve yetki kurallarına uyularak atanabilecek bir kadroya bunlara uyulmadan atama yapılması sonucunu doğuracak olup, sözü edilen maddede öngörülen yetkinin yukarıda belirtilen amaçlarla ve hizmetin gerektirdiği süre ile sınırlı olduğunun ve bu yetkinin sürekli olarak görev yerini değiştirme şeklinde yorumlanamayacağının da kabulü zorunludur. Bu açıklamalar karşısında, 2547 sayılı Yasanın yukarıda amacı ve niteliği açıklanan 13. maddesinin b-4. fıkrası ile Rektöre verilen yetkinin, hükmün yukarıda değinilen amacına ve niteliğine uygun olarak ve bu sınırlamalar çerçevesinde kullanılabilmesi, üniversitenin akademik kadrosunu oluşturan

Kamu görevlisinin kendi kadro görevinde çalışması kural olduğundan bir kamu kurum veya kuruluşuna tahsis edilmiş ancak hukuken açık olan kadroların görevlendirme suretiyle doldurulması da mümkün değildir¹⁸. Ayrıca görevlendirme üniversite personelinin kadrosu ile bağının kesilmesi sonucunu da doğurmaz¹⁹.

III. Görevlendirmenin Şartları

2547 sayılı Kanun m. 13/b-4’te geçen “*gerekli görmesi*” ibaresi idareye görevlendirme konusunda geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Ancak bu yetki sınırsız değildir. Takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemlerin denetimi, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesini gerektirir²⁰. Görevlendirme, ihtiyaç nedeniyle, kamu hizmetinin etkin ve verimli şekilde yürütülmesi amacıyla, kamu yararı doğrultusunda tesis edildiğinde hukuka uygun olacaktır²¹. Danıştay hükme istinaden yapılan bir görevlendirmeye ilişkin verdiği kararda

*öğretim elemanlarının yine öğretim elemanı olarak, diğer personelin de kendi alanında atanmalarına veya görevlendirilmelerine olanak sağlayacağı kuşkusuzdur. Ancak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi ve Teknik Hizmetler Sınıfında, üniversitenin idari teşkilatını oluşturan Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı emrinde, inşaat mühendisi olarak istihdam edilen davacının, aynı Yasanın 71. maddesine göre mesleği ile ilgili bir sınıfta veya genel idare hizmetleri sınıfında görevlendirilmesi mümkün olup, idari kadroda görev yapan personelde bulunması gereken niteliklerden tamamen farklı özel şartlar ve nitelikler gerektiren öğretim görevlisi olarak görevlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.” D8D: 14.03.2007, E. 06/892, K. 07/1481, **kazancı**.*

¹⁸ D5D: 09.02.1998, E. 97/2711, K. 98/270, **kazancı**.

¹⁹D8D: 09.05.2006, E. 05/1764, K. 06/1968.

“yapılan seçimlere o dalın kadrolu öğretim üyelerinin ve öğretim görevlilerinin katılmasının esas olduğu, 2547 sayılı Yasanın 13/b-4 maddesi uyarınca yapılan görevlendirmeler ise süreye bağlı geçici nitelik taşımakta olup, bu madde uyarınca yapılan görevlendirmelerde ilgilinin kadrosu esas görev yerinde kaldığından bu tür görevlendirmelerde öğretim elemanlarının kadrolarının bulunduğu yerdeki seçimlere katılması gerektiği, bu itibarla, Sinop Sağlık Yüksekokulunda yarım sömestr görevlendirilen 3 yardımcı doçentin kadroları davacının görev yaptığı anatomi anabilim dalında mevcut bulunmakta ve bu anabilim dalıyla ilgileri devam etmekte olduğundan, bu kişilere seçime katılmaları konusunda duyuru yapılmaksızın ve bu kişilerin yokluğunda yapılan dava konusu seçimde hukuka uyarlık bulunmadığı” D8D: 23.01.2008, E. 06/6255, K. 08/370.

²⁰ “İdarelerin takdir yetkisine dayanılarak tesis ettikleri işlemlerin hukuki denetimi, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen bir işlemin oluşturulmasına etken olan bütün unsurlarında bu kapsamda değerlendirilmesi zorunludur.” D8D: 28.02.2006, E. 05/421, K. 06/771. Ayrıca bkz. D8D: 27.02.2007, E. 05/5156, K.07/1095; D8D: 19.01.2010, E. 07/8688, K. 10/90; D8D: 23.11.2009, E. 08/10578, K. 09/6907.

²¹ D8D: 14.03.2007, E. 05/5842, K.07/1451.

“İdarelerin takdir yetkisine dayanılarak tesis ettikleri işlemlerin hukuki denetimi, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen bir işlemin oluşturulmasına etken olan bütün unsurlarında bu kapsamda değerlendirilmesi zorunludur. Alıntısı yapılan Yasa kuralında da rektöre üniversitede çalışan personeli görevlendirmek konusunda “gerekli görülme” koşuluyla takdir yetkisi tanınmış olmakla birlikte görevlendirmeyi gerektiren halin açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Bu koşul hizmetin gerekli kaldığı koşullardan bağımsız düşünülmecektir...” gerekçesiyle takdir yetkisinin sınırsız olmadığını, idarenin görevlendirmenin neden gerekli olduğunu ortaya koyması gerektiğini dile getirmiştir²².

Danıştay’a göre²³ m. 13/b-4’teki düzenlemenin amacı, “üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerin herhangi birinde hizmetle ilgili olarak ortaya çıkacak bir ihtiyacın, üniversitenin kendi elemanları ile ve süratli bir biçimde karşılanması, böylece kamu hizmetinin aksamadan ve sürekli olarak yürütülmesini sağlamaktır.” Bu amaca istinaden, görevlendirmenin hukuka uygun olması için; personelin görevlendirildiği birimde hizmetine ihtiyaç olup olmadığının, hizmetine duyulan ihtiyacın somut ve nesnel gerekçeleri ile ortaya konması ve görevlendirmenin de belli bir süre için yapılması gerekir²⁴.

²² D8D: 21.03.2008, E. 06/6871, K.08/2114.

“Mudurnu Meslek Yüksekokulundaki 2 saatlik dersin 2547 sayılı Yasanın 40. maddesinde belirtilen usule göre Rektör tarafından görevlendirme yoluyla karşılanabilmesi mümkün bulunduğundan, davacının görev yeri değişikliğine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptal”ine karar verilmiştir. D8D: 16.03.2007, E. 06/287, K. 07/1500. Ayrıca bkz. D8D: 25.09.2009, E. 09/1459, K. 09/5085.

²³ D2D: 22.05.2018, E. 16/5760, K. 18/3426. Aynı yönde bkz. D8D: 14.03.2007, E. 06/892, K.07/1481, **kazancı**.

²⁴ D8D: 19.10.2005, E. 05/1692, K. 05/4169. Ayrıca bkz. D8D: 10.04.2006, E. 05/4608, K. 06/1447.

“Yasa ile öngörülen görevlendirmenin koşulu, hizmetin gerekli kılması ve geçici olmasıdır. Geçicilikten kastedilen de belli bir süreyi içermesidir.” D8D: 23.02.2007, E. 05/6111, K. 07/1039. Benzer kararlar için bkz. D8D: 09.02.2009, E. 07/4553, K. 09/912; D5D: 8.12.2010, E. 10/1127, K. 10/6929; D5D: 08.12.2010, E. 10/1135, K. 10/6931; D8D: 16.12.2008, E. 07/4572, K. 08/8217.

“2547 sayılı Yasanın 13. maddesinin; Rektörün görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen (b) bendinin 4. fıkrasında, “Gerekli gördüğü hallerde üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerde görevli öğretim elemanlarının ve diğer personelin görev yerlerini değiştirmek veya bunlara yeni görevler vermek” hükmüne yer verilmiştir. Yukarıda anılan Yasa hükmü ve yerleşik içtihatlar uyarınca görevlendirme işleminin hizmetin gerekli kılması halinde ve belli bir süre için tesis edilmesi gerektiği açıktır.” D8D: 16.01.2008, E. 06/6152, K. 08/171.

“2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının 13/b-4 maddesiyle Rektöre tanınan yetkinin; öğretim elemanlarının veya diğer personelin zorunlu ihtiyaç hallerinde ve belli sürelerle

Geçici görevlendirmenin hukuka uygun olması için gerekli olan personelin hizmetine ihtiyaç bulunması ve görevlendirmenin belirli bir süre için yapılması şartları aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

A. Personelin Görevlendirileceği Birimde Hizmetine İhtiyaç Olmalıdır

Görevlendirmenin hukuka uygun olması için gereken ilk şart “görevlendirmeye ilişkin işlemlerin kurum bünyesinde mevcut bir ihtiyacın karşılanması amacıyla hizmet etmesi ve görevlendirilecek kişinin o hizmete ilişkin konularda uzmanlaşmış olması”dır²⁵.

İdare; 1) personelin görevlendirme için talepte bulunup bulunmadığını, 2) personelin tercih edilme nedenlerini²⁶, 3) personelin hangi somut görevi yapacağını, 4) görevlendirmenin neden zorunlu olduğunu, 5) görevlendirilen birimde bu görevi yapacak başka personel bulunup bulunmadığını²⁷, 6) görevlendirilen birimden gelen bir istek olup olmadığını, 7) personelin görevlendirildiği birimde hizmetine ihtiyaç duyulup duyulmadığını, 8) personelin hizmetine duyulan ihtiyacın hangi birimde daha fazla olduğunu²⁸, 9) personelin görevlendirildiği birimde hangi görevleri ifa edeceğini ve 10)

geçici olarak görevlendirilmelerini içeren yetki olarak düzenlendiği bir nakil maddesi olarak kullanılmayacağı açıktır. Bu durumda, davacının görevlendirildiği birimde hizmetine duyulan ihtiyacın somut ve nesnel gerekçeleri ortaya konulmaksızın ve belli bir süre belirtilmeksizin tesis edilen dava konusu görevlendirme işleminde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” D8D: 26.01.2004, E. 03/2047, K. 04/352.

²⁵ D8D: 28.09.2010, E. 08/3702, K.10/4788.

²⁶ “Sağlık Kültür ve Spor Dairesinde açığıya ihtiyaç duyulduğu iddia ediliyorsa da sırayla başka açıcıların da görevlendirilmesi gerekirken, davacının görevlendirilmesinin uzatılması nedeniyle dava konusu işlemin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek tesis edilmediği sonucuna ulaşıldığı; bu nedenle hukuka uyarlık bulunmadığı”D8D: 16.06.2009, E. 07/7990, K. 09/4132. Danıştay bir başka kararında davacının tekrar tercih edilme sebebinin ortaya konulmaması karşısında personel açısından eşitsizlik doğuracak şekilde tesis olunan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığına hükmetmiştir. D8D, 12.12.2007, E. 06/5232, K.07/7031. Yine Yüksek Mahkeme bir diğer kararında da davacının kadrosunun bulunduğu birimde 4 diyetisyenin daha görev yapmasına karşın geçici görevlendirmenin neden davacıya yüklendiği konusunda idarece bir açıklama yapılmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır. D8D: 19.01.2009, E. 07/5866, K. 09/330. Ayrıca bkz. D2D: 12.02.2019, E. 17/923, K. 19/472.

²⁷ D8D: 04.04.2008, E. 07/2137, K. 08/2471.

²⁸ “...davacının eski görev yaptığı yerdeki hizmetine duyulan ihtiyacın ortada olduğu ve görevlendirme işlemi yapılırken bu durumun yeterince gözetilmediği ve dolayısıyla takdir yetkisinin hizmet gereklerine uygun kullanılmadığı...” D8D: 09.02.2010, E. 07/9158, K. 10/608.

görevlendirme için uygun şartlara sahip olup olmadığını²⁹ somut ve nesnel gerekçeleri ile ortaya koymalıdır³⁰. İdare ancak bu sayede takdir yetkisini hizmet gereklerine uygun kullanmış olur³¹. Nitekim Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Anabilim Dalı öğretim üyesi olan davacının, 2547 sayılı Kanun'un 13/b-4 maddesi uyarınca Acil Tıp Anabilim Dalında görevlendirilmesine ilişkin Rektörlük işleminin iptali istemiyle açılan davada "...davacının görevlendirildiği Acil Tıp Anabilim Dalında görevli öğretim üyelerinden bir tanesinin Selçuk Üniversitesi Tıp Fakültesine, bir tanesinin Amasya Ruhi Tingiz Devlet Hastanesine geçiş yaptığı, ...Acil Tıp Anabilim Dalı Başkanının görevinden istifa etmesi nedeniyle anabilim dalındaki öğretim üyesi ihtiyacının daha da arttığı öğretim üyesi açığını gidermek için davacının Acil Tıp Anabilim Dalında daha önce görevlendirilmiş olmasından dolayı oluşan tecrübesi de dikkate alınarak anılan bölümde bir yıl süreyle görevlendirilmesi işleminin kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda

²⁹ Danıştay, fakülte sekreteri olarak görev yapan davacının, 2547 sayılı Kanun'un 13/b-4 maddesi uyarınca 5 ay süre ile kütüphane ve dokümantasyon dairesi başkan vekili olarak görevlendirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacının 1986 yılından beri sürdürdüğü sekreterlik görevinden alınmasını gerektirecek nitelikte hukuken geçerli ve objektif bir belge sunulmadığı, davacının uzmanlık alanının kütüphanecilik olmadığı, Üniversite bünyesinde edebiyat fakültesine bağlı kütüphanecilik ve dokümantasyon anabilim dalı bulunduğu göz önünde bulundurularak, davacının hizmetine ihtiyaç duyulduğunun kanıtlanamadığı gerekçesiyle işlemde hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir. D8D: 20.04.2010, E. 08/204, K. 10/2003.

³⁰ D8D: 21.03.2006, E. 05/649, K. 06/1119; D2D: 12.06.2018, E. 18/473, K. 18/3958; D2D: 11.03.2019, E. 19/193, K. 19/1124.

"Alınışı yapılan Yasa kuralında da rektöre üniversitede çalışan personeli görevlendirmek konusunda "gerekli görülme" koşuluyla takdir yetkisi tanınmış olmakla birlikte görevlendirmeyi gerektiren halin açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Bu koşul hizmetin gerekli kıldığı koşullardan bağımsız düşünülmecektir." D8D: 28.02.2006, E. 05/421, K. 06/771.

"... görev yerlerinin değiştirilmesi veya yeni görevler verilmesine ilişkin yetkinin kullanımı; bu doğrultuda tesis edilen işlemde, personelin başka bir birimde görevlendirilmesini gerektiren somut sebeplerin, hizmet ihtiyacının kaynağının, ifa edilecek görevin tanımı ve kapsamının ayrıntılarıyla belirtilmiş olmasına bağlıdır." D2D: 22.05.2018, E. 16/5760, K. 18/3426.

"...davalı idare tarafından tesis edilen işlemde, davacının başka birimde görevlendirilmesine esas teşkil eden ihtiyacı doğuran sebep ve görev tanımının net bir şekilde belirtilmediği "idari işleri koordine edecek tecrübeli yöneticiye ihtiyaç duyulması sebebiyle" şeklinde soyut bir ifade kullanıldığı, koordine edilmesi gereken işlerin ayrıntılandırılmadığı görülmektedir. Bu durumda davalı idarece, hukuki gerekçeleri açıkça belirtilmeksizin, kamu yararı ve hizmet gereği sınırları dışına çıkılarak tesis edildiği anlaşılan dava konusu işlemde hukuka uyarlık ... bulunmamaktadır." D2D: 22.05.2018, E. 16/5760, K. 18/3426.

³¹ D8D: 09.02.2010, E. 07/9153, K. 10/607.

tesis edildiği anlaşıldığından” davanın reddine karar verilmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır³².

İhtiyacın somut olarak ortaya konması şartı uyarınca, bu hükmün personelin kurumun huzurunu bozduğu gerekçesiyle disiplin amaçlı kullanılmasını Danıştay hukuka aykırı bulmuştur. Danıştay’a göre “*gerekli görülme hali*”, görülmekte olan hizmetten kaynaklanan gerekliliktir ve öğretim elemanının belirli bir göreve atanmasının, “*gerekli durum*” giderilinceye kadar süren bir geçicilik içerdiğinin kabulünü gerekir. Bu açıdan aynı bölümde araştırma görevlisi olan eşinden boşanan birinin özel hayatından kaynaklanan nedenlerle bozulan kurum içi çalışma barışı, huzur ve sükunu sağlamak amacıyla tesis edilen işlem “*gerekli görülme hali*” hizmetten kaynaklanmadığı için hukuka aykırıdır³³. Ayrıca, disiplinsizlik için kanunların öngördüğü farklı tedbir ve yaptırımlar bulunmaktadır³⁴. Bu cümleden olmak üzere Danıştay, hasta bakıcı olarak görev yapan davacının görevine gereken hassasiyeti göstermediği, yapılan tüm uyarılara rağmen bu tutum ve davranışlarına devam ettiği, hastanede çalışmasının sakıncalı olduğu gerekçeleriyle tesis edilen görevlendirme işleminin, söz konusu fiillerin soruşturmayla konu olabileceği ve davacı hakkında naklen atama işlemi tesis edilebileceği, davacının görevlendirildiği birimde hizmetine duyulan ihtiyacın somut ve nesnel gerekçeleri ortaya konulmadan 13/b-4 ile

³² D8D: 14.05.2008, E. 07/3144, K. 08/3555.

³³ D8D: 10.04.2006, E. 05/4608, K. 06/1447. Aynı yönde bkz. D8D: 27.03.2006, E. 05/189, K. 06/1192.

³⁴ “2547 sayılı Yasanın 13/b-4 maddesiyle tanınan yetkinin, öğretim elemanlarının veya diğer personelin zorunlu ihtiyaç hallerinde ve belli sürelerle geçici olarak görevlendirmelerini içeren yetki olarak düzenlendiği; bir nakil maddesi ya da başka bir amaç için kullanılmayacağı, açıktır. Bu durumda, davacının görevlendirildiği birimde hizmetine duyulan ihtiyacın somut ve nesnel gerekçeleri ortaya konulmaksızın ve belli bir süre belirtilmeksizin tesis edilen görevlendirme işleminin kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin dava konusu işleminde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Her ne kadar dava konusu işlemin sebep unsurunun davacı hakkında açılan disiplin soruşturması olduğu ileri sürülmüş ve davacının bu disiplin soruşturması neticesinde disiplin cezası ile tecziye edildiği görülmüş ise de, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 26. ve devamı maddelerinde hakkında soruşturma açılan kamu görevlileri hakkında uygulanmak üzere geçici bir tedbir olarak görevden uzaklaştırma kurumu düzenlenmiş olup, davacının anılan maddeler uyarınca görevden uzaklaştırılabileceği gibi, göreviyle bağdaşmayacak bir disiplin cezasıyla cezalandırılması halinde genel hükümler uyarınca görev yeri ve kapsamının da değiştirilebileceği açıktır. İdare Mahkemesince bu durum dikkate alınmaksızın davanın reddine ilişkin verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.” D8D: 20.01.2010, E. 07/8757, K. 10/135.

görevlendirilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir³⁵. Ancak Danıştay'ın görevlendirme işlemini disiplinsizlik için bir çeşit tedbir olarak değerlendirdiği kararlara da rastlanmaktadır. Örnek olayda Ankara Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesinde görev yapan davacının, m. 13/b-4 uyarınca, Ankara Üniversitesi Beypazarı Meslek Yüksek Okulunda 1 yıl süreyle görevlendirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada Danıştay, davacının sekreter olarak görev yaptığı sırada öğrenci devam cetvelleri üzerinde tahrifat yaptığı, maddi çıkar amacıyla öğrencilere soru sattığı iddialarıyla hakkında soruşturma açıldığı ve eylemlerin sübuta erdiğinin belirlenmesi üzerine kınama cezası ile cezalandırılarak, 2547 sayılı Kanunun 13/b-4 maddesi gereğince 1 yıl süreyle Beypazarı Meslek Yüksekokulunda görevlendirildiği, bu durumda davacının hizmetin verimli ve gereği gibi yürütülebilmesi için kaçınılmaz olan itibar ve güven duygusunu sarsacak, huzur ve işbirliği ortamının bozulmasına neden olabilecek tutum ve davranışlarda bulunduğu belirlendiğinden işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir³⁶. Ancak hizmetin gerektirmesi halinde kullanılacak olan bu yetkinin disiplin aracı olarak kullanılmasına katılmadığımızı belirtmek isteriz.

B. Görevlendirme Belirli Bir Süre İçin (Geçici) Yapılmalıdır

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Danıştay İkinci Dairesi, Sekizinci Daire'den farklı olarak, 2547 sayılı Kanun m. 13/b-4'ün rektörlere verdiği yetkiyi geçici görevlendirme yetkisi olarak kabul etmemektedir³⁷. Ancak yine

³⁵ D8D: 27.02.2008, E. 06/6859, K. 08/1415.

³⁶ D8D: 10.02.2008, E. 07/87, K. 08/531.

³⁷ "... İlgili madde metninden (m. 13/b-4) de anlaşılacağı üzere, görevlendirmelere ilişkin herhangi bir süre şartı veya kısıtlaması söz konusu değildir. Bu nedenle, dava konusu işlemin, geçici görevlendirme niteliğinde değil; gerekli görülen hallerde, zorunlu ihtiyacın karşılanmasına yönelik bir görevlendirme işlemi olarak kabulü gerekmektedir. Bu durumda, İdare Mahkemesi'nce, kamu kurum ve kuruluşlarının görev alanı içinde yer alan bir hizmeti yürütmek amacıyla ve o hizmetle ilgili konuda uzmanlaşmış kamu görevlilerinin, kadroları üzerlerinde kalmak üzere görevlendirilmeleri mümkün ise de; İstanbul Üniversitesi, Mühendislik Fakültesi, Genel İdari Hizmetleri Sınıfı, Daktilograf kadrosunda görev yapan davacının, Yasa ile öngörülen görevlendirmenin koşulu, hizmetin gerekli kılması durumu olarak kabul edildiği halde, belli bir hizmeti yürütme amacı güdülmeksizin, salt takdir yetkisine dayanılarak, aynı idareye bağlı Hasan Ali Yücel Eğitim Fakültesi'nde görevlendirilmesine ilişkin dava konusu işlemde, hukuka ve mevzuata uyarlık görülmemesi gerekçesine dayanılarak hüküm kurulması gerekirken, kararda; bu gerekçenin yanı sıra, söz konusu görevlendirmenin belirsiz süreli olarak yapılmasında da hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesine de dayanılmış olmasında hukuki isabet bulunmamakta" dir. D2D: 11.04.2018, E. 18/305, K. 18/2505, Danıştay Dergisi, Y. 2018, S. 148, s. 95. Aynı yönde bkz. D2D: 22.03.2018, E. 18/3, K. 18/1912, **kazancı**. D2D: 18.04.2018, E. 18/234, K. 18/2674; D2D: 12.03.2018, E. 18/232, K. 18/1552; D2D: 12.03.2018, E. 18/189, K. 18/1554.

yukarıda yetkinin niteliğini anlatırken açıkladığımız gibi bizce söz konusu yetki, Sekizinci Dairenin kabul ettiği üzere “geçici görevlendirme” yetkisidir.

Danıştay Sekizinci Dairesi, 2547 sayılı Kanun m. 13/b-4’de rektörlere tanınan yetkinin geçici görevlendirme yetkisi olduğu, tesis edilen görevlendirmede süre belirtilmesi gerektiği görüşündedir³⁸. Anılan Daire’ye göre geçici görevlendirme işleminde belli bir süreye yer verilmemesi, süregelen uygulama ile geçici görevlendirmenin nakil (atama) maddesi olarak kullanılması sonucunu doğurur³⁹. Hâlbuki rektörlere tanınan yetki zorunlu ihtiyaç hallerinde ve geçici olarak kullanılabilir. Görevlendirmede herhangi bir süre belirtilmemesi, geçici görevlendirmeyi atamaya dönüştürür. Bu durum “...kamu görevlisinin işgal ettiği kadro görevinden sürekli uzaklaştırılması sonucunu doğuracaktır. Bu şekilde de kamu görevlisinin asıl görevini yerine getirmesi engellenmiş olacaktır.”⁴⁰ Bu engellenmenin ise kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olduğu izahtan varestedir⁴¹.

Danıştay, ihtiyaç devam etse dahi arka arkaya görevlendirme yapılmasını hukuka aykırı bulmaktadır⁴². Örneğin Yüksek Mahkeme, 1 yıl süreyle geçici olarak görevlendirilen bir kişinin, aynı süreyle tekrar

³⁸ D8D: 27.01.2006, E. 05/179, K. 06/250. Benzer kararlar için bkz. D8D: 21.03.2006, E. 05/649, K. 06/1119; D8D: 22.12.2008, E. 07/6341, K. 08/8463.

³⁹ D8D: 17.04.2006, E. 05/1079, K. 06/1582. Ayrıca bkz. D8D: 05.04.2006, E. 05/1085, K. 06/1393; D8D: 28.11.2007, E. 06/4484, K. 07/6447; D8D: 03.12.2007, E. 06/5274, K. 07/6564.

“Yasa ile öngörülen görevlendirmenin koşulu, hizmetin gerekli kılması ve geçici olmasıdır. Geçicilikten kastedilen de belli bir süreyi içermesidir.” D8D: 28.02.2006, E. 05/421, K. 06/771. Aynı yönde kararlar için bkz. D8D: 19.01.2010, E. 07/8688, K. 10/90; D8D: 14.05.2003, E. 02/3345, K. 03/2225, **kazancı**.

⁴⁰ D8D: 21.03.2008, E. 06/6871, K.08/2114.

⁴¹ D8D: 26.01.2007, E. 05/3545, K. 07/264.

⁴² “Selçuk Üniversitesi, Fen Edebiyat Fakültesi, Matematik Bölümünde profesör olarak görev yapan davacının, Karaman İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümündeki Matematik derslerini okutmak ve bölümdeki diğer çalışmalara katkıda bulunmak üzere 2547 sayılı Yasanın 13/b-4 maddesi uyarınca bir yıl süreyle yeniden görevlendirilmesine ilişkin Rektörlüğün 15.02.2006 gün ve 280/1592 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; davacının daha önce 14.2.2005 tarihli Rektörlük işlemiyle bir yıl süreyle aynı kurumda görevlendirildiği, bu sürenin sona ermesi üzerine ise, dava konusu işlemle yeniden bir yıl süreyle görevlendirilmesine ilişkin olayda, ihtiyaç saiki kabul edilse dahi, bu ihtiyacın sürekli olarak davacının görevlendirilmesi suretiyle karşılanmasının, rektöre tanınan yetkinin atama etkisi sonucunu doğurması nedeniyle kabulüne olanak bulunmadığı anlaşıldığından, davacının aynı gerekçeyle yeniden geçici olarak görevlendirilmesine ilişkin işlemde hukuka ayarlık bulunmadığı” D8D: 15.04.2008, E. 07/1794, K. 08/2761. Aynı yönde bkz. D8D: 16.12.2008, E. 07/4572, K. 08/8217.

görevlendirilmesini atama sonucunu doğuracak olması nedeniyle hukuka aykırı bulmuştur⁴³. Yine başka bir olayda da görevlendirmenin 3. kez tekrarlanması, görevlendirmeyi belirsiz süreli hale getireceği ve idarenin süreklilik gösteren hizmetlerinin yerine getirilmesinde, hizmetine ihtiyaç duyduğu personelinin naklen ataması gerektiği gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur⁴⁴.

IV. Görevlendirmenin Hukuki Sonuçları

Görevlendirme işlemi beraberinde; görevlendirmenin personel için kazanılmış hak doğurup doğurmayacağı, personelin yararlanmadığı döner sermaye gelirlerinin kendisine ödenip ödenmeyeceği, görevlendirme nedeniyle manevi tazminata hak kazanılıp kazanılmayacağı ve personele yolluk ödenip ödenmeyeceği sorularının cevaplanması zorunluluğunu getirmektedir. Aşağıda bu hususlar Danıştay içtihatları ışığında incelenmiştir.

A. Görevlendirme personel için kazanılmış hak doğurmaz.

İşlem metnindeki süreyle bağlı olmadan idare 2547 sayılı Kanun m. 13/b-4 uyarınca yaptığı görevlendirmeyi her zaman kaldırabilir. Nitekim Danıştay, personel daire başkanlığı veri hazırlama ve kontrol işletmeni kadrosunda olan davacının, yüksek okulu müdürlüğündeki görevlendirmesinin iptal edilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; kadrosu, dairesi başkanlığında olan ve 2547 sayılı Kanun'un 13/b-4 maddesi uyarınca 2000 yılından itibaren yüksek okulda görevlendirilmiş bulunan davacının, asıl görev yerindeki ihtiyacı karşılamak amacıyla görevlendirme işleminin sona erdirilerek kadro görevine döndürülmesine ilişkin dava konusu işlemde hizmet gereklerine ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden İdare Mahkemesinin kararını onamıştır⁴⁵.

⁴³ D8D, 12.12.2007, E. 06/5232, K. 07/7031.

⁴⁴ D8D: 28.09.2010 E. 08/3704, K. 10/4787.

⁴⁵ D8D: 28.02.2006, E. 05/420, K. 06/772. Ayrıca bkz. D8D: 03.03.2009, E. 08/305, K. 09/1492.

"2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının Rektörün görevlerini belirleyen 13.maddesinin (b) bendinin 4. fıkrasında, "Gerekli gördüğü hallerde üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerde görevli öğretim elemanlarının ve diğer personelin görev yerlerini değiştirmek veya bunlara yeni görevler vermek" kuralına yer verilmiştir. Öğretim elemanları, 2547 sayılı Yasanın öngördüğü yöntem içinde bir üniversite birimi için atanırlar. Atama yöntemindeki özellik ve amaçlar karşısında, temel olarak atandıkları yerde görev yürütecekleri kuşkusuzdur. Gerek bu kurallar ve gerekse 13/b-4 maddesinde öngörülen "gerekli görülme hali"; anılan kuralla gerçekleştirilen, öğretim elemanının ve özellikle öğretim üyesinin belirli bir kadroya veya göreve atanması olgusu, "gerekli durum" giderilinceye kadar süren bir geçicilik içerdiğinde kuşkuyla yer bırakılmamaktadır. Tıp Fakültesi Dekanlığının istemi üzerine 2.1.2003 tarihinde

Mahkeme bir başka kararında ise döner sermaye işletme müdürlüğünün kadroya bağlı bir görev olmadığını, bu görevi ifa etmenin ilgili açısından kazanılmış hak doğurmayacağını, idarenin dosyaya ibraz ettiği belgelerden döner sermaye işletme müdürlüğünün görevlendirme ile yürütüldüğünü ve davacının ifa ettiği döner sermaye işletme müdürlüğü görevinin kendisi için kazanılmış hak doğurmayacağını belirtmiştir⁴⁶.

B. Görevlendirilmesi hukuka aykırı bulunan personel diğer şartları da varsa manevi tazminata hak kazanabilir

Kişinin şahısvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme manevi zarardır. Bu zarar bir idari işlem veya eylemden doğmuşsa kural olarak idari yargıda açılacak tam yargı davası ile tazmin edilir. İdarenin maddi veya manevi tazminata muhatap olması için ortada bir zarar bulunmalı, idarenin bir eylem ve işlemi olmalı ve zarar idarenin bu eylem veya işleminden doğmalıdır (illiyet bağı). Ancak idarenin hukuka aykırı her işlemi hizmet kusuru oluşturmakla birlikte mali sorumluluğunu doğurmayabilir; zira hukuka aykırı bir idari işlemde muhatapın zarar görmemesi olasıdır. Nitekim Danıştay da 2547 sayılı Kanun m. 13/b-4 hükmü uyarınca yapılan atamalarda işlem hukuka aykırı olsa bile ortada bir zarar yoksa açılan tam yargı davasını reddetmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında hemşire olan davacının, Rektörlük oluru ile 2547 sayılı yasanın 13/b-4 maddesi uyarınca geçici bir süre eğitim fakültesi sağlık ünitesinde çalışmak üzere görevlendirilmesine ilişkin işlemin iptali üzerine işlem nedeniyle uğranıldığı belirtilen manevi zararın tazmini istemiyle açılan davayı işlemin davacının kişilik hakkını rencide eden içerik taşımadığı gerekçesiyle reddetmiştir⁴⁷. Ancak aynı Yüksek MAhkeme bir başka kararında, görevlendirme işlemine dayanak gösterilen, davacının görevine ihtiyaç duyulmasının soyut kalması ve görevlendirme işleminin objektif kriterlerden uzak bir şekilde yapılmasını manevi tazminata hükmedilebilmesi için yeterli görmüştür⁴⁸.

Rektörlük kararıyla anılan anabilim dalında geçici olarak görevlendirilen davacının, devam eden süreç içerisinde yeterli öğretim elemanı sağlanması üzerine asıl görevine ve kadrosuna döndürülmesine ilişkin işlemde yasal düzenlemelere ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”
D8D: 27.10.2009, E. 09/2983, K. 09/6053.

⁴⁶ D8D: 26.03.2010, E. 09/3743, K. 10/1452.

⁴⁷ D8D: 10.12.2007, E. 06/5438, K. 07/6898. Ayrıca Bkz. D8D: 10.12.2007, E. 06/5439, K. 07/6897.

⁴⁸ D8D: 08.11.2006, E. 05/2583, K. 06/4129.

C. Döner sermaye ödemelerinin yapılması gerekir

2547 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca döner sermaye işletmesi kurulmuş üniversite birimlerinde gelir getirici faaliyette bulunanlara çeşitli ödemeler yapılmakta olup personelin bu ödemeye hak kazanması fiilen çalışması şartına bağlanmıştır. Danıştay bir kararında geçici görevlendirme işlemi nedeniyle davacının; fiilen görev yapmadığını, bu nedenle diğer öğretim üyelerine dağıtılan döner sermaye katkı payından faydalanmasına imkân bulunmadığına hükmetmiştir⁴⁹. Ancak Danıştay diğer bir kısım kararında yine fiili çalışmaya vurgu yapmış olmakla birlikte çalışmamanın davacıdan kaynaklanmadığı gerekçesiyle yoksun kalınan döner sermaye ödemelerinin yapılmasına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre "Her ne kadar 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun "Döner Sermaye" başlıklı 58. maddesinde, döner sermayenin fiilen çalışarak katkıda bulunan personel arasında paylaştırılacağı açıkça belirtilmiş ise de, davalı idarece tesis edilen işlemin yargı kararı ile iptal edildiği ve fiilen bu görevi yapamamasının davacının kendi kusurundan kaynaklanmadığı gözönünde bulundurulduğunda" ödememe işlemi hukuka aykırıdır⁵⁰. Konuyla ilgili olarak verilen bir içtihadı birleştirme kararı da idarenin sorumluluğu ve mahkeme kararlarının uygulanması yükümlülüğünden yola çıkarak aynı sonuca varmıştır⁵¹.

⁴⁹ D8D: 13.06.2007, E. 06/3341, K. 07/3691.

⁵⁰ D8D: 19.11.2007, E. 07/5461, K. 07/6104. Aynı yönde bkz. D8D: 19.01.2009, E. 07/5866, K. 09/330.

"... Anılan Yasa hükmü (2547 sayılı Kanun m. 58) uyarınca döner sermaye katkı payı ödenmesinde fiilen çalışma esas alınsa da, idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle fiilen çalışması engellenmiş olan davacıya yapılan ödemenin maddi tazminat niteliğinde olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu durumda, davacının açıkta kaldığı sürede fiilen katkısının bulunmadığından bahisle, sonuç olarak döner sermaye katkı payı ödenmemesi gerektiğine ilişkin Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir." D8D: 22.12.2008, E. 07/6341, K. 08/8463. Benzer bir karar için bkz. D8D: 22.12.2008, E. 07/7502, K. 08/8466.

⁵¹ "Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde ise, "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" kuralına yer verilmiştir. Bir idari işlemin yargı kararıyla iptal edilmesi halinde, söz konusu kararın, dava konusu işlemin tesis edilmesi sırasında unsurlarında bulunan sakatlıkları saptadığı, işlemi yapıldığı andan başlayarak ortadan kaldırdığı, bu özelliği nedeniyle geriye yürüten sonuçlar doğurduğu, başka bir anlatımla, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliliğini sağladığı idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. İdare, iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem ya da işlemler yapmak, iptal edilen idari işlemlen doğan tüm sonuçları ortadan kaldırmak ve önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamakla yükümlü olup, iptal edilen işlem nedeniyle uğranılan zararların tazmini de bu

D. Görev yeri değişen personele harcırah ödenip ödenmeyeceği

Görev yeri değişen kamu görevlisinin bu işlem nedeniyle belli bir külfetle karşı karşıya kalacak olması ve kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bu külfetin kamu ile paylaşılması amacıyla kamu görevlisine harcırah ödenmesi kabul edilmiştir⁵². Danıştay'a göre 2547 sayılı Kanun'un 13/b-4 maddesiyle rektörlere tanınan yetki naklen atamalarda kullanılamayacak olup, maddeye istianiden gerçekleştirilen işlemlerin geçici görevlendirme niteliğinde olması nedeniyle söz konusu işlemlerden dolayı 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine göre geçici görev yolluğunun ödenmesi gerekir⁵³. Yüksek Mahkeme bir başka kararında da Siverek Meslek Yüksekokulu'nda Türk Dili Okutmanı olarak görev yapan davacının 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13/b-4 maddesi gereğince Harran Üniversitesi Türk Dili Bölüm Başkanlığında görevlendirilmesine ilişkin işlemden dolayı yolluk ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin; 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 14. maddesi gereği bir vazifenin ifası maksadıyla geçici görevlendirilen davacıya bu madde kapsamında geçici görev yolluğu verilmesi gerektiğinden aksi yönde kurulan işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptali ve söz konusu yolluğun yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmesi yolunda Şanlıurfa İdare Mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir⁵⁴.

*kapsamda yer almaktadır. Dolayısıyla, hukuka aykırılığı yargı kararıyla saptanarak iptal edilen işlem nedeniyle fiilen bu görevi yapmadığı açık olan davacıların, bu işlem sonucu uğradığı zararların davalı idarece tazmini, Anayasa hükmü gereğidir. Bu nedenle, ilgililerin "fiilen" çalışmaması hukuka aykırı bulunan işlemden kaynaklandığından ve iptal edilen hukuka aykırı işlem sonucu tüm maddi hakların ödenmesi yukarıda değinilen Anayasa hükmü ve idare hukuku ilkesi gereği olduğundan, döner sermaye ek ödemesinin de yoksun kalman bir parasal hak olarak, uğranılan zarara karşılık idarece tazmini gerektiği açıktır. Her ne kadar 209 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayanılarak hazırlanan 12.05.2006 tarih ve 26166 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik'in yürürlükte bulunan 5. maddesinde; döner sermaye ek ödemesinin, personelin kurum ve kuruluşa fiilen katkı sağladığı süreçte verilebileceği kuralı yer almakta ise de, söz konusu düzenlemenin, normal işleyiş içerisinde anılan gelirlerin dağılımına ilişkin düzenleme içerdiği, bu ek ödemeden yararlanan kişinin hukuka aykırı bir işlemle ek ödeme gelirinden mahrum bırakılması ve bu hukuka aykırılığın sonradan yargı kararlarıyla giderilmesi halini öngörmediği açıktır." DİBGK: 12.12.2018, E. 13/2, K. 18/3, **kazancı**.*

⁵² YAVUZDOĞAN, s. 267. Aynı yönde bir görüş için bkz. PINAR, s. 57.

⁵³ D5D: 31.05.2010, E. 08/2314, K. 10/3766.

⁵⁴ D5D: 31.05.2010, E. 08/3464, K. 10/3773. Aynı yönde bkz. D5D: 28.04.2010, E. 08/1953, K. 10/2787.

Sonuç:

Kural kamu görevlisinin kadrosunun bulunduğu yerde çalışmasıdır. Zira kadro kamu hizmetinin ifası için kadroyu işgal eden personelin hizmetine ihtiyaç olduğu anlamına gelir. Bu nedenle kamu görevlisinin kadrosunun bulunduğu yerden başka bir yerde çalıştırılması sonucunu doğuran geçici görevlendirme ancak zorunlu ve istisnai hallerde, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda yapılabilir.

Hukuk devletinin gereği ve Danıştay'ın yerleşik içtihadı uyarınca idarenin takdir yetkisi sınırsız değildir. Mevzuatta sebep unsurunun muğlak ifadelerle belirtildiği veya sebep unsurunun hiç belirtilmediği hallerde dahi idarenin sahip olduğu takdir yetkisi kamu yararı ve hizmeti gerekleri ile sınırlıdır. Danıştay'ın, inceleme konusu hükme istinaden tesis edilen işlemlerin yargısal denetiminde vermiş olduğu kararlarında büyük ölçüde istikrar sağladığı görülmektedir. Danıştay içtihadına göre Kanun'un 13/b-4 maddesi uyarınca başka bir yerde görevlendirilen üniversite personelinin bu görevlendirme işleminin hukuka uygun olması, diğer bir ifadeyle idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin hukuka uygun kullanıldığıının kabul edilebilmesi; 1) personele görevlendirmenin yapıldığı birimde ihtiyaç duyulması, personelin uzmanlığının o birimde görev yapmaya uygun olması ve bu ihtiyacın somut ve nesnel gerekçelerle ortaya konmasına, 2) görevlendirmenin, geçici olduğu göz önünde bulundurularak, belirli bir süreyle sınırlandırılmasına bağlıdır.

Her ne kadar kanun boşluğu Danıştay içtihatları ile giderilmişse de meslek olarak ifa edilen dar anlamda kamu görevliliğinde güvenceye en ziyade ihtiyaç duyulan konular idare tarafından resen yer ve görev değişikliği ile emekliye sevk işlemleridir⁵⁵. Bu açıdan geçici görevlendirme kurumunun usul ve esaslarının kanunla düzenlenmesi memur güvencesi açısından bir gerekliliktir⁵⁶.

⁵⁵ AZRAK, s. 7.

⁵⁶ KAYA, s. 138.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar – SEZGİNER, Murat – KAYA Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- ATAY, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- AZRAK, A. Ülkü: “Hukuk Devleti Açısından Memurların Mesleki Güvenceleri”, in. **Kamu Personeli Sorunları, İdare Hukuku Sempozyumu**, Eskişehir 2003.
- ÇINARLI, Serkan - ÇELİKTAŞ Özge: “Bölge İdare Mahkemesi (İstinaf) Kararları Işığında Devlet Memurlarının Geçici Görevlendirmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 143.
- Devlet Memurları El Kitabı**, 3. Bası, Ankara 1987.
- GİRİTLİ, İsmet: **Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983.
- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, Cilt II, 3. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref – TAN, Turgut: **İdare Hukuku** Cilt I, 9. Bası, Ankara 2013.
- GÜLER, B. Ayman: **Kamu Personeli Sistem ve Yönetim**, İmge Kitabevi, Ankara 2005.
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, 10 Bası, Ankara 2013.
- KAYA, Cemil: “Danıştay kararları Işığında Kurumlar Arası ve Kurum İçi Geçici Süreli Görevlendirme”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, C. 6, S. 1-2.
- PINAR, İbrahim: **Harcırah Kanunu**, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.
- YAŞAR H. Nuri: **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2014.
- YAVUZDOĞAN, Seçkin: **Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE HATA (TCK m.30/3)

Ali Tanju SARIGÜL*

ÖZ

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında ya da sınırında olabilmektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın bu ayırım gözetilmeksizin 5237 sayılı TCK'nın 30/3 maddesinde "ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler" başlığı altında düzenlendiğini ve aynı ceza sorumluluğunu gerektirecek şekilde hüküm altına alındığını görmekteyiz. Hatanın kaçınılmaz olması durumunda failin hatasından yararlanacağı belirtilmiş, kaçınılabılır olması durumuna ise bir hukuki sonuç bağlanmamıştır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılıya düşülmesi durumunda söz konusu olan hata, failin tasavvuruna ilişkindir. Bu nedenle tipiklikte unsur hatası ile benzerlik gösterir ve kastı ortadan kaldırır. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hata durumunda ise, fail eyleminin hukuk düzeninin izin verdiği konusunda yanılıya düştüğünden, haksızlık yanılısı gibi kusurluluğu etkileyen bir etkileyen bir hata söz konusudur.

TCK m.27/1'de ise hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halindeki ceza sorumluluğu düzenlenmektedir. Bu düzenleme hatanın maddi unsur ya da izin normunda olması dikkate alınarak kastı ya da kusurluluğu etkileyebilmektedir.

***Anahtar Kelimeler:** Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata, Maddi Koşullarda Hata, Haksızlık Yanılısı, Kusur Teorisi, Kaçınılmazlık.*

ERROR IN THE CAUSES OF THE COMPLIANCE WITH LAWS (TURKISH PENAL CODE ART. 30/3)

ABSTRACT

Error in the causes of compliance with laws may be in the objective conditions of the causes or in the presence or in the limit of the causes of compliance with laws.

* **Dr. Öğr.Üyesi,** Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **E-posta:** atanju.sarigul @ hku.edu.tr

ORCID ID: 0000-0002-4112-0311

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775422

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 06/02/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 20/07/2020

We see that the error in the causes of compliance with the law is regulated under the title “which remove or reduce the criminal liabilities” in Article 30/3 of the Turkish Penal Code (Law No.5237) without distinction and requires the same criminal responsibility. If the error is inevitable, it is stated that the perpetrator will benefit from the error; and if it is avoidable, there is no legal result.

In the objective conditions of the causes of the compliance with law, the error relates to the intention of the perpetrator. Therefore, it is similar to the error of the objective element in typeness and removes the intent. In the event of an error in the presence of causes of compliance with the law, the perpetrator was mistaken in the fact that the legal order of the offense allowed. Herewith, there is an error affecting the culpability, such as injustice error.

In Article 27/1 of the Turkish Penal Code, criminal liability is regulated in case of exceeding the limit without intent for causes of compliance with the law. This regulation is to be able to affect intent or culpability, taking into account whether the error is in the objective element or the norm of permits.

Key Words: *Error of causes of compliance with the law; error of the objective elements; injustice error; the culpability theory; inevitable.*

GİRİŞ

TCK'daki düzenlemeye göre kastı kaldıran hata; suçun maddi unsurlarında (m.30/1), nitelikli unsurlarında (m.30/2) ya da hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında (m.30/3) olabilir. Hata kavramını ve kastı kaldıran hata hallerinden ilkinin teşkil eden suçun maddi unsurlarında hata konusunu önceki makalemizde incelemeye çalışmıştık¹.

Makalemizin konusunu, kapsamının genişliği nedeniyle önceki makalede ele alamadığımız ve kastı kaldıran hatalardan bir diğeri olan hukuka uygunluk nedenlerinde hata konusu teşkil etmektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata konusunu alt başlıklara ayırmak suretiyle incelediğimizde, öğretide en tartışmalı alanın hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda olduğunu görmekteyiz. Bu konu Alman Ceza Hukukunda hüküm bulunmaması nedeniyle tipiklikteki unsur hatası hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle çözüme kavuşturulmuştur.

¹ SARIGÜL, s.663-693.

Türk Ceza Kanunu'nda ise, Alman Hukukunun aksine normatif düzenleme bulunmaktadır. Ancak bu düzenleme öğretide farklı görüşlerin oluşmasına engel olamamıştır. Makalemizde Alman öğretisindeki katı kusur, suçun olumsuz unsurları ve sınırlı kusur teorileri kapsamında bu hukuki soruna yönelik bir analiz yapılmaya çalışılmıştır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında ve sınırlarında hata konusu ise makalemizin diğer alt başlıklarını oluşturmaktadır. Alman Hukukunda izin hatası olarak nitelendirilen bu hata hallerinde fail, hukuka uygunluk nedeninin mevcut zannetmekte ya da sınırlarını olduğundan geniş kabul ederek, hareketini gerçekleştirmektedir.

Hata konusundaki diğer başlık olan “haksızlık yanılığı” konusunu ise kapsamının genişliği dikkate alınarak bir sonraki çalışmada incelemeyi düşündüğümüzden, bu çalışmanın dışında bıraktık.

Hata konusunda kavramsal konularda tekrara düşmemek için, önceki makalede değinilmiş olan konular yeniden irdelenmeyecek, atıfla yetinilecektir.

I. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Nedenlerde Hata (m.30/3)

TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrası “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” düzenlemesini içermektedir.

Düzenlemedeki koşullar ile kastedilenin maddi koşullar olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebeplerin maddi koşullarında hata Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, bu yönüyle Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme ile farklılık göstermektedir².

Madde başlığı dikkate alındığında “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin*” neler olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Kanun'un birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünde düzenlenen söz konusu nedenler incelendiğinde; meşru savunma ve zorunluluk hali (m.25), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (m.26) ve kanun hükmünü icra

² Alman Ceza Kanunu'nda (*Strafgesetzbuch-StGB*); 16. maddede “*suç tipindeki unsurlarda hata (Irrtum über Tatumstände)*”, 17. maddede ise “*yasak hatası (Verbotsirrtum)*” düzenlenmiştir. Ancak bu konu hataya ilişkin düzenleme içinde yer almamaktadır.

(m.24) gibi bazı hukuka uygunluk nedenlerinin sayıldığı, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik, sarhoşluk ve uyuşturucu madde gibi isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenlere ve bunların yanında kusurluluğu kaldıran (m.28; m.30/4) ya da etkileyen nedenlere (m.29) yer verildiği görülmektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerin aynı madde altında düzenlenmesi nedeniyle, kanunun lafzi ve sistematik yorumu dikkate alındığında aynı hukuki sonucun doğmasını gerektirecektir.

Ancak makalede aşağıda da değinileceği üzere hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın hukuki niteliği ve dolayısıyla hukuki sonucu öğretide tartışmalıdır. İlk bakışta düzenleme açık görülebilir. Kanun koyucu hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında kaçınılmaz hataya düşülmesi durumunda, aynı cezai sorumluluğu kaldıran nedenlerde olduğu gibi bu hatasından yararlanacağını öngörmekle birlikte, buna bağlanan sonucun ne olduğu, bu hatanın kast üzerinde mi etkili olacağı, yoksa kusurluluğu mu ortadan kaldıracığı tartışmalıdır. Uygulanacak yorum hukuki sonucun ve uygulanacak kanun maddesinin bile farklı olmasına neden olacak niteliktedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın kasıt üzerinde etkili olduğu sonucuna vardığımız takdirde 30. maddenin 1. fıkrası uyarınca uygulama yapılacak, suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin ceza sorumluluğu ile aynı hukuki sonuca ulaşılabilecektir. Kasıt değil de kusur üzerinde etkili olduğu, dolayısıyla hatanın kaçınılmaz olması halinde kusurluluğun ortadan kalkacağı sonucuna vardığımız takdirde ise haksızlık yanılığını (yasak yanılığını)³ düzenleyen 30.maddenin 4. fıkrasının uygulanmasını gerektirecektir⁴.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223.maddesi incelendiğinde hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplere bağlanan hukuki sonuçların farklı olduğu görülmektedir. Yapılan yargılama sonucunda hukuka uygunluk sebepleri bulunduğuna karar verildiği takdirde beraat kararı verilecek, kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden birisinin bulunduğuna ilişkin bir yargıya varılması durumunda ise verilecek karar beraat kararı değil, ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar olacaktır⁵.

³ Haksızlık yanılığını Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde "yasak yanılığını" başlığı altında düzenlenmiştir.

⁴ Aynı yönde GÖKTÜRK, (2014), s. 8.

⁵ KEÇELİOĞLU, (2010), s.317-318.

Ezcümle, yargılama sonucu verilecek hükmün bile farklı olduğu dikkate alındığında düzenlemenin sorun doğurabileceği açıktır.

Diğer taraftan niteliği gereği kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi koşullarında yanılma konusunda açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunup bulunmadığı da ayrı bir tartışma konusudur. Örneğin zorunluluk halinin koşulları konusunda hataya düşen kişinin ceza sorumluluğu m.30/3'deki düzenleme bulunmadığı takdirde nasıl çözümlenirdi?

Böyle bir düzenleme bulunmasa idi, kanaatimizce kusur teorisi kapsamında, somut vakada haksızlığın mevcut olduğu, ancak hatanın kaçınılmaz olması halinde failin bu hatasından faydalanacağı sonucuna varılabildiği⁶.

Öğretide kusurluluğa ilişkin tüm nedenleri kapsayacak şekilde sadece kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler ibaresi kullanıldığı gibi⁷, kusurluluğu kaldıran sebeplerin yanında haklı olarak “kusurluluğu azaltan sebepler” kavramına da yer verildiği görülmektedir⁸.

Alman Ceza Kanunundan farklılık arz eden Hükümet Tasarısının 23/3. maddesinin gerekçesi incelendiğinde; madde başlığı ile uyumsuz olacak şekilde “*kendisine kusur olarak isnadı mümkün olmayan bir hata dolayısıyla hukuka uygunluk nedenine ait koşullara uyduğunu sanan kimseye ceza verilmez*” şeklindedir. Gerekçenin sadece hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarına ilişkin hataya işaret ettiği, ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlere ilişkin bir açıklamada bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenlerin aynı bölümde düzenlenmesine ilişkin Özgenç'in; “*TBMM Adalet Alt Komisyonunda yürütülen yeni TCK'ya ilişkin çalışmalar sırasında, bu kısımda birisi “hukuka uygunluk nedenleri”, diğeri ise “kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan neden” olarak bu ikinci bölümde yer alması yönünde öneride bulunmamıza rağmen, siyasi irade tarafından bu Bölüm içinde bulunan 24, 25 ve 26. maddelerin konseptinde değişiklik yapılması uygun bulunmamıştır. Bu durum karşısında hiç olmazsa bölüm başlığının “hukuka uygunluk nedenleri” değil de “ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenler” olarak değiştirilmesi yönünde bulunduğumuz ikinci öneri kabul görerek, söz konusu*

⁶ GÖKTÜRK, (2014), s.9; DEĞİRMENCİ, s.162.

⁷ KEÇELİOĞLU, (2010), s.299 vd.

⁸ ÖZGENÇ, (2019), s.484.

bölüm başlığı değiştirilmiştir”. şeklindeki açıklamalarının da kanun koyucunun sübjektif yorumu bakımından dikkate alınması gerektiğini düşünmekteyiz⁹.

Düzenlemeye ilişkin m.30/3’de hukuka uygunluk nedenlerinin ve kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin maddi koşullarında bir ayrıma gidilmemiş olmasının, Kanun koyucu tarafından, her iki hata durumunun kusurluluk kapsamında değerlendirilmesinin irade edilmesinin bir sonucu olduğu da ifade edilmektedir¹⁰.

Kanun koyucunun hukuka uygunluk nedenlerini “katı kusur teorisi”¹¹ kapsamında kastın kapsamına dahil etmediği, kusurluluğun tespiti ile ceza sorumluluğunun tespitinin amaçlandığı düşünülebilir mi?

Madde gerekçesinde; “*somut olayda söz konusu nedenlerin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise kişi işlediği fiilden sorumlu tutulacak ve fakat bu hata temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.*” denmektedir¹².

Gerekçeye göre, kaçınılmaz bir hata söz konusu ise kişi kusurlu kabul edilmeyecek, dolayısıyla herhangi bir cezai sorumluluk doğmayacaktır. Hatanın kusurluluğu azaltan nedenlere ilişkin ve kaçınılmaz olması halinde ise, haksız tahrik örneğinde olduğu gibi, hükmolunacak cezada haksız tahrik hükümleri çerçevesinde cezada indirim yapılacaktır. Kusurluluğu azaltan nedenlere ilişkin kaçınılabılır hata durumunda (Kanun’un gerekçesinden farklı olarak) kişi hatasından istifade edemeyecektir¹³. Hatanın hukuka uygunluk nedenleri ya

⁹ ÖZGENÇ, (2019), s.322.

¹⁰ KEÇELİOĞLU, (2010), s.315.

¹¹ *Die strenge Schuldtheorie*

¹² 30. maddenin gerekçesi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (erişim tarihi: 30.12.2019)

¹³ YCGK, 7.11.2019, E.2018/1-27, K.2019/644. “Ceza sorumluluğunu azaltan nedenlerden olan haksız tahrikin varlığı konusunda da hataya düşülebilir. *Haksız tahrikin varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşen fail haksız tahrik hükmünden yararlanacaktır. Fakat burada hatanın kaçınılmaz olması zorunludur. Buna karşılık, hata kaçınılabılır bir hata ise, yani failin kişisel özellikleri göz önüne alındığında, daha dikkatli ve özenli davranması durumunda hatasından kaçınabileceyse başka bir anlatımla hata meydana gelmeyecekse artık haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır.*

Öğretide bu konuya ilişkin olarak; “... örneğin, kendisine köy kahvesinde küfür eden B’yi kahve çıkışında dövmek için geçeceği yol üzerinde bekler. Yoldan geçenin görünüşü olarak B’ye çok benzeyen C olduğunu gece karanlığının da etkisiyle fark etmeyip ona sopyayla birkaç

da kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin olması durumunda ise temel cezanın tayininde dikkate alınacaktır.

Katı kusur teorisi koşullarda yanılmayı yasak hatası kapsamında görmektedir¹⁴. Madde metninde gerekçede olduğu gibi kaçınılabilir bir hatada cezanın indirilmesinin askıda bırakılması, herhangi bir sonuca bağlanmaması kanun metninin daha katı yorumlanmasına götürebilecek niteliktedir¹⁵. Alman öğretisinde güncelliğini yitirmiş ve ceza adaleti bakımından eleştirilen bu yorum¹⁶ Türk Hukuk öğretisinde de benimsenmemiş, aşağıda da değinileceği üzere sınırlı kusur teorisi ya da unsur yanılıgısı kapsamında çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷.

Sonuç olarak; birbirinden farklı kurumların aynı başlık altında toplanması, aynı hukuki sonucun doğmasını gerektirdiğinden, hata ile ilgili hükmün yorumlanmasında ve uygulamasında güçlülere yol açacak niteliktedir¹⁸.

Söz konusu sonuç; hatanın kaçınılmaz olması halinde kişinin hatasından yararlanmasıdır. Hatanın kaçınılmaz olması halinde, hata hukuka uygunluk nedenine ilişkin ise, suç oluşmayacak, ceza sorumluluğunu kaldıran/azaltan nedenlere ait ise ceza verilmeyecek ya da azaltılacaktır¹⁹.

kez vursa kaçınılmaz bir hata içinde olduğu kabul edilebilirse A haksız tahrik hükmünden yararlanabilecektir. Ancak gerekli özeni gösterseydi gece de olsa yoldan geçenin C olduğunu fark edebilecek idiyse artık tahrikten yararlanamaz...(Veli Özer ÖzbeK, Ceza Hukuku Dergisi, sayı 7, Türk Ceza Hukukunda Hata, s. 93. Kusurluluğu azaltan bir nedenin maddi koşullarında hataya düşülmüşse (örneğın, haksız tahrik, ...m.29), kişi yanılıgısı kaçınılmaz nitelikteyse bundan istifade eder ve ilgili kusurluluğu azaltan hâlden faydalanır. Bununla birlikte, hatası kaçınılabilir mahiyette ise, artık kusurluluğu azaltan sebepten faydalanamaz” (M.E. Artuk-A. Gökçen-A.C. Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, s. 531.) şeklinde görüşlere yer verilmiştir....**sanığın bu hatasının kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığı, sanığın TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususundaki hata hükmünden yararlanamayacağı kabul edilmelidir”** şeklinde gerekçeyle Yargıtay CGK somut olayda kusurluluğu azaltan nedenlerdeki hatanın kaçınılmaz olmaması, yani kaçınılabilir olması durumunda hatadan yararlanamayacağı sonucuna varmıştır.

¹⁴ SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB § 16 Rn. 15; JOEKS, StGB § 16 Rn. 129.

¹⁵ Aynı yönde ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.427.

¹⁶ SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB § 16 Rn. 15; ERMAN, s.310; TOPRAK, s.41.

¹⁷ ÖZGENÇ, (2006), s.421; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.300; DEĞİRMENCİ, s.176; ERMAN, s.338.

¹⁸ GÜNGÖR, s.162; KEÇELİOĞLU,(2010), s.315 vd.

¹⁹ DEĞİRMENCİ, s.162.

A. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (m.30/3)

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata, bu nedenlerin koşullarında, varlığında veya kapsamında olmak üzere üç şekilde ortaya çıkabilmektedir. Ancak yukarıda da kısmen değindiğimiz üzere hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın hukuki niteliğine ilişkin çıkarım, farklı hukuki sonuçlara gitmemize neden olmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenleri Kanunda ayrı bölüm olarak değil, “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki niteliği konusundaki tereddütlerin yanı sıra, konunun temel noktası olan hukuka uygunluk nedenlerinin neler olduğu konusunda öğretilerde farklı görüşler doğmasına neden olmuştur. Hukuka uygunluk nedenlerinin sistematik yeri ve yer alan düzenlemenin semantik yorumu hukuka uygunluk nedenlerini tespit ederken referans noktası olarak kullanılmıştır²⁰.

Öğretilerde, kanunun emrini icra (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması(m.26/1) ve ilgilinin rızasının (m.26/2) hukuka uygunluk nedenleri olduğu kabul edilmektedir. Buna karşın amirin emrini icra (m.24/2) ve zorunluluk halinin (m.26) hukuka uygunluk nedeni olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu iki nedeni “*kusurluluğu kaldıran bir neden*” olarak nitelendirirken²¹, bazı yazarlar “*hukuka uygunluk nedeni*” olarak nitelendirmektedir²².

Yargıtay kararlarında da Ceza Muhakemesi Kanunda (m.223/3) “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmesini gerektirecek nedenler arasında sayılması dikkate alınmak suretiyle bu iki neden kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak kabul edilmektedir²³.

²⁰ DEĞİRMENCİ, s.165.

²¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.272 vd; ÖZGENÇ, (2006), s. 244; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.567; AKBULUT, s.545, 574.

²² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.293; DEMİRBAŞ, s.276, 296; ÖZTÜRK/ERDEM, s.260 vd.

²³ Y.13. CD, 11.11.2014, E.2014/9942, K.2014/31481. “Olay günü çok sayıda kişinin karıştığı kavgada bıçakla yaralanan arkadaşı İ.ı hastaneye yetiştirmek amacıyla ekip aracını çalan sanığın arkadaşını hastaneye götürdüğü, aracın da kolluk kuvvetleri tarafından hemen acil servis önünde bulunduğu anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK’nın 147. maddesinde düzenlenen “*zorunluluk hali*” kapsamında kaldığı, bu nedenle sanık hakkında *CMK’nın 223/3-b bendi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi gerekirken, hukuka uygunluk nedeni bulunduğu bahisle yazılı şekilde*

Ceza sorumluluğuna etkisinin tespitinde hukuki nitelendirmenin mutlak belirleyici bir ölçüt olduğu şüphe dışında olmakla birlikte, makalenin konusu ve kapsamı itibarıyla hukuka uygunluk nedenlerinin tahdidi tasnifi ayrıntılı bir analizi gerektirdiğinden, makalemizin sınırlı çerçevesinin dışında tutulmuştur.

Hukuka uygunluk nedenlerinin Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerdeki düzenlemelerinden ibaret olmadığını belirtmekte fayda görmektediriz.

Hukuka uygunluk sebepleri Ceza Kanunu dışında bir kanundan kaynaklanabileceği gibi, bir davranışa idare hukuku ya da özel hukuk alanında da izin verilmiş olabilir. Hukuk düzeninin bütünlüğü ve ihlal edilmezliği ilkesi uyarınca Ceza Kanunu dışında düzenlenmiş olması, hukuki niteliğini değiştirmez ve bu söz konusu davranış Ceza Kanununa yasaklanamaz²⁴.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata, maddi koşullarında, varlığında ya da sınırlarında olabilmektedir. Bir hukuka uygunluk nedeninin aynı unsur hatasında olduğu gibi koşulları hatalı kabul edilebilir veya hukuk düzeninde mevcut olmayan bir hukuka uygunluk nedeni var zannedilebilir ya da hukuka uygunluk sebebinin sınırında hata yapılabilir²⁵.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata²⁶ halinde, failin hatası, maddi bir hususa dairdir²⁷. Bu bakımdan, unsur hatası ile ortak bir noktaya sahiptir. Her iki hata türünde de, fail için geçerli olan hukuk normlarına değil, maddi vakıalara ilişkin bir yanılma söz konusudur²⁸.

Alman Ceza Hukukunda öğretilerdeki ağırlıklı görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda yapısal ve nesnel anlamda suçun maddi koşullarında hatayla²⁹ örtüştüğünden sınırlı

beraat kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiş, katılan vekilinin temyiz istemi bu bakımdan yerinde görülmesi olduğundan, hükmün açıklanan nedenle tebliğnameye aykırı olarak BOZULMASINA” ; aynı yönde Y.15.CD, 4.11.2015, E.2015/7261, K.2015/30817.

²⁴ JÜNEMANN, s. 279 vd.(Çeviren İlker Tepe); aynı yönde DEĞİRMENCİ, s.165.

²⁵ KOCA, s.94.

²⁶ *Erlaubnistatbestandsirrtum; Erlaubnissachverhaltsirrtum; Erlaubnistatumstandsirrtum.*

Öğretilerde “*Erlaubnissachverhaltsirrtum*” kavramının en doğru nitelermeye sahip olduğu, burada hukuka uygunluk koşullarına ilişkin bir olgunun (*Sachverhalt*) tasavvur edildiği ifade edilmektedir. (BOCK, s.370)

²⁷ HÖFLICH/WELLER s.97; FREUND, s.291-292; HEINRICH, 175; GROPP, s.478- 479.

²⁸ PUPPE, StGB § 16, Rn.156; ERMAN, s.277.

²⁹ *Tatbestandsirrtum*

kusur teorisi³⁰ çerçevesinde aynı hüküm (Alman Ceza Kanunu m.16 I) uygulanmaktadır³¹. Bu görüşün temelini failin hukuka aykırılık kastının³² bulunmaması oluşturmaktadır³³. Fail maddi koşullarda yanıldığı zaman, aslında hukuk düzenine bağlı kalmaktadır. Diğer taraftan Alman Ceza Kanunu m.16 I maddesinin sadece unsur hatalarında uygulanacağına dair bir sınırlama getirilmemiştir. Ayrıca yapılan kıyasın failin lehine olması nedeniyle de hukuk düzeniyle çelişmeyeceği vurgulanmaktadır³⁴.

Hukuka uygunluk nedeninin varlığı veya sınırları konusunda hataya düşülmesi ise Alman öğretisinde izin hatası³⁵ olarak nitelendirilmektedir. Burada hata halinde fail, hukuka uygunluk nedenini mevcut zannetmekte ya da sınırlarını olduğundan geniş kabul ederek, hareketini gerçekleştirmektedir³⁶.

İzin hatasının, Alman öğretisinde ağırlıklı görüşe göre Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesi kapsamında yasak hatası olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁷. İzin hatası, hukuki değerlendirme hatası olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla kasıtlı değil, haksızlık bilinci ile ilintili olduğu ve bu nedenle kusurluluğu ortadan kaldıran bir durum olarak değerlendirmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Bu kabulden hareketle ceza sorumluluğunun kalkması için, failin hatasının kaçınılmaz olması şarttır³⁸. Aksi durumda, yani hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise Alman Ceza Kanunu'nun 49/1.maddesinde düzenlenen ve kanunun cevaz verdiği durumlarda indirimin esaslarını düzenleyen hükmü gereğince ihtiyari bir ceza indirimi söz konusu olacaktır³⁹.

³⁰ *Eingeschränkte Schuldtheorie*

³¹ KINDHAUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, StGB § 16, Rn. 137; JOEKS, StGB § 16 Rn.127; HÖFLICH/WELLER, s.97; SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB § 16 Rn.16-18.

BGHSt 3, 105 (106ff); 194 (196); BGH NStZ 2001, 530 (531); 2004, 204 (205); NStZ-RR 2002, 37.

³² *Vorsatzunrecht*

³³ KINDHAUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, StGB § 16, Rn. 137.

³⁴ HEINRICH, s.183.

³⁵ *Erlaubnisirrtum*

³⁶ HEINRICH, s.194.

³⁷ HÖFLICH/WELLER, s.97.

³⁸ HEINRICH, s.195-196.

³⁹ HÖFLICH/WELLER, s.97.

aa. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Varlığında Yanılma

Fail, gerçekte hukuk düzeninin kabul etmediği bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu sanarak hareket etmektedir. Burada hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında bir yanılma söz konusu olmayıp, fail hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda ya da sınırlarında yanılığın içindedir. Failin hukuken geçerli olmayan bir rıza açıklamasını geçerli telakki etmesi durumunda izin normunun varlığında hata söz konusudur⁴⁰. Mesleğe yeni başlayan bir doktorun ötanazinin Türk Hukuk sisteminde bir hukuka uygunluk nedeni olduğu düşüncesi ile amansız bir hastalığa yakalanan hastasının yaşam desteğini sona erdirmesi izin normunda yanılmaya, tedip hakkının etkili eylemde bulunma hakkını verdiğini düşünen ebeveynin bu yöndeki davranışı, izin normunun sınırlarında yanılmaya örnek gösterilebilir⁴¹.

“Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında yanılma”, sınırın aşılması şeklinde tezahür eden “hukuka uygunluk nedenlerinin sınırı konusunda yanılma” ile birlikte aslında yürürlükte bulunan hukuk normlarının bilinmemesine ya da sınırlarının yanlış bilinmesine dayanmaktadır. Fail burada izin normu olduğunu sanarak ya da izin normunun sınırını daha geniş yorumladığı için yanılığın içindedir.

Alman ve Türk Ceza Kanunlarında düzenlenmemiş bulunan ve “dolaylı”⁴² ya da “somut”⁴³ yasak yanılığının nitelenen bu yanılığın şeklinde; yasak yanılığısından farklı olarak fail hareketinin suç oluşturduğunu bilmekte, ancak hukuka uygunluk nedeninin varlığı nedeniyle eyleminin hukuka aykırı olmaktan çıktığını düşünmektedir⁴⁴.

Uygulamada hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile izin hatası karıştırılabilmektedir. Öncelikle unsur hatasında olduğu gibi, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının betimleyici ya da normatif unsurlarına ilişkin olabilmektedir. Salt hukuka uygunluk nedeninin normatif unsuruna ilişkin olduğu için yasak hatası olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴⁵.

⁴⁰ KINDHAUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, StGB § 228, Rn. 113-115.

⁴¹ DEĞİRMENCİ, s.168.

⁴² *İndirekter Verbotsirrtum*; JOEKS, StGB § 17, Rn.32-33; HEINRICH, s.195; FREUND, s.291.

⁴³ KOCA, s.95; HEINRICH, Kn.1142, KOCA/ ÜZÜLMEZ, s.367.

⁴⁴ JOEKS, StGB § 17, Rn.33; TOPRAK, s.43-44.

⁴⁵ ERMAN, s.282.

Burada izin normunda mı, yoksa maddi koşullarında mı hataya düşüldüğünün tespiti için, failin hatasının maddi koşullardaki bilgisizlikten kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti gerekmektedir. Failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanıldığıнын söylenebilmesi için maddi vakıaların tasavvurunda yanılığa düşmesi gerekmektedir. Fail tüm maddi vakıaları bilmesine karşın, normun değerlendirilmesinde hataya düşmüş ise, bu sefer de izin normunda hataya düştüğünün kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁶.

İzin normunun varlığında ya da sınırında yanılmanın hukuksal niteliğinin ne olduğu, bir başka deyişle ceza sorumluluğu bakımından nasıl sonuç doğuracağı konusu öğretide ayrı bir tartışma konusudur.

Alman öğretisinde; izin normunda hata, yasak yanılığısı kapsamında değerlendirilmekte (Alman Ceza Kanunu m.17),⁴⁷ hukuki değerlendirme alanında kalan bir hata olarak nitelendirilmektedir. Burada unsur hatasını düzenleyen 16. maddenin aksine failin kasıtlı davranıp davranmadığı tartışma konusu yapılmamaktadır⁴⁸.

Ayrıca Alman Öğretisinde failin eyleminin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatalı tasavvur ile (yasak hatası) hukuk düzeninin bu eylemi hukuka uygun gördüğüne ilişkin tasavvur arasında (izin hatası) herhangi bir fark bulunmadığı görüşü hâkimdir⁴⁹. Bu konuda öğretide ve uygulamada herhangi bir görüş ayrılığı da bulunmamaktadır⁵⁰.

Alman Ceza Hukuku uygulamasında, failin hatasının kaçınılmaz olması halinde fail kusurlu addedilemeyecek ve ceza sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Aksi durum, yani hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kusur varlığını devam ettirmektedir. Bu durumda ancak Alman Ceza Kanunu'nun 49/1. maddesi uyarınca ihtiyari bir ceza indirimi söz konusu olabilmektedir⁵¹.

Türk Ceza Kanunu'nun 30/3. Maddesindeki düzenleme incelendiğinde ise; hatanın hukuki niteliğinden bahsedilmediği, kaçınılmaz hata halinde,

⁴⁶ PUPPE, StGB § 16, Rn.142, 143; ERMAN, s. 285.

⁴⁷ KINDHAUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, StGB § 228, Rn. 113-115; FISCHER, StGB § 17, Rn.11a; KÜHL, StGB § 17, Rn.19; GROPP, s.486.

⁴⁸ TOPRAK, s.45.

⁴⁹ KÜHL, StGB § 17, Rn.19; PUPPE, s.141; ERMAN, s.281.

⁵⁰ ERMAN, s.281.

⁵¹ HEINRICH, s.196.

failin bu hatasından istifade edeceğinin belirtildiği görülmektedir. Maddedeki düzenlemeden kaçınılmaz hatanın varlığı halinde kusurluluğun ne şekilde etkilendiği anlaşılmamaktadır. Kaçınılabılır yanılğı durumunda da ceza sorumluluğunun ne şekilde yorumlanması gerektiği metinde bu konuda bir hüküm bulunmadığından izaha muhtaçtır.

Bazı yazarlar düzenlenen unsur hatası (tıpte hata) hükümlerinin uygulanması suretiyle, bu durumda failin kastının ortadan kalkması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu yazarlara göre suçun taksirli halinin mevcut olması durumunda da fail taksirli eylemden sorumlu olacaktır⁵². Zira “*kaçınılabılırlik*” kavramı özensizlik ve dolayısıyla taksirle bağlantılı bir davranış olarak nitelendirilmektedir. Eylemin taksirli şeklinin cezalandırıldığı suçlardan olması durumunda meydana gelen neticeden failin taksiri nedeniyle cezalandırılması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir⁵³. Sorumluluğun taksir kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmakla birlikte, bu konuda tereddütlerin giderilmesi bakımından açık bir hüküm konulmasında yarar olduğu ifade edilmektedir⁵⁴.

Kaçınılabılırlik kavramı⁵⁵ taksirle benzerlik göstermekle birlikte, taksir tipik⁵⁶ haksızlığın manevi (sübjektif) unsurunu oluşturmaktadır. Kanunu’nun taksir, “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi olarak*” tanımlanmaktadır (m.22). Taksir tipik haksızlığın bir unsuru olarak görülmektedir.

Haksızlık yanılığının ve dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hatanın kaçınılabılırliğine ilişkin ise herhangi bir ölçüt getirilmediği görülmektedir. Alman öğretisinde potansiyel haksızlık bilinciyle, yani failin davranışının hukuka aykırı olduğu bilgisine ulaşma yeteneği ile özdeş olarak nitelendirilmektedir⁵⁷. Alman Federal Mahkemesi’nin kabul ettiği ölçütlere göre ise, “*olayın koşulları, failin kişiliği, yaşantısı ve mesleki çevresi dikkate alındığında kendisinden beklenen vicdan gerilimine karşın, davranışının haksızlık oluşturduğu bilincini kazanabilecek durumda bulunmuyorsa*”

⁵² HAKERİ, s.460; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.427.

⁵³ HAKERİ, s.460; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.427.

⁵⁴ HAKERİ, s.460.

⁵⁵ *Vermeidbarkeit*

⁵⁶ *Fahrlässigkeit*

⁵⁷ ERMAN, s. 226.

düştüğü haksızlık yanılığının kaçınılmaz olduğu kabul edilmektedir⁵⁸. Vicdan gerilimi⁵⁹ ölçütünü kullanan Federal Mahkeme, kendisinden beklenen vicdan muhasebesine girişmesine karşın eylemin hukuka aykırılığına ilişkin bir görüşe ulaşamayan kişinin hatasını kaçınılmaz olarak kabul etmektedir⁶⁰.

Failin somut olayda tipe uygun davranışının aynı zamanda hukuka aykırı olup olmadığı araştırmasında özel bir özen göstermesi gerekmektedir. Burada sorun, failin haksızlığına ilişkin değil, failin kişisel olarak hataya düşmedeki kusurunun değerlendirilmesi ile ilgilidir. Bir başka deyişle burada failin zihnindeki düşünsel süreç araştırılmaktadır⁶¹. Failin yaşı, mesleki eğitimi ve tecrübesi, sosyal yaşam içindeki konumu ve somut olaydaki durumu dikkate alınarak hatanın kaçınılabılır olup olmadığı değerlendirilecektir⁶².

Alman Öğretisi ve Federal Mahkemesi Kararlarında dikkat ve özen yükümlülüğü kaçınılabılırdik kavramının ölçütlerinden biri olarak görülmekte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün kusur prensipleri çerçevesinde failin kişisel özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁶³. Bu çerçevede failin somut yaşam koşulları ve mesleki çevresi dikkate alınmaktadır⁶⁴.

Bu değerlendirmenin fail ile hukuk normu arasında bir değerlendirme olduğu, dolayısıyla tipik haksızlığın dışında olduğu açık olmakla birlikte, Türk Ceza Hukuku öğretisinde Alman Hukukuna benzer şekilde yanılığın kaçınılabilirliği noktasında, taksirli suçlar bakımından söz konusu olan özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ölçütlerin kullanılması gerektiği belirtilmektedir⁶⁵.

Yargıtay kararlarında kaçınılmazlık hâli takdir edilirken, failin gereken dikkat ve özeni göstermesi yönünden yapılan bir değerlendirme ile sonuca varılmaktadır. Dikkat ve özenin gösterilmesinde failin kişisel özellikleri de

⁵⁸ BGH, 27.01.1966, KRB 2/65 sayılı Kararı, BGHst 21, s.18 vd., s.21.

⁵⁹ *Die Anspannung des Gewissens*

⁶⁰ BGH, 18.03. 1952, GSSt 2/51 sayılı Kararı, BGHSt, 2, s.194 vd., s.201; SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB § 17 Rn. 14-15.

⁶¹ GÖKTÜRK, (2016), s.149.

⁶² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 369; GÖKTÜRK, (2016), s.149; SOYER GÜLEÇ, s.80 vd.

⁶³ SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB § 17 Rn. 17. BGH 3 366.

⁶⁴ Frankfurt NJW 64, 508; BGH DAR 66, 189, BGH 40 264.

⁶⁵ ÖZGENÇ, (2019), s.483; ÖZGENÇ, (2006), s.425.

dikkate alınmaktadır⁶⁶. Hatanın kaçınılmaz olduğunun tespitinde failin kişilik özellikleri kapsamında bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içerisinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulmaktadır⁶⁷.

GÖKTÜRK ise, aralarında özen yükümlülüğünün gösterilmesi bakımından benzerlik olduğunu kabul etmekle birlikte, bu yükümlülüğün konu, kapsam ve içeriğinin tamamen farklılık gösterdiğini belirtmektedir⁶⁸.

Kaçınılabirlik değerlendirmesinin failin bilinci ile ilgili olması nedeniyle kusur yeteneği ile doğrudan bağlantılı olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla kusur yeteneğini ortadan kaldıran

⁶⁶ YCGK, 13.2.2018, E.2017/1-183, K.2018/33. “5237 Sayılı TCK’nun 30. maddesinin üçüncü fıkrasında “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” hükmü yer almaktadır. Fıkra hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata hâlleri düzenlenmiştir. Hatanın kaçınılmaz olması halinde, fail bu hatasından yararlanacaktır. **Kaçınılmazlık hâli takdir edilirken, failin gereken dikkat ve özeni göstermesi durumunda bu hataya düşüp düşmeyeceği belirlenmelidir.**

Ceza sorumluluğunu kaldıran meşru savunma ile azaltan nedenlerden olan haksız tahrikin varlığı konusunda da hataya düşülebilir. Meşru savunma koşullarının veya haksız tahrikin varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşen fail bu hükümlerden yararlanacaktır. Fakat burada hatanın kaçınılmaz olması zorunludur. Buna karşılık, hata kaçınılabir bir hata ise, **yani failin kişisel özellikleri göz önüne alındığında, daha dikkatli ve özenli davranması durumunda hatasından kaçınılabilecekse** başka bir anlatımla hata meydana gelmeyecekse artık meşru savunma veya haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır”.

⁶⁷ YCGK, 7.11.2019, E.2018/1-27, K.2019/644. “Üçüncü fıkra ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlere ait şartların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanacağı hüküm altına alınmış, fıkra hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata hâlleri düzenlenmiştir. Failin bu hükümden yararlanabilmesi için, içerisinde bulunduğu şartlar bakımından hatasının kaçınılmaz olması gerekmektedir.

5377 Sayılı Kanun ile eklenen dördüncü fıkra ise, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş, diğer bir ifadeyle eyleminin hukuka aykırı olmadığı, haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmiş ve bu yanılığında bulunduğu şartlar bakımından kaçınılmaz nitelikte bulunmuş ise artık cezalandırılmayacaktır. **Hatanın kaçınılmaz olduğunun tespitinde kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içerisinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulacaktır.**

Üçüncü ve dördüncü fıkraların uygulanması yönüyle kişinin kaçınılmaz bir hataya düşmesi şartı aranmakta olup, hatanın kaçınılabir olması durumunda kişi kusurlu sayılacak, diğer bir ifadeyle fiilden dolayı sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın tayininde dikkate alınacaktır.”

⁶⁸ GÖKTÜRK, (2016), s.149 vd; ERMAN, s.239 vd; Kaçınılabirlik olgusunun koşulları ve sınırları ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB § 17 Rn. 13 vd.; GÖKTÜRK, (2016), s.149 vd; ERMAN, s.239 vd.

ya da etkileyen durumlar ön koşul olarak değerlendirilebilecek, böyle bir durumda haksızlık bilincinin de ortadan kalkacağı ya da azalacağı sonucuna varılabilecektir.

Diğer taraftan failin kusur yeteneğinin irdelenmesini gerektiren ölçütler bakımından kaçınılabilirlik olgusu ile taksir sorumluluğu karşılaştırıldığında, taksir sorumluluğunun tespitinde Kanun'un hangi görüşü esas alındığının da dikkate alınması gerekmektedir. Failin sadece kişisel yeteneği dikkate alınarak, gösterebileceği özeni ölçüt kabul eden ve bu kapsamda failin kişisel yeteneğini esas alan sübjektif teori (*kişisel kaçınılabilirlik teorisi*) haksızlık yanılığında kaçınılabilmek ölçütleri ile büyük ölçüde örtüşmekle birlikte, öğretide azınlıkta kalan bir görüştür⁶⁹.

5237 sayılı Kanun'un taksire ilişkin 22. madde gerekçesinde; dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Objektif teoride dikkat ve özen yükümlülüğü değerlendirilirken ex-ante, tedbirli, bilinçli ve ortalama bir insanın tercih edeceği davranış dikkate alınmaktadır⁷⁰.

Özen yükümlülüğünün belirlenmesinde objektif ölçü esas olmakla birlikte, failin kişisel özelliklerinin dikkate alınması gerektiği öğretide savunulmaktadır⁷¹. Örneğin bir doktorun çok özel bir alandaki ihtisası, dikkat ve özen yükümlülüğünün bu konuda özel bir ihtisası olmayan diğer bir doktordan daha farklı değerlendirilmesini gerektirecektir⁷².

Kaçınılabilirlik olgusunun taksirden farklı olarak kusur yeteneği ile ilişkisi ve kusur yeteneği yönünden değerlendirmeyi gerektirmesi dikkate alındığında, bu olguya ilişkin özen yükümlülüğünün kendine özgü bir içeriği olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle kaçınılabilirlik değerlendirmesinde taksire ilişkin ölçütlerden faydalanılabilecek olmakla birlikte, bu ölçütlerin tek başına yeterli olmayacağını düşünmekteyiz.

Kaçınılmaz bir hata söz konusu olduğunda, ya da tam aksi şekilde hatanın kaçınılabilir olması durumunda hukuki sorumluluğun ne şekilde oluşacağı konunun en önemli sorusunu oluşturmaktadır. Lakin 5237 sayılı Kanun'un

⁶⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.204.

⁷⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.205.

⁷¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.205.

⁷² KOCA/ÜZÜLMEZ, s.205.

30/4. maddesi yukarıda da belirttiğimiz üzere kaçınılmaz hata konusunda yeterli açıklığa sahip değildir. Kaçınılabılır bir hataya ilişkin ise Kanunda herhangi bir hüküm öngörülmüş değildir.

İzin normunun varlığında ya da sınırında yanılma durumunda maddi vakıanın failin zihninde yanlış tasavvuru şeklinde bir durumun söz konusu olmadığı düşüncesi hâkimdir. Aksine, fail maddi vakıayı zihninde doğru bir şekilde tasavvur etmekte, ancak eylemine hukuk düzeninin izin verdiği konusunda yanılığa düşmektedir. Fail suç tipine dayanak oluşturan normda değil, ancak normun yasakladığı davranışa izin veren normda hata yapmaktadır. Yanılgı norma dayalı olup, kasıtlı ve de unsur hatası ile bir ilgisi bulunmamaktadır⁷³.

Bu nedenle kanaatimizce faile haksızlık yanılığı (m.30/4) hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. İşlediği fiile hukuk düzeninin izin verdiği konusunda kaçınılmaz bir hata içinde bulunması halinde failin kusuru tamamen ortadan kalkacağı için faile ceza verilmez.

İzin yanılığının kaçınılabılır olması durumunda herhangi bir ceza indiriminin öngörülmemiş olması kusur ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Failin hatasının kaçınılabılır olması kusurunun azalması anlamına geldiğinden, kusuru oranında cezalandırılmasına imkân veren bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Madde gerekçesinde “*kaçınılabılır hata durumunda kişinin kusurlu sayılacağı ve bu hususun temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı*” şeklindeki 61. maddeye yapılan atfın ise amaca elverişli olmadığı düşüncesindeyiz⁷⁴. Zira m.30/3’deki düzenlemede Alman Ceza Kanunu’nun 17/2. maddesindeki gibi indirim halini düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir. Gerekçeyi esas alarak “kaçınılabılır” hata hallerinde ceza indirimi uygulamanın kanunilik ilkesiyle ne derece bağdaşabileceği tartışmalıdır⁷⁵.

Failin gerekli dikkat ve özeni göstermesi durumunda yanılığa düşmeyeceği sonucuna varılıyor ise, kaçınılabılırlığın ölçüsüne göre kusurdaki azalma oranında kasten işlenen suçun cezasında indirim yapılması gerekir⁷⁶. Kaçınılabılırlığın derecesine göre kusurun derecelendirilebilmesi

⁷³ GÖKTÜRK, (2014), s.28; DEĞİRMENCİ, s.170.

⁷⁴ Aynı yönde GÖKTÜRK, (2016), s.143 vd.

⁷⁵ OZANSÜ, s.395.

⁷⁶ ÖZGENÇ, (2019), s.488; GÖKTÜRK, (2014), s.30; Kaçınılabılırlık kavramı hakkında

mümkün kılan bir düzenlemenin olması, uygulamada doğabilecek tereddütleri giderebilecektir.

Yargıtay içtihatlarında da hatanın kaçınılabilir olması durumunda kişi kusurlu kabul edilmekte ve fiilinden dolayı sorumlu tutulmakta, ancak bu hata temel cezanın tayininde dikkate alınmaktadır⁷⁷.

bb. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata⁷⁸

Failin hukuka uygunluk nedeninin koşullarının somut bir olayda gerçekleştiğini düşünmesi olarak tanımlanmaktadır⁷⁹. Fail yanılmamış olsa idi, fiili hukuka aykırı olmayacaktı. Fail maddi durumun mevcudiyeti konusunda yanılmakta, aslında var olmayan bir hukuka uygunluk nedenine ilişkin koşulları var zannetmektedir.

Örneğin A, caddede yürürken B'nin C'ye silah doğrulttuğunu görür ve C'ye yardım etme kastıyla B'ye ateş eder ve ağır şekilde yaralanmasına neden olur. Aslında bir dizinin çekimi yapılmaktadır ve A kamera ekibini görmemiştir. Bu örnekte de görüleceği üzere A tamamıyla hukuka uygunluk nedeninin koşullarında yanılmaktadır⁸⁰.

Failin hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarını bilmemesi, yani maddi koşullarda yanılığa düşmesi durumunda hukuki sorumluluğunun ne olacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

5237 sayılı Kanununun 30/3. maddesinde, “*ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” hükmüne yer verilmiştir. Düzenlemedeki koşullar ifadesi ile “maddi koşulların” kastedildiği konusunda

ayrıntılı bilgi için bkz. SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB § 17 Rn. 13 vd; GÖKTÜRK, (2016), s. 143 vd.; ERMAN, s.239 vd.

⁷⁷ YCGK, 7.11.2019, E.2018/1-27, K.2019/644; YCGK, 13.2.2018, E.2017/1-183, K.2018/33.” ...Üçüncü ve dördüncü fıkraların uygulanması yönüyle kişinin kaçınılmaz bir hataya düşmesi şartı aranmakta olup, hatanın kaçınılabilir olması durumunda kişi kusurlu sayılacak, diğer bir ifadeyle fiilinden dolayı sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın tayininde dikkate alınacaktır”.

⁷⁸ *Erlaubnistatbestandsirrtum; Erlaubnissachverhaltsirrtum.* Alman Hukukunda izin tipinde yanılma (*Erlaubnistatbestandsirrtum*), ya da izinde maddi vakıa yanılışı (*Erlaubnissachverhaltsirrtum*) kavramları kullanılmaktadır (FREUND, s.291).

⁷⁹ ERMAN, s.277; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s.426.

⁸⁰ HÖFLICH/WELLER, 97.

bir tereddüt bulunmamaktadır⁸¹. Dolayısıyla konu normatif bir düzenlemeye sahip olmakla birlikte, sorun hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın m.30/3 gereğince çözümünün ne derece doğru sonuçlar doğurduğudur.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hataya ilişkin Alman Hukukundaki teorik tartışmalar kabul edilen teoriye göre bizi farklı ya da aynı hukuki sonuca götürmektedir.

Alman öğretisinde katı kusur teorisi, maddi koşullarda hatayı suçun yasal tanımında yer alan unsurlarla sınırlı tutmakta, yasal unsurların dışında görülen hukuka aykırılık nedenleri ise yasak hatası içinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamı içinde değerlendirilmemekte ve bu nedenle bu koşullardaki hata kastı ortadan kaldırmamaktadır⁸².

Katı kusur teorisi hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın haksızlık yanılığını düzenleyen Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesine göre belirlenmesini savunmaktadır⁸³. Failin fiilini kasten gerçekleştirdiğinden kabulle bir yandan çok geniş bir cezalandırmaya cevaз vermesi, diğer taraftan ise ceza politikası ile bağdaşmaması ve olası cezalandırma boşlukları doğabileceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁸⁴. Ayrıca yasaklayıcı normda değil, maddi vakıada yanılan failin durumunun 17.madde kapsamında görülmesinin doğru olmadığı ifade edilmektedir⁸⁵.

TCK'daki düzenlemede (m.30/3) haksızlık yanılığınla ilişkin hükme benzer bir düzenlemeye yer verildiği dikkate alındığında, Kanunumuzda katı kusur teorisinin esas alındığı düşüncesini doğurmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata ile nedenlerin varlığında ve sınırlarının aşılmasında hata hallerinin aynı maddede düzenlenmesi, dolayısıyla aynı hukuki sonuca bağlanması bu görüşü pekiştirmektedir. Diğer taraftan madde gerekçesi de bu görüşü doğrular niteliktedir. Gerekçeye göre, *“hatanın kaçınılabilir olması durumunda, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.”*

⁸¹ GÖKTÜRK, (2014), s.26.

⁸² KINDHAUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, StGB § 16, Rn. 127-128; KÜHL, Art 17, Rn.9; ÖZGENÇ, (2019), s.478; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.647-648; ERMAN, s.303.

⁸³ BOCK, s.371.

⁸⁴ BOCK, s371; SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB § 16 Rn. 15.

⁸⁵ BOCK, s.371.

Öğretide de Kanundaki düzenlemenin “katı kusur teorisi” olarak nitelenen görüşe göre formüle edildiği ifade edilmektedir⁸⁶.

Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında yanılmanın, suçun maddi unsurlarında yanılma ile benzer özellikler göstermesine karşın, çok daha katı ölçütler ve sonuçlar doğuran haksızlık yanılığı ile bir tutulması adaletsiz olarak nitelendirilmektedir⁸⁷.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yasak (haksızlık) yanılığına ilişkin Alman Ceza Kanunundaki kaçınılabilir yasak yanılığında indirim öngören hükme TCK’da yer verilmemiştir. Ayrıca taksirli hallerin cezalandırılmasına ilişkin bir hüküm de bulunmaması, “kaçınılmaz” kavramının yorumlanmasında yargı mercilerini tereddüde düşürebilecek niteliktedir⁸⁸. Yargı mercileri tarafından belki de olası ağır yaptırım dikkate alınmak suretiyle failin hatasının kaçınılmaz olarak değerlendirilmesi yönünde bir eğilim oluşuracaktır⁸⁹. TCK’da katı kusur teorisinin ortaya çıkaracağı sorunların bu nedenlerle Alman Hukukundan daha belirgin olacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Alman Ceza Kanununda TCK’dan farklı olarak bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır⁹⁰. Alman öğretisindeki ağırlıklı olan görüşe göre sınırlı kusur teorisi kapsamında hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata maddi unsurlarda hata ile aynı hukuki sonucu doğurur ve Alman Ceza Kanunu’nun 16 I. hükmü kıyasen uygulanır⁹¹. Alman Federal Mahkemesi kararlarında da esas olarak, sorunun haksızlık yanılığı hükümleri çerçevesinde değil, sınırlı kusur teorisi kapsamında, unsur yanılığında olduğu gibi, m.16 hükmüne göre çözümlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁹².

Alman öğretisinde katı kusur teorisinin yukarıda belirtilen sorunlarına tepki olarak tipin olumsuz unsurları ve sınırlı kusur teorisinin ortaya çıktığını görmekteyiz⁹³.

⁸⁶ KOCA, s. 97.

⁸⁷ ERMAN, s.310.

⁸⁸ ERMAN, s.381.

⁸⁹ ERMAN, s.381.

⁹⁰ SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB § 16 Rn. 14-25

⁹¹ HÖFLICH/WELLER, 97; FREUND, s.293; GROPP, s.482; KÖHLER, s. 327; KÜHL, StGB § 17, Rn.10.

⁹² BGHSt 2, 194, 211; 3,105f; 195 ff; 358 ff; St 31, 264, 286 f; GA 1969, 117 f; NstZ 1988,269, (KÖHLER, s.327).

⁹³ BOCK, s.371.

Suçun olumsuz (negatif) unsurları teorisi, suçun haksızlık unsurunun, kanuni tanımında yer alan unsurlar ile negatif suç unsurlarından (hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması) meydana geldiği savından hareket etmektedir⁹⁴. Hukuka uygunluk nedenleri suçun olumsuz unsuru haline geldiğinden, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, unsur hatasından başka bir şey değildir. Dolayısıyla hata kastın kapsamına dâhil olduğundan, unsur hatasına ilişkin hükümler doğrudan uygulanabilecektir⁹⁵.

Katı kusur teorisine tepki olarak ortaya çıkan ve Alman öğretisinde hâkim görüş olan sınırlı kusur teorisi ise; kastı tipe uygunluk ve hukuka aykırılık kavramlarını kapsayan bir kavram olarak kabul etmektedir. Sınırlı kusur teorisi, suçun olumsuz unsurları teorisinden farklı olarak hukuka aykırılığı tipikliğin bir unsuru olarak kabul etmemekte, tipiklik ve hukuka aykırılığı birbirinden bağımsız olarak suçun unsurları olarak görmektedir⁹⁶. Hukuka aykırılık ve tipe uygunluk haksızlık kavramı altında denk kurumlardır ve bir eylemin haksızlık teşkil edebilmesi için hem tipe uygun, hem de hukuka aykırı olması zorunludur⁹⁷.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılma ile maddi unsurlarda yanılma (tipe yanılma) yapısal ve nesnel anlamda ortak bir özelliğe sahiptir. Her iki yanılma türünde de, fail için geçerli olan hukuk normlarına değil, maddi olaylara ilişkin bir yanılığ söz konusudur⁹⁸. Burada unsur yanılığından farklı olarak haksızlığı doğuran değil, ortadan kaldıran koşullarda bir yanılığ söz konusudur. Bu yapısal benzerlik nedeniyle, unsur yanılığını düzenleyen hükmün kıyas yoluyla uygulanması gerekmektedir⁹⁹.

TCK'nın 30/3. maddesinde “hatasından yararlanmadan” bahsedilmiş, ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılmanın hukuki niteliğine değinilmemiştir. Öğretide, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi

⁹⁴ HEINRICH, s.188.

⁹⁵ HEINRICH, s.188; JOEKS, StGB § 16 Rn. 128; ÖZGENÇ, (2019), s.478; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.648.

Suçun olumsuz unsurları teorisi hukuka uygunluk nedenlerinde maddi hata soruna tutarlı bir çözüm getirmesi nedeniyle Alman öğretisinde savunulan bu görüştür. Ancak üç bileşenli suç yapısına uymaması ve kastın suç teorisinde dikkate alınmayışı nedeniyle eleştirilmektedir (HEINRICH, 189; CHRISTOPH, s.32).

⁹⁶ GÖKTÜRK, (2014), s.12.

⁹⁷ ERMAN, s.340.

⁹⁸ PUPPE, 16, Kn.156; FREUND, s.293; ERMAN, s.277.

⁹⁹ HEINRICH, 183; GÖKTÜRK, (2014), s.13.

koşullarında hatanın, failin kastını ortadan kaldırdığı konusunda bir uzlaşma görülmektedir¹⁰⁰. Yukarıda belirttiğimiz teoriler kapsamında bir değerlendirme yapılacak olursa, Alman Ceza Hukukuna benzer şekilde sınırlı kusur teorisinin esas alınması gerektiği düşüncesinin hâkim olduğunu görmekteyiz¹⁰¹.

HEINRICH, Alman Ceza Hukukunda unsur hatası-yasak hatası kapsamında en makul sonuçlara ulaşılmasını sağlayan yegâne yaklaşımın sınırlandırılmış kusur teorisi olduğunu savunmaktadır¹⁰². Türk Hukuk sisteminde de, benzer şekilde sınırlı kusur teorisinin cezalandırma sistemi açısından en doğru sonuçları veren görüş olduğunu düşünmekteyiz.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata yapan failin hukuka bağlı kalma iradesi bulunmaktadır. Failin maddi koşullarda yanılmasında gerekli dikkat ve özeni göstermediği için taksire dayalı sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁰³. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları da somut olaya ilişkindir. Bir başka deyişle somut olay hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarını da kapsar¹⁰⁴. Bu nedenle failin hatasının haksızlık yanılığında ziyade, unsur hatası olarak değerlendirilmesi daha yerinde bir değerlendirme olacaktır.

M.30/3'deki düzenlemede unsur hatasına yönelik m.30/1'e atıf bulunmadığından Alman Ceza Kanunu'ndaki gibi kıyasen uygulanması gerektiği düşünülmekle birlikte, kastın kalkmasına sebep olan hata, m.30/3'ün lafzı nedeniyle kaçınılmaz hatadır¹⁰⁵.

Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, açık bir hüküm bulunmadığından kaçınılabilir yanılığın ne şekilde yorumlanması gerektiğinin tartışılması gerekmektedir. "Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında" yanılmadan farklı olarak burada kaçınılabilirlik kavramının "kusuru" etkileyen bir neden olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Maddi koşullarda hata konusunda kaçınılabilir yanılığ, özen yükümlülüğüne bir aykırılık anlamına gelmekte ve taksirli bir eylemin varlığı

¹⁰⁰ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.648; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 299, DEĞİRMENCİ, s.177.

¹⁰¹ KOCA, s.97.

¹⁰² HEINRICH, s.182.

¹⁰³ HEINRICH, s.183; ERMAN, s.387.

¹⁰⁴ GÖKTÜRK, (2014), s.17.

¹⁰⁵ DEĞİRMENCİ, s.177.

sonucunu doğurmaktadır¹⁰⁶. Bu kapsamda, dikkat ve özen eksikliğinden dolayı kaçınabileceği bir yanılmadan kaçınamayan failin, eyleminin taksirli şeklinin cezalandırılması halinde, meydana gelen neticeden taksiri nedeniyle sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir¹⁰⁷.

“*Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında yanılma*” ile “*maddi koşullarda yanılma*” arasında aynı maddede düzenlenmiş olmasına rağmen, farklı sonuçlara gidilmesi bir tutarsızlık olarak görülebilir. Ancak sınırlı kusur teorisi kapsamında, Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi her iki kurumda farklı sonuçlara gidilmesi tutarlı bir şekilde savunulabilecektir.

cc. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Tersine Hata¹⁰⁸

Somut olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunması, ancak failin bunu bilmemesi durumunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında tersine hata söz konusudur. Fail, objektif olarak gerçekleşmiş bulunan bir hukuka uygunluk nedeninden haberi olmadan hareket ederek tipe uygun sonucu gerçekleştirmiş olabilir¹⁰⁹.

Örnek olarak mağdurun evinde pusu kurarak, pencereden mağduru gördüğü anda ateş edip öldüren fail, gerçekte mağdurun aynı anda silahını üçüncü bir kişiye doğrultmuş ve ateş etmek üzere olduğunu bilmeden davranmış olabilir¹¹⁰.

“*Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında tersine hata*” olarak tanımlanan bu hata türünde, failin hukuka uygunluk sebebinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda öğretilerde iki görüş bulunmaktadır ve hangi çözüm tarzının ceza adaleti yönünden uygun olduğu tartışmalıdır.

765 sayılı TCK döneminde de kabul gören birinci düşünceye göre hukuka uygunluk nedenleri objektif bir etkiye sahiptirler. Bu itibarla etkilerini göstermeleri için söz konusu hukuka uygunluk nedenini failin bilmesine gerek yoktur¹¹¹. “*Objektif haksızlık öğretisine*” göre, hukuka uygunluk

¹⁰⁶ ERMAN, 384.

¹⁰⁷ ÖZGENÇ, (2019), s. 483; DEĞİRMENCİ, 176.

¹⁰⁸ *Umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum*

¹⁰⁹ ERMAN, s.388.

¹¹⁰ ERMAN, s.388.

¹¹¹ GÜNGÖR, s.63; DURSUN/BOZBAYINDIR, s. 84.

değerlendirmesi fiilin normu ihlal edip etmediği ile sınırlı bir değerlendirmedir. Failin iradesinin, normu ihlal bilincinin bir önemi bulunmamaktadır¹¹². Bu görüş çerçevesinde, esas olan tipik neticenin gerçekleşmesi olup, tipik netice, objektif haksızlık kıstasını oluşturmaktadır. Failin iradesi ya da iç dünyası ile ilgili hususlar (sübjektif unsur) dış dünyada algılanmadığı için haksızlıkla ilişkilendirilmemektedir¹¹³.

Diğer görüşe göre ise, hukuka uygunluk sebebinin objektif olarak varlığı yeterli olmayıp, failin fiilini hukuka uygun hale getiren durumun varlığını bilmesi ve kendisine bu suretle verilen yetkinin icrası düşüncesiyle eylemini icra etmesi gerekmektedir¹¹⁴. Bu görüşe göre hukuka uygunluk nedeninin haksızlığı (fiilin değersizliği+neticenin değersizliği) ortadan kaldırılabileceği için objektif ve sübjektif unsurların birlikte gerçekleşmesi zorunludur. Bu unsurlardan birinin eksik kalması halinde fiil haksızlık teşkil eder¹¹⁵. Dolayısıyla failin hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanabilmesi için hukuka uygunluk kastı¹¹⁶ ile hareket etmesi gerekir¹¹⁷.

HAKERİ ise; failin *hukuka uygunluk sebebinin koşulları içinde hareket ettiği bilincine sahip olması gerektiği* görüşündedir¹¹⁸. Bu düşünce çerçevesinde, salt bir tesadüf nedeniyle hukuka uygunluk koşulunun objektif olarak gerçekleşmesinin, fiilin sonucunun faile yüklenmesini engellemeyeceği fikri ileri sürülmektedir¹¹⁹.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın hukuksal sonuçlarının nasıl belirleneceği, sadece hata teorisi ile ilgili değildir. Hukuka aykırılığın yukarıda kısmen değinildiği üzere suç teorisi kapsamında hukuki niteliğinin ne şekilde kabul edildiği, diğer taraftan, hareketin haksızlığı - neticenin haksızlığı arasındaki ayırım ve hangi ölçütün esas alındığı konuları ile de doğrudan ilgilidir.

Hareketin haksızlığı - neticenin haksızlığı ayırımı esas alındığı takdirde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında tersine hata halinde,

¹¹² ŞENOL, s.65.

¹¹³ GÖKTÜRK, (2015), s.14.

¹¹⁴ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.650.

¹¹⁵ GÖKTÜRK, (2015), s.19.

¹¹⁶ *Rechtfertigungsvorsatz*

¹¹⁷ GÖKTÜRK, (2015), s.23.

¹¹⁸ HAKERİ, s.459.

¹¹⁹ KÖHLER, s.323.

hareket haksız olmakla birlikte, netice haksız olmadığından, failin teşebbüsten cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Alman hukukunda ağırlıklı olan bu düşüncenin temelini, failin tamamlanmış suçtan sorumlu olabilmesi için, sadece tipik sonucun meydana gelmesi değil, hareketin ve sonucun olumsuz değerini içeren objektif ve sübjektif haksızlık tipinin gerçekleşmiş olmasının aranması oluşturmaktadır¹²⁰.

Radikal finalist görüşü savunan bazı yazarlar tarafından haksızlık kavramının içeriğini hareketin haksızlığının oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, haksızlık normda yatan bir emirle çatışma halidir ve hareket istencinin içinde bulunmaktadır. Neticenin gerçekleşmesi çoğu zaman tesadüflere bağlıdır ve neticenin gerçekleşmesinin haksızlığın oluşumu bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle neticenin gerçekleşmesi ancak objektif cezalandırma koşulu olabilir¹²¹.

Ancak günümüzde Alman öğretisinde de haksızlık kavramının hem hareketin, hem de neticenin haksızlığını kapsadığı düşüncesinin hâkim olduğu söylenebilir¹²². Aksi düşünce taksirli suçlar ile suça teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında da sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Kasıtlı suçlara teşebbüsün neden daha az cezalandırıldığı, taksirli suçlara teşebbüsün ise niçin cezalandırılmadığı soruları yanıtız kalmaktadır¹²³.

Öğretide genel kabul gören görüşe göre sadece hukuka aykırılığın objektif varlığı ile yetinen bir açıklama hukuka uygunluk sebeplerinde hata olgusunun doğurduğu problemleri çözmeye yeterli değildir¹²⁴. Bu anlayış, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarındaki hatayı mefruz suç¹²⁵ olarak nitelendirmektedir.

Tipik sonucun gerçekleşmiş olması nedeniyle, failin tamamlanmış suçtan sorumlu tutulması ceza adaleti ile bağdaşmayacaktır¹²⁶. Ayrıca hareketin ve sonucun olumsuz değerini içeren objektif ve sübjektif haksızlık tipi gerçekleşmediğinden, faili tamamlanmış suçun olduğundan bahisle

¹²⁰ ERMAN, s.391.

¹²¹ KEÇELİOĞLU, (2013), s.29.

¹²² GROPP, Rn.31; KEÇELİOĞLU, (2013), s.28.

¹²³ KEÇELİOĞLU, (2013), s.30.

¹²⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C.II, Kn.699; OZANSÜ, s.391.

¹²⁵ *Wahndelikt*

¹²⁶ DEĞİRMENCİ, s.173.

cezalandırmak mümkün görülmemektedir¹²⁷.

Fail hukuka uygunluk sebebinin maddi koşullarının gerçekleştiği bilinciyle hareket etmediği için, fiil haksızlık olarak gerçekleşmekle birlikte, neticenin haksızlığından bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle failin teşebbüsten cezalandırılması gerektiği düşünülebilir¹²⁸. Alman Ceza Hukukunda savunulan finalist görüşe göre teşebbüs çözümü, iradi hareketin varlığını hukuka aykırılık bakımından yeterli bulması görüşüne dayanmaktadır¹²⁹. Bu görüş çerçevesinde elverişsiz teşebbüs de cezalandırılabilir kabul edilmektedir.

Türk Ceza Kanununda ise teşebbüs; “*kastedilen bir suçu elverişli hareketlerle icraya başlayıp sonucun gerçekleşmemesi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Somut olayda, tamamlanmış bir suçun mevcudiyetinden dolayı teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi Kanunumuz bakımından olası gözükmemektedir.

Fiilin haksızlık içeriği bakımından teşebbüs aşamasında kalan suçla eşdeğer görülebileceğinden, teşebbüs hükümlerinin kıyasen uygulanması düşünülebilir¹³⁰. Ancak failin tamamlanmış bir suçtan dolayı teşebbüs hükümleri uyarınca cezalandırılmasının ceza adaleti açısından ne derece tutarlı olduğu tartışmalıdır¹³¹.

Zira TCK’da, Alman Ceza Kanunu’nun 22. maddesindeki gibi işlenemez suç halinde sadece hukuka aykırı davranma iradesinin cezalandırılmasına yönelik bir hüküm bulunmadığından, failin teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırılmasının normatif bir dayanağı bulunmamaktadır¹³². Bu nedenlerle;

¹²⁷ ERMAN, 391.

¹²⁸ ÖZGENÇ, (2019), s.482; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.650. Teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunanlar da doğrudan teşebbüs hükmünün uygulanması gerektiğini savunan ve kıyasen teşebbüs hükümlerine başvurulabileceğini ileri süren görüş olarak ikiye ayrılmaktadır (DURSUN/BOZBAYINDIR, s.77).

¹²⁹ SÖZÜER, s.103. Alman Ceza Kanunu’nun 22. maddesinde teşebbüs; “*eyleme ilişkin tasavvuruna uygun olarak tipin gerçekleşmesine doğrudan başlayan kişi, suça teşebbüs etmiş sayılır.*” şeklinde tanımlanmakta; 23/3. maddesinde de; elverişsiz teşebbüs durumunda failin cezasının indirilebileceğini veya tamamen kaldırılabilceğini ifade etmektedir. Ceza indiriminin ne şekilde yapılacağı konusunda ise m.49/2’ye atıf yapılmaktadır.

¹³⁰ GÖKTÜRK, (2014), s.22.

¹³¹ DEĞİRMENCİ, s. 173. Alman öğretisinde kıyasen teşebbüs normuna müracaat görüşüne yöneltilen en esaslı itiraz, bu çözüm teklifinin kanunilik ilkesini ihlal ettiği iddiasıdır (DURSUN/BOZBAYINDIR, s.77).

¹³² ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 651; ŞENOL, s.66.

hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında tersine yanılığında içinde olan kişi yönünden “*cezalandırılmayan eylem çözümü*”, en uygun çözüm niteliğindedir¹³³.

dd. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sınırının Aşılmasında Hata (m.27/1)¹³⁴

Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılmasında hata; aynı hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarındaki hata gibi öğretide de farklı görüşlerin bulunduğu diğer bir konudur.

Yukarıda “*hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hata*” konusunda kısmen değindiğimiz üzere, Alman öğretisinde hukuka uygunluk nedeninin sınırlarında hataya düşülmesi, aynen varlığında hataya düşülmesi durumunda olduğu gibi izin hatası¹³⁵ olarak nitelendirilmektedir. Burada hata halinde fail, hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını olduğundan geniş kabul ederek, hareketini gerçekleştirmektedir¹³⁶. Alman öğretisindeki ağırlıklı görüşe göre sınırın aşılmasında hata halinde yasak hatası (haksızlık yanılığısı) hükümleri uygulanacak, hata kaçınılmaz ise cezalandırılmayacaktır (Alman Ceza Kanunu m.17). Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise Alman Ceza Kanunu’nun 49/1. maddesi uyarınca ceza indirilebilecektir¹³⁷.

TCK’nın 27. maddesinin 1.fıkrasında hukuka uygunluk nedeninde sınırın kast olmaksızın aşılması hali ayrıca hükme bağlanmıştır. Kanun metninde “*ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması*” ifadesi kullanılmışsa da, maddeden anlaşılması gerekenin “*hukuka uygunluk nedenleri*” olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır¹³⁸.

Alman Ceza Kanunu’nda ise bu maddenin karşılığı olabilecek “*taksire dayanan sınır aşımı*” haline yer verilmemiştir. Alman Ceza Kanunu’nun 33. maddesinde ise¹³⁹; TCK m.27/2 deki meşru savunmada sınırın “*mazur*

¹³³ ERMAN, DEĞİRMENCİ, s. 174.

¹³⁴ *Erlaubnisgrenzirtum*

¹³⁵ *Erlaubnisirtrum*

¹³⁶ HEINRICH, s.194; JOEKS, StGB § 17, Rn.33.

¹³⁷ FISCHER, StGB § 17, Rn.12, s.125. HÖFLICH/WELLER, s.97.

¹³⁸ ÖZGENÇ, (2006), s. 395; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.305; DEĞİRMENCİ, s.180.

¹³⁹ Alman Ceza Kanunu’nun “meşru savunma (*Notwehr*) sınırının aşılması” başlıklı 33.maddesi; “*Fail meşru savunmanın sınırlarını şaşkınlık, korku veya panik nedeniyle aşarsa, cezalandırılmaz.*” hükmünü içermektedir. Alman Ceza Kanunu’nun Türkçe

görülebilecek korku, heyecan ya da telaş” nedeniyle aşılması haline benzer şekilde bir cezazırlık hali olarak düzenlendiğini görmekteyiz.

TCK'nın 27. maddesinin 1 ve 2. fıkralarını karşılaştırdığımızda hukuki niteliği itibariyle farklı hükümlerin aynı madde başlığı altında düzenlendiğini görmekteyiz.

TCK m.27/2'de meşru savunma sınırının korku, heyecan veya telaş nedeniyle aşılması durumunun, failin kusurluluğu kapsamında ele alınması gerekmektedir. Failin sınırı aşması hatadan değil, korku, heyecan ya da telaşın iradesi üzerindeki etkisi nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle TCK'nın 27/2. maddesi özel bir zorunluluk hali olarak değerlendirilmelidir. Söz konusu madde hukuki niteliği itibariyle kastı değil, kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden biridir¹⁴⁰.

Yargıtay içtihatlarında da kişinin maruz kaldığı saldırının etkisiyle, “heyecan, korku veya telaşa” kapılarak meşru müdafaaada sınırlarını aştığında Kanun'un 27/2. maddesi gereğince uygulama yapılmaktadır. Ancak failin amacı, saldırının defedilmesinden çok, kin duygusunu tatmine yönelik ise meşru savunmada sınırın aşılması değil, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması cihetine gidilmektedir¹⁴¹.

tercümesi için bkz. YENİSEY/PLAGEMANN, s.24.

¹⁴⁰ KOCA, s. 99; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.306.

¹⁴¹ YCGK, 13.2.2018, E.2017/1-183, K.2018/33.”...5237 Sayılı TCK'nun 27.maddesinin 2. fıkrasında, hukuka uygunluk nedenlerinden sadece meşru savunma için sınırın aşılmasına dair özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre bu hükmün uygulanabilmesi için;

- 1-) Meşru savunma ile korunabilecek bir hakkın bulunması,
- 2-) Saldırıya dair şartların var olması,
- 3-) Savunmaya dair şartlardan “ölçülülük ya da orantılılık” şartının, savunma lehine ihlal edilmesi suretiyle sınırın aşılması,
- 4-) Sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi gerekmektedir.

Tüm bu şartların birlikte gerçekleşmesi hâlinde, meşru savunmada sınırı aşan faille CMK'nun 223/3-c maddesi uyarınca ceza verilmeyecektir. ***Bu durumda, kişinin, maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü heyecan, korku veya telaş dolayısıyla davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması söz konusu olacağından, meşru savunmada sınırın aşılmasından dolayı kusurlu sayılmayacağı kabul edilir.*** Dolayısıyla, belirleyici olan maruz kalınan saldırının kişiyi içine düşürdüğü psikolojik durumdur. Zira kişi sırf maruz kaldığı saldırının etkisiyle, “heyecan, korku veya telaşa” kapılarak meşru müdafaaada sınırlarını aştığında bu maddeden yararlanabilecek, buna karşılık saldırının etkisinin yanında, saldırıdan kaynaklanmış olsa bile, öfke gibi sebeplerle sınır aşıldığında

TCK'nın 27. maddesinin 1. fıkrası ise hukuki niteliği itibariyle hukuka uygunluk nedeninin sınırının aşılmasında hata halini düzenlemektedir. Buradaki hata haline ilişkin olarak öğretide farklı görüşler bulunmaktadır¹⁴². Farklı görüşlerin nedenleri incelendiğinde ise; hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasının, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ve hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hata ile ne derece birbirlerine yaklaştıkları ile ilgili olduğunu görmekteyiz.

Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının kast olmaksızın aşılması halinde hata, sınırın ölçü yönünden aşılması şeklinde tezahür edebilmektedir. İlgili maddede sınırın taksirle aşılması halinin de düzenlendiğini görmekteyiz.

Örneğin meşru savunma koşullarını doğru değerlendiren ve zanlının ayağına ateş etme kastıyla hareket eden fail, yanlışlıkla ve orantısız bir şekilde zanlıyı hayati bölgeden vurmak suretiyle ölümüne neden olması durumunda m.27/1'den istifade edebilecektir. Böyle bir durumda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata söz konusu değildir. Burada fail kendisine yönelen saldırıyı doğru değerlendirmiş olup maddi koşullara ilişkin bilgisi de tamdır. Diğer taraftan hukuka uygunluk nedeninin sınırının bilinmemesi, dolayısıyla normun yasakladığı davranışa izin veren normun sınırında bir hata da söz konusu değildir. Burada fail, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı hata hali olmaksızın aşmıştır. Bu yönüyle m.27/1, hatanın ötesine geçen bir düzenleme niteliğindedir¹⁴³.

Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılması, maddi koşullarda yanılma nedeniyle de ortaya çıkabilmektedir. KOCA, bu yönü nedeniyle "*hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki hatanın bir görünüm şekli*" olarak nitelendirmektedir¹⁴⁴. Dolayısıyla hukuki sorunun hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya ilişkin hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Gerçekten hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılmasının temelinde hukuka uygunluk

ise aynı korumadan faydalanılması söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle, failin amacı, saldırının defedilmesinden çok, kin duygusunu tatmine yönelik ise meşru savunmada sınırın aşılması değil, ancak haksız tahrik söz konusu olabilecektir".

¹⁴² KOCA/ÜZÜLMEZ, s.305 vd.; GÖKTÜRK, (2014), s.28; DEĞİRMENCİ, s.179-181; ERMAN, s.286.

¹⁴³ ERMAN, s.288.

¹⁴⁴ KOCA, s.98.

nedenlerinin maddi koşullarında hata yatıyor olabilir¹⁴⁵. Hukuka aykırı saldırının niteliğini yanlış değerlendirerek aşırı şiddet kullanan kişiye ilişkin olarak meşru savunmada sınırın aşılması, maddi koşulların yanlış değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Savunmada saldırıyı defedecek ölçüde olması unsuru, kastın kapsamında bulunması gereken normatif unsur niteliğinde olduğundan, hata kastı ortadan kaldırır¹⁴⁶. Failin daha dikkatli ve özenli davranması halinde savunmanın ölçüsündeki sınır aşımı öngörülebilmese, failin taksirli sorumluluğu söz konusu olacağından cezasında m.27/1 uyarınca indirimde gidilebilecektir.

Son olarak da; hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılması, nedenlerinin varlığında yanılma haline benzer şekilde, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında yanılma şeklinde tezahür edebilmektedir. Bu durumda yanılma hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında değil, normun yasakladığı davranışa izin veren normun sınırındadır. Kişi somut vakıyı zihninde doğru bir şekilde tasavvur etmekte, ancak izin normunu bilmemekte ya da yanlış bilmeye dayalı bir değerlendirme hatası bulunmaktadır¹⁴⁷. Tedip hakkının etkili eylemde bulunma hakkını verdiğini düşünen ebeveynin bu yöndeki davranışı, izin normunun sınırlarında yanılmaya örnek gösterilebilir¹⁴⁸.

İzin normunun sınırında yanılma hukuki niteliği itibariyle izin normunun varlığında yanılma ile benzerlik göstermektedir. Her iki hata halinde de failin yanılması, izin veren norm üzerindedir. Failin yanılışı hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin varlığında olabileceği gibi, sınırının yanlış bilinmesi ya da bilinmemesinden kaynaklanabilmektedir. Her iki ihtimalde de hata, failin haksızlık oluşturduğu konusundadır. Bu nedenle haksızlık yanılışına ilişkin TCK'nın 30/4. maddesinin uygulanması gerekmektedir.

Alman Ceza Hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılması durumunda yasak hatası kapsamında görülmesi nedeniyle m.17 hükmü uygulanmakta, hatanın kaçınılmaz olup olmamasına göre ceza sorumluluğu şekillenmektedir¹⁴⁹. Daha önce belirttiğimiz üzere TCK m.27/1 hükmüne benzer bir düzenlemeye ise Alman Ceza Kanunu'nda yer verilmemiştir.

¹⁴⁵ ERMAN, s.287.

¹⁴⁶ KOCA, s.99.

¹⁴⁷ GÖKTÜRK, (2014), s.28

¹⁴⁸ DEĞİRMENCİ, s.168.

¹⁴⁹ JOEKS, StGB § 17, Rn.33; HEINTSCHEL-HEINEGG, StGB § 17 Rn. 31-33.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın izin yanılığısı nedeniyle aşılması durumunda, TCK'da 27/1. maddesinin uygulanması konusunda madde gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Kanun'un 30/4. maddesinde haksızlık yanılığısına ilişkin hatanın kaçınılmaz olması halinde cezasızlık hali öngörüldüğünden m.27/1 uygulanması gündeme gelmeyecektir. Ancak hatanın kaçınılabilir olması durumunda, failin taksirli sorumluluğu söz konusu olacağından cezasında m.27/1 uyarınca indirimine gidilebilecektir.

SONUÇ

Hukuk uygunluk nedenlerinde hata, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında, hukuka nedenlerinin varlığında ya da sınırında olabilmektedir. Her üç hata halinin hukuki niteliği birbirinden farklılık göstermektedir.

Türk Ceza Kanunu'nda 30.maddesinin 3. fıkrasında hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın "*ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler*" başlığı altında düzenlendiğini, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılması halini ise 27. maddenin 1. fıkrasında yer verildiğini görmekteyiz. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile nedenlerin varlığında hata konusu 30/3. maddesi kapsamında, aynı madde altında normatif düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi koşullarında hata makalemizin öğretide en tartışmalı konusunu oluşturmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda normatif olarak düzenlenmemiş olan bu hata hali, tipiklikteki unsur hatası ile aynı mahiyette görülmektedir. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullardaki yanılma ile maddi unsurlarda yanılma (tıpte yanılma) yapısal ve nesnel anlamda ortak bir özelliğe sahiptir. Her iki yanılma türünde de, fail için geçerli olan hukuk normlarına değil, maddi olaylara ilişkin bir yanılığ söz konusu olup, burada unsur yanılığısından farklı olarak haksızlığı doğuran değil, ortadan kaldıran koşullarda bir yanılığ söz konusudur. Bu yapısal benzerlik nedeniyle, öğretide unsur yanılığısını düzenleyen hükmün kıyas yoluyla uygulanması gerektiği görüşü hâkimdir.

Normatif düzenleme dikkate alınarak Kanunumuzda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda katı kusur teorisinin esas alındığı yönünde öğretide görüşler bulunmakta birlikte, katı kusur değil öğretide ağırlıklı görüş olan sınırlı kusur teorisinin esas alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

M.30/3'deki düzenlemede unsur hatasına yönelik m.30/1'e atıf bulunmadığından, sınırlı kusur teorisi kapsamında kıyasen uygulama

yapılması mümkün görülmektedir. Ancak, kastın kalkmasına sebep olan hatanın m.30/3'ün lafzı nedeniyle kaçınılmaz hata olarak nitelendirilmesinin zorunlu olduğu düşünülmektedir.

Hatanın kaçınılabılır olmasına bir hukuki sonuç bağlanmamış olması diğer bir tartışma konusunu teşkil etmektedir. Zira m.30/3'deki düzenlemede Alman Ceza Kanunu'nun 17/2. maddesindeki gibi indirim halini düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir. Failin gerekli dikkat ve özeni göstermesi durumunda yanılığa düşmeyeceği sonucuna varılıyor ise, kaçınılabılırliğin ölçüsüne göre kusurundaki azalma oranında kasten işlenen suçun cezasında indirim yapılmasını mümkün kılan bir düzenlemenin olması, uygulamada doğabilecek tereddütleri giderebilecektir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hata ise haksızlık yanılığı ile benzerlik göstermektedir. Burada hata, haksızlık yanılığından farklı olarak yasaklayıcı normda değil, izin veren normun varlığına ilişkindir. Dolayısıyla "kaçınılmazlık" ölçütünün kullanılması yönünden bir sorun bulunmamakta, ancak kaçınılabılır hata durumunda ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği yukarıda belirtildiği üzere tartışma konusu oluşturmaktadır.

Son olarak; hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılması konusunda TCK'nın 27. maddesinin 1. fıkrasında düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemede, failin kast olmaksızın hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı aşması durumunda taksirli sorumluluk hali hüküm altına alınmıştır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınır aşımı durumu, hatanın mahiyetine göre kasıt ya da kusurluluk üzerinde etkide bulunabilecektir. Alman Ceza Kanunu'nda izin hatası olarak görülen ve yasak hatası hükümlerinin uygulanması yoluyla çözüme kavuşturulan söz konusu sınır aşımı kurumu, m.27/1'deki düzenlemeyle hata konusunun da ötesinde ceza sorumluluğunu daraltan bir içeriğe sahiptir. Failin taksirli sorumluluğunun öngörülmesi ise, sınır aşımına ilişkin failin dikkat ve özen yükümlülüğüne ne derece uygun davrandığının incelenmesini gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Emin, ÇAKIR, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- BOCK, Dennis: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 1. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2018.
- CENDEL, Nur /ZAFER, Hamide /ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- CHRISTOPH, Stephan: Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Falllösung, **Juristische Arbeitsblätter**, Heft 1, 2016 (Beck online).
- DEĞİRMENCİ, Olgun: “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB Dergisi**, Sayı: 110, 2014, s.129-188.
- DEMİRBAŞ, Timur: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- DÖNMEZER, Sulhi /ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.II, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.
- DURŞUN, Selman/BOZBAYINDIR, Ali Emrah: “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 63-90.
- ERMAN, Ragıp Barış: **Yanılmamanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- FISCHER, Thomas: **Strafgesetzbuch**, 56. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2009.
- FRUEND, Georg: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Springer Verlag, Heidelberg, 2009.
- GÖKTÜRK, Neslihan: “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılığın Hukuki Niteliği”, **Ceza Hukuku Dergisi**, 2014, S.26, s.6-30.
- GÖKTÜRK, Neslihan: “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte

- midir?”, **Ceza Hukuku Dergisi**, 2015, C.10, S.27, s.7-28.
- GÖKTÜRK, Neslihan: **Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- GROPP Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Springer Verlag, Heidelberg, 2001.
- GÜNGÖR, Devrim: **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- HEINRICH, Bernd: **Ceza Hukuku, Genel Kısım II**, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd: **Beck’sche Online-Kommentare**, 46. Edition, Verlag C.H.BECK, München, 2020.
- HÖFLICH, Peter / WELLER, Frank: **Strafrecht-Schnell Erfasst**, 2. Auflage Springer Verlag, Heidelberg, 2005.
- JOEKS, Wolfgang: **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 3. Auflage Verlag C.H. Beck, München, 2017.
- JÜNEMANN, Alexander: “Alman Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sistemi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt 9, S.26, 2014, s. 279-281. (Çeviren İlker Tepe)
- KEÇELİOĞLU, Elvan: “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBB Dergisi**, Sayı.87, 2010, s.299-321.
- KEÇELİOĞLU, Elvan: “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S.2, 2013, s. 21-33.
- KINDHAUSER,Urs/NEUMAN,Ulfrid/PAEFFGEN, Hans Ullrich: **Strafgesetzbuch-Nomos Kommentar**, 5. Auflage, 2017.
- KOCA, Mahmut /ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- KOCA, Mahmut: “Türk Ceza Hukukunda Hata”, **3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- KÖHLER, Michael: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 1. Auflage, Springer Verlag, Heidelberg, 1997.

- KÜHL, Kristian: **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2018.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil: “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, **Suç Politikası, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi (5)**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- ÖZBEK, Veli Özer /DOĞAN, Koray /BACAKSIZ, Pınar: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- PUPPE, Ingeborg: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002.
- SARIGÜL, Ali Tanju: “Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 2, s.663-693.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: **Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl, Verlag C.H.Beck, München, 2019.
- SOYER GÜLEÇ, Sesim: “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1, 2008, s.59-91.
- SÖZÜER, Adem: **Suçta Teşebbüs**, 1. Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994.
- ŞENOL, Cem: “5237 sayılı TCK’ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 14, Sayı 149, 2019, s.60-69.
- TOPRAK, Ufuk: “Alman Ceza Hukukunda Düzenlenen Kasıt ve Yanılma Türlerine Dair Kısa Bir İnceleme”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 64, 2012, s.29-45.
- YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried: **Strafgesetzbuch (StGB) Alman Ceza Kanunu**, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

**KOVID-19 SALGININDA YOĞUN BAKIM YATAKLARI
VE SOLUNUM CİHAZLARININ TAHSİSİ (TRİYAJ)
KARARLARININ ETİKSEL VE CEZA HUKUKU BAKIMINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Mehmet ARSLAN*

ÖZ

Kovid-19 salgınının giderek kötüleşmeye devam etmesi, yoğun bakım yatakları ile solunum cihazlarının tedaviye ihtiyaç duyan hasta sayısı karşısında yetersiz kalması halinde; hekimlerin ve sağlık çalışanlarının bu hususta bir tahsise (triyaja) gitmeleri kaçınılmaz olacaktır. Hekimlerin ve sağlık çalışanlarının yapmak zorunda kalacağı seçimin, hastalar bakımından ölümlerle neticelenmesi dahi mümkündür. Bu şekildeki kritik bir kararın verilmesinde göz önüne alınacak kriterlerin etiksel anlamda doğru olmaları gerekir. Keza triyaj kararları ceza hukuku açısından da bazı sorunları beraberinde getirmekte ve bu açıdan da irdelenmeleri gerekmektedir. Bu çalışma kapsamında adı geçen triyaj kararının etiksel anlamda adilliği, utilitarist ve ödev etiğinin gereklilikleri göz önünde bulundurularak cevaplandırılmaya çalışılmaktadır. Özellikle gençlerin yaşlılara tercih edilmesi gibi genel bir triyaj uygulamasının etiksel anlamda sorunlu taraflarına değinilecek ve tatmin edici bir kriter aranacaktır. Diğer taraftan, yoğun bakım yatakları ile solunum cihazlarının tedaviye ihtiyaç duyan hasta sayısı karşısında yetersiz kalması halinde; hekimin yapacağı seçim sonucu tedavisi ihmal edilen hasta bakımından hekimin eyleminin ceza hukuku anlamında hukuka uygunluğu ve kusurluluğuna değinilecektir.

***Anahtar Kelimeler:** adalet ilkesi, utilitarist etik, ödev etiği, yükümlülükler çatışması, zorunluluk hali.*

**AN ETHICAL AND CRIMINAL ASSESSMENT OF TRIAGE DECISIONS
REGARDING THE ALLOCATION OF INTENSIVE CARE UNIT BEDS AND
VENTILATORS DURING COVID 19 OUTBREAK**

ABSTRACT

Insufficient places in the intensive care unit and lacking ventilators in view of the number of patients in need of treatment will make a triage decision on the part

* Dr. LL.M (Freiburg) e-posta: meharslan85@gmail.com

ORCID ID:0000-0002-3928-8887

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775418

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/05/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/07/2020

of the doctors and health care workers necessary, if Covid 19 outbreak continues to worsen. The inevitable selection amongst the patients by doctors and health care workers can have lethal consequences for patients. Such a critical decision only has to be made taking justifiable ethical standards into account. Furthermore, the triage decisions raise criminal questions and also need to be assessed in this regard. The article discusses the ethical fairness of the aforementioned triage decision in the light of the requirements of utilitarianism and duty ethics. In particular, attention is drawn to the problematic aspects of a general triage practice, which would be to give young people priority over old ones. The article seeks another reasonable criterion. On the other hand, the lawfulness and culpability of the doctor's act, in the sense of criminal law, regarding the failure to treat a patient must be determined, in situations where the doctor has to make a choice between the patients given the lack of bed in the intensive care units and the limited number of ventilators.

Key Words: *principle of justice, utilitarian ethics, duty ethics, collision of duties, duress.*

Giriş

Ülkemiz ve dünya şu anda daha önce benzeri görülmemiş bir Kovid-19 salgınıyla başa çıkmak için büyük bir gayret içindedir. An itibariyle tıbbi kaynakların salgınla mücadelede tahsisi konusunda Türkiye’de her ne kadar bir sorun yaşanılmadıysa da; Kovid-19 virüsünün dinamik yapısı ve özellikle tedavi edici bir aşısının henüz geliştirilmemiş olması karşısında, tıbbi kaynakların tahsisi konusunda ileride darboğazların yaşanabileceği ihtimalini gözden kaçırmamak icap eder. Umudumuz, hekim ve sağlık çalışanlarımızın tıbbi kaynaklar konusunda bir sıkıntı yaşamadan salgınla başarılı bir şekilde mücadelelerini sürdürmeleri ve en kısa zamanda bu mücadeleyi başarıyla sonlandırılmalarıdır. Ancak bir ihtimal de olsa, istenmeyen darboğazların yaşanması mümkündür ve bunlar birçok şekilde gerçekleşebilir.

Salgını mevcut durumda sert geçiren ülkelerde özellikle yoğun bakım yatakları ve solunum cihazları konusunda sıkıntılar yaşandığı dile getirilmektedir.¹ Hekimlerin ve sağlık personelinin, mevcut kaynakların tedaviye ihtiyaç duyan hastaların taleplerini karşılamada yetersiz kaldığı ve bir seçim yapmak zorunda kaldıkları gözlemlenmektedir. Adı geçen seçimin ise hekimler ve sağlık personelleri tarafından etiksel ölçütlere uygun olarak

¹ Bkz. LÜBBE, s. 1 vd.; EZEKİEL VE DİĞERLERİ, s. 2.

yapılması mesleklerinin bir gereğidir. Keza böyle durumlarda ihtiyaç duyulan tedaviyi kaynakların sınırlı olmasından dolayı alamayacak hastaların, ölüme varacak kadar bazı ağır bedensel neticelerle yüz yüze kalmaları mümkündür. Bu durum karşısında hekimin ve sağlık personelinin yaptığı seçimin ceza hukuku anlamında bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir.

Kovid-19 hastalarının tedavisinde yoğun bakım yatakları ve solunum cihazlarının tahsisi konusunda başvurulması artık kaçınılmaz olacak bir triyajın (ayrıştırmanın/seçimin) etiksel ve cezai sınırları mevzuları; her iki disiplin bakımından kolay olmayan, bir o kadar tartışmalı hususlardır. Ancak buna rağmen sorunların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Nitekim kendi içinde tutarlı gerekçelerle tercih edilebilecek etiksel ve ceza hukuku çözümleri mevcuttur. Aşağıda her iki husus bakımından muhtemel çözümler sadece genel hatlarıyla ortaya konulacaktır. Yapılan açıklamaların konuyla ilgili her hususu göz önüne aldığı iddia edilmemektedir. Ayrıca bu çalışma ilgili kurum ve meslek organlarının Kovid-19 hastalığının tedavi sürecinde yaşanması muhtemel darboğazların aşılması veya gerektiğinde triyajın uygulanma şartlarını gösterecek aşamalı bir seyir planı şeklinde kaleme alınmamıştır.² Sadece yoğun bakım yatakları ve solunum cihazlarının talepleri karşılamayacak şekilde sınırlı olduğu ve artık bir seçim yapılmasının zorunlu olduğu muhtemel bir durumda; çözümü etik ve ceza hukuku anlamında oldukça sorunlu gözükken iki senaryoya değinilecektir. Bunlardan ilkinde, acil olarak solunum cihazına bağlanması gereken Kovid-19 hastaları arasında bir seçimde bulunulması gerekmektedir. Sorunu daha da somutlaştırmak adına, hekimin mevcut olan son solunum cihazına acil olarak solunum cihazına bağlaması gereken iki hastadan birisini bağladığı ve diğerinin ise solunum desteği alamamasından dolayı hastalığına yenik düşüp öldüğü varsayılacaktır (1. Senaryo). İkinci senaryoda ise, mevcut yoğun bakım yataklarının ve solunum cihazlarının tamamen dolduğu varsayılacaktır. Hekimin sonradan gelen ve acil olarak solunum cihazına bağlanması gereken bir Kovid-19 hastasına yer açmak için; halihazırda yoğun bakımda bulunan ve solunum cihazına aynı şekilde acil olarak ihtiyaç duyan ve cihaza bağlı bir hastanın

² Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün Pandemi İnfluenza Ulusal Hazırlık Planı mevcuttur (https://grip.gov.tr/depo/saglik-calisanlari/ulusal_pandemi_plani.pdf). Ancak plan ayrıntılı triyaj kuralları içermemektedir; bu husus 2019-nCoV Hastalığı Sağlık Çalışanları Rehberi (https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/haberler/ncov/2019-nCov_Hastal_Salk_alanlar_Rehberi.pdf) için de geçerlidir. Yine ayrıntılı olmayan bir şekilde TÜRK TABİPLER BİRLİĞİ, Kaynakların Dağıtımı; ayrıntılı planlar için krş. DEUTSCHE INTERDISZIPLINÄRE VEREINIGUNG FÜR INTENSIV- UND NOTFALLMEDIZIN, s. 3 vd.

tedavisini kestiği ve hastayı solunum cihazından aldığı varsayımından yola çıkılacaktır. Bu ihtimalde de cihazdan alınan hasta Kovid-19'a yenik düşüp ölmektedir (2. Senaryo).³

I. Kovid-19 Hastalarının Tedavisinde Sınırlı Sayıdaki Yoğun Bakım Yatağı ve Solunum Cihazlarının Tahsisinde Göz Önüne Alınması Gereken Etiksel Kriterler

A. Genel Olarak

Yoğun bakım yataklarının ve solunum cihazlarının sınırlı sayıda veya tükenmiş olması karşısında, tedaviye ihtiyaç duyan hastalar arasında zorunlu bir seçime giden hekim veya sağlık çalışanının, aleyhine seçim yaptığı hasta bakımından tıp etiğinin yerleşmiş prensiplerine (hastanın iyiliği/beneficence, zarar vermemek/non-maleficence, özerklik/autonomy ve adalet/justice) tam olarak uyamadığı ortadadır.⁴ 1. Senaryoda son kalan solunum cihazı bir hastaya tahsis edilirken, diğer hastanın yoğun bakım tedavisi, onun menfaati ve muhtemelen iradesi hilafına ihmal edilmek zorunda kalınmaktadır. 2. Senaryoda bir hastaya yer açmak için, diğerinin yoğun bakım tedavisi, yine aynı şekilde menfaatinin ve muhtemelen iradesinin aksine sonlandırılmaktadır.

Hekim veya sağlık çalışanlarının bu eylemlerinin etiksel anlamda doğru olup olmadıkları veya adı geçen kişilerin seçimlerinde hangi etiksel ölçütlerden yararlanmaları gerektiği soruları benimsenecek etiksel teori bakımından farklı şekillerde cevaplandırılabilir. Bu bağlamda, seçime somut olayda tedaviyi yapan ahlaklı bir hekimin vicdanına danışarak oluşturduğu kanaatinin (erdem etiği) esas alınması mümkün olduğu gibi, faydacı (utilitarizm) veya Kant'ın ödev etiğinin de (Pflichtethik) esas alınması mümkündür.⁵

Her iki senaryonun sınırlı veya tükenmiş kaynaklar karşısında yapılması zorunlu olan bir dağıtım/tahsisi ilgilendirdiği göz önüne alındığında; asıl sorunun kaynakların *adil* dağıtım olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle hangi etiksel teori benimsenirse benimsensin, her iki senaryo bakımından da yapılan seçimlerin veya seçimlerde göz önüne alınacak kıstasların etik anlamda adilliklerinin belirlenmesi gerekir. Etiksel değerlendirme açısından,

³ Krş. BIOETHIKKOMMISSION, s. 9.

⁴ ÖSTERREICHISCHE GESELLSCHAFT FÜR ANAESTHESIOLOGIE, REANIMATION UND INTENSIVMEDIZIN, s. 5 vd.; DEUTSCHE BISCHOFSKONFERENZ, s. 2; ayrıca bkz. TÜRK TABİPLER BİRLİĞİ, 2. Sağlık Hizmetleri.

⁵ Krş. STOECKER, s. 3 vd.; LÜBBE, s. 1 vd.

yukarıda belirtilen tıp etiğinin yerleşmiş prensiplerinden adaletin belirleyici olduğu görülmektedir.

B. Genel Triyaj Kuralları

Esasında sınırlı kaynakların tedaviye ihtiyaç duyan birden fazla hastaya tahsis edilmesi tıp bilimine yabancı değildir. Tıpta böyle durumlar bakımından uygulanan usuller triyaj tabiri altında ele alınmaktadır. Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğine göre triyaj: ‘Çok sayıda hasta ve yaralının bulunduğu durumlarda, bunlardan öncelikli tedavi ve nakil edilmesi gerekenlerin tespiti amacıyla, olay yerinde ve bunların ulaştırıldığı her sağlık kuruluşunda yapılan hızlı seçme ve kodlama işlemi’ olarak tanımlanmaktadır (m. 4 f. 1 bent y).⁶ Acil durumların dışında özellikle savaş, doğal ve insan kaynaklı afetler hallerinde de, mevcut sınırlı kaynakların nasıl tahsis edilmesi gerektiğine yönelik yerleşik bazı triyaj usul ve kuralları mevcuttur.⁷ Adı geçen triyaj usullerinin etiksel anlamda ‘çok sayıda kişi için en iyisi’⁸ veya ‘en fazla sayıda yaşam kurtarmak’⁹ gibi adaleti sağlamaya çalışan ilkelerden yola çıktığı görülmektedir. Her iki ilkenin temelinde, belirli bir değer maksimizasyonu yattığı için ilk bakışta utilitarist bir anlayışın hakim olduğu görülmektedir.¹⁰ Ancak bu ilkelerin Kovid-19 gibi kaynakların adil tahsisi sorununa yol açabilecek salgınlar bakımından somutlaştırılması gerekmektedir. Bu, hem tıbben Kovid-19 hastaları için takip edilmesi gereken tedavi süreç ve aşamaları bakımından hem de yukarıda belirtilen senaryolarda olduğu gibi spesifik bazı durumlarda verilmesi gereken etiksel kararlar bakımından geçerlidir. Başka bir ifadeyle, genel triyaj usul ve kurallarının Kovid-19’a tıbbi ve etiksel anlamda uyarlanması gerekmektedir.

‘Çok sayıda kişi için en iyisi’ ilkesi, yukarıda değinilen 1. ve 2. senaryo bakımından yeterince somut ve yol gösterici değildir. 1. Senaryo bakımından en iyisi, her iki hastayı da solunum cihazına bağlamaktır. Ancak bu mümkün değildir. 2. Senaryoda en iyisi, mevcut solunum cihazına bağlı hastayı

⁶ Resmî Gazete Tarihi: 11.05.2000 Resmî Gazete Sayısı: 24046.

⁷ Bkz. TRİAJ ÖNCELİK BELİRLEME, s. 2 vd; BİRHEKİMOĞLU, s. 5 vd.; LÜBBE, s. 2 vd.

⁸ TRİAJ ÖNCELİK BELİRLEME, s. 2.

⁹ BİRHEKİMOĞLU, s. 3; LÜBBE, s. 2; benzer şekilde TÜRK TABİPLER BİRLİĞİ, Kaynakların Dağıtımı.

¹⁰ Utilitarizmin farklı anlayışı şekilleri için bkz. STOECKER, s. 4; ayrıca bkz. INFLUENZA-PANDEMIEPLAN SCHWEIZ, s. 95; karşı görüş için bkz. DEUTSCHER ETHIKRAT, s. 3.

cihazdan almamak ve sonradan gelen hastayı başka bir cihaza bağlamaktadır. Ancak somut koşullar bakımından bu da mümkün değildir. ‘En iyi’nin bireysel anlamda değil de; ilgili hastaların hepsi veya toplumsal anlamda bir değerlendirmeyi gerektirdiği kast ediliyorsa, o zaman bunun belirtilmesi ve bu durumlarda en *iyinin* belirlenmesi gerekir.

‘En fazla sayıda yaşam kurtarmak’ kuralı da aynı şekilde her iki senaryo bakımından yol gösterici değildir. Çünkü 1. Senaryo bakımından bir seçimin yapılması zorunlu, 2. senaryo bakımından ise seçimin yapılması mümkündür. Adı geçen kuralın bu sorunları çözecek şekilde somutlaştırılması gerekmektedir.

C. Adalet İlkesi

Tıp etiğinde hekimin hastanın tedavisinde adalet ilkesine uymasının ne şekilde gerçekleşeceği konusunda – yukarıda da belirtildiği gibi – etik teorilerinin cevapları farklı olmaktadır. Ancak bunlar arasında görüş birliğinde bulunulan ana çıkarım, eşitlik kuralıdır; benzer vakıaların eşit muamelesi gerekir ve benzer olmayan vakıaların eşit olmayan muamelesi, ancak etiksel anlamda geçerli farklılıklarının bulunması halinde meşrudur. Başka bir ifadeyle, mevcut tedavi imkanlarından benzer hastaların eşit bir şekilde faydalanması sağlanmalı ve benzer olmayan vakıalar arasında farklı bir muameleye ancak etiksel anlamda geçerli bir neden varsa gidilmelidir.¹¹ Görüldüğü gibi eşitlik kuralının ilk haliyle anlaşılması konusunda bir belirsizlik olmamasına rağmen benzer olmayan vakıalar bakımından farklılığı yaratacak geçerli nedenin belirlenmesi, bunun adil olup olmadığı sorusunu tekrardan gündeme getirmektedir. Diğer taraftan akla gelebilecek neden veya nedenlerin olumsuz olarak belirlenmesi (ör.; kimsenin ırkı, dini, rengi farklı muameleyi haklı kılamaz şeklinde), genelde olumlu olarak belirlenmesinden (ör.; gençlere öncelik verilmesi gerekir şeklinde) daha kolay taraftar bulmaktadır.¹²

Yukarıda belirtilen 1. ve 2. Senaryoda bütün hastaların solunum cihazlarına tıbbi anlamda acil ihtiyaç duydukları kabul edilmişti. Başka bir ifadeyle, mevcut durumda hastaların solunum cihazına bağlanmaları veya cihaza bağlı kalmaları tıbbi olarak gerekli ve tek mümkün tedavi yoludur. Eşitlik kuralı anlamında; hepsinin ihtiyaç duydukları tedavi bakımından benzer durumda oldukları görülmektedir. Ancak eşit muameleye/tedaviye tabi

¹¹ Bkz. STOECKER, s. 5.

¹² Krş. DEUTSCHER ETHIKRAT, s. 3 vd.; WALTER, s. 2.

tutulmaları sınırlı kaynaklardan dolayı mümkün değildir. Keza, yukarıdaki ana senaryoda belirtilmeyen ve adalet ilkesi kapsamında göz önüne alınabilecek farklılaştırma nedeni olarak somut olayda birçok neden solunum cihazının tahsisine yönelik seçimde belirleyici olabilir. Bu bağlamda adilliği en çok tartışılan (olumlu) nedenlerden biri, tedavinin başarı ihtimali kriteridir.

D. Tedavinin Başarı İhtimali Kriteri

1. Genel Olarak

Bu kritere göre; hekimin hastaların genel sağlık durumları ve Covid-19'a karşı verdikleri tepkileri değerlendirip, yoğun bakım yatağının ve solunum cihazının tahsisinde tedavisinin başarı ihtimali daha yüksek olanı diğer hastalara karşı tercih etmesi adil olarak görülebilir.¹³ Bu şekilde, sınırlı kaynakların en fazla kişinin kurtarılması yönünden en etkili ve adil bir şekilde kullanılmış olacağı kabul edilebilir.¹⁴ 'Çok sayıda kişi için en iyisi' ilkesi, ilgili hastaların hepsi bakımından bu şekilde anlaşılıp uygulanabilir olacaktır. 1. Senaryoda hekim, başarı ihtimali daha yüksek olan Covid-19 hastasının tedavisini diğerine yeğleyecektir. 2. Senaryo bakımından ise; hekimin bu kriteri göz önüne alması durumunda, yoğun bakımda solunum cihazına bağlı olan hastayı cihazdan alıp tedavisinin başarı şansı daha yüksek olan hastayı tercih etmesi de aynı şekilde savunulabilecektir.

Ancak daha yüksek başarı ihtimali kriterinin uygulanması ve adilliği konusunda bazı sorunların varlığına da işaret etmek gerekir.

2. Tedavinin Başarı İhtimali Kriterinin Yetersiz Kaldığı Durumlar ve Beraberinde Getirdiği Sorunlar

Öncelikle tedavinin başarı ihtimali bakımından *daha yüksekten* ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Bu bağlamda birbirine yakın ihtimallerin (%51, %50 gibi) varlığını kabul etmek veya bu durumlar bakımından kriterin uygulanması bazı absürt sonuçlar yaratacaktır. Onun için daha açık aralıkların (%70, %30 ve %80, %20 gibi) varlığı kabul edilip,

¹³ Krş. TRİAJ ÖNCELİK BELİRLEME, s. 11; DEUTSCHE INTERDISZIPLİNÄRE VEREINIGUNG FÜR INTENSIV- UND NOTFALLMEDIZIN, s. 4; ÖSTERREICHISCHE GESELLSCHAFT FÜR ANAESTHESIOLOGIE, REANIMATION UND INTENSIVMEDIZIN, s. 3 vd.; INFLUENZA-PANDEMIEPLAN SCHWEIZ, s. 97; HÖRNLE, s. 2; JÄGER/GRÜNDEL, s. 151; aynı doğrultuda DEUTSCHE BISCHOFSKONFERENZ, s. 5; karşı bir görüş için bkz. WALTER, s. 3.

¹⁴ Krş. GAEDE/KUBICIEL/SALIGER/TSAMBIKAKIS, s. 135 (taslak üzerinden).

sadece bunların göz önüne alınması gerektiği savunulabilir. Aralarında tercihte bulunulacak hastaların her ikisinin de çok yakın veya eşit denilebilecek başarı ihtimaline sahip olması durumunda ise nasıl karar verileceğinin hâlâ belirlenmesi gerekir.¹⁵ Bu gibi çıkmazlardan, iki hasta arasında kura çekilerek çıkılabileceği düşünülebilir. Bu durumda her ikisi de tedavi alma konusunda eşit şanslara sahip kılınacak ve eşitlik ilkesine şansların eşitliğinin sağlanmasıyla uyulmuş olacaktır.¹⁶

Ayrıca, daha yüksek başarı ihtimali kriterinin adillığının Kovid-19 özelinde, yaşlılar bakımından kategorik bir negatif ayrımcılığa yol açabileceği ileri sürebilir. Genç Kovid-19 hastalarının genelde daha yüksek başarı ihtimallerine sahip olmaları ve böylece yaşlı Kovid-19 hastalarının solunum cihazıyla tedavi olma konusunda mevcut kaynaklardan orantısız bir şekilde mahrum bırakılacakları söylenebilir.¹⁷ Ancak buna rağmen yüksek başarı ihtimali kriterinin, adillığın sınırlı kaynakların tahsisinin sağlanması bakımından mevcutlar arasından hâlâ en iyisi olduğu ileri savunulabilir. Şayet yaşlı hastalar bakımından aşırı orantısız bir durum yaratmasından çekiniliyorsa; tedavinin başarı ihtimaline bakılmadan, bütün haller bakımından kura çekilmesi düşünülebilir.¹⁸ Ancak bu durumda sınırlı kaynakların en fazla kişinin kurtarılması yönünden en etkili bir şekilde kullanımı tamamen tesadüfe bağlanmış olacak ve başarı ihtimali yüksek olan hastaların tedavisi kuradan dolayı ihmal edilmiş olacaktır. Bundan dolayı genel bir kura uygulamasının kontrol kaybına yol açacağı ortadadır. 'En fazla sayıda yaşam kurtarmak' kuralının makul ve kontrollü bir şekilde işletilmesi mümkün olmayacaktır.¹⁹

3. Tedaviye Başlanmasının İhmal Edilmesi İle Başlanmış Tedavinin Sonlandırılması Arasındaki Fark

Son olarak, daha yüksek başarı ihtimali kriteri uygulanarak 2. Senaryoda solunum cihazına bağlı hastanın cihazdan alınmasının 1. Senaryodaki iki kişi arasında seçim yapmaya nazaran daha farklı olduğu söylenebilir.²⁰

¹⁵ Krş. HÖRNLE, s. 2; HOVEN, s. 2.

¹⁶ Aksine bir görüş için bkz. HÖRNLE, s. 3; GAEDE/KUBICIEL/SALIGER/TSAMBIKAKIS, s. 138 (taslak üzerinden).

¹⁷ WALTER, s. 3; aynı doğrultuda DEUTSCHE BISCHOFSKONFERENZ, s. 4; STOECKER, s. 7.

¹⁸ Bu görüşte olanlar için bkz. ZIMMERMANN, s. 3; WALTER, s. 3.

¹⁹ Bkz. STOECKER, s. 5; karşı görüş için bkz. WALTER, s. 3.

²⁰ Krş. DEUTSCHE BISCHOFSKONFERENZ, s. 5; STOECKER, s. 10.

Farklılık sadece solunum cihazına bağlı olan hastanın tedavisine ilk olarak başlanmış olmasından değil, aynı zamanda hekimin mevcut hastayı iyileştirici tedaviye başka bir hastayı kurtarmak için aktif bir şekilde müdahalesinden/sonlandırmasından kaynaklanmaktadır.²¹ 1. Senaryoda tedavisine başlanılmayan hastaya karşı hekim sadece pasif kalmaktadır. Her halükarda aktif müdahalenin pasif ihmale nazaran maddi ve manevi eşiği daha yüksek bir eylem olduğu ve bundan dolayı meşruluğu bakımından daha sıkı koşullara tabi tutulması gerektiği kabul edilebilir.²² Hekimin davranışlarının farklı şekillerde olmasının, adalet prensibine uyması bağlamında bir anlam ifade ettiği genelde şu gerekçelerle kabul edilmektedir: Hekimin kaderin akışına bu şekilde aktif olarak müdahale etmemesi gerekir.²³ Etiksel ve dini ahlaki öğretilerin bu bağlamda yakınlaştıkları görülmektedir. Ancak bu durumlarda dahi başarı ihtimali kriterinin uygulama bulması gerektiği ileri sürülebileceği gibi²⁴ hekimin meslek ahlakına uygun bir şekilde ve vicdanına danışarak vereceği aktif bir müdahale kararının da etiksel anlamda doğru kabul edilmesi mümkündür.²⁵ Aksi takdirde hekimden her iki hastayı kaybetme riskini alarak hiçbir şey yapmaması beklenecektir ki; bunun hekimlik mesleğinin esasında olan hayat kurtarma misyonuyla bağdaştırılması mümkün değildir.

E. Geriye Kalan Yaşam Süresi Kriteri

Adalet ilkesi kapsamında göz önüne alınabilecek olumlu farklılaştırma nedeni sadece tedavinin başarı ihtimali kriteri değildir. Bunun yanında ‘çok sayıda kişi için en iyisi’ kuralının toplumsal faydanın maksimize edilmesi şeklinde de anlaşılması mümkündür. Buna göre, hekim Covid-19 hastalarının tedavi sürecinde sınırlı kaynakların kullanımında seçimde bulunurken, ortalama yaşam süresi karşısında hastaların geriye kalan yaşam sürelerini göz önüne almalıdır. Hekim, toplum için en iyi/faydalı olanı geriye kalan yaşam sürelerini maksimize ederek gerçekleştirecektir. 20 yaşında bir hasta ile 70

²¹ Krş. BIOETHIKKOMMISSION, s. 11.

²² Krş. HOVEN, s. 2.

²³ Krş. ZIMMERMANN, s. 3; WALTER, s. 3.

²⁴ DEUTSCHE INTERDISZIPLINÄRE VEREINIGUNG FÜR INTENSIV- UND NOTFALLMEDIZIN, s. 4; BIOETHIKKOMMISSION, s. 11; EZEKİEL VE DİĞERLERİ, s. 4.

²⁵ DEUTSCHER ETHIKRAT, s. 4; aynı doğrultuda HÖRNLE, s. 4 vd.; aksi görüş için bkz. DEUTSCHE BISCHOFSKONFERENZ, s. 5; başka bir karşı görüş için bkz. WALTER, s. 4; hekimin vicdanının kriter olarak alınmayacağı görüşü için bkz. GAEDE/KUBICIEL/SALIGER/TSAMBIKAKIS, s. 130 vd (taslak üzerinden).

yaşında bir hasta arasında seçim yaptığında; geriye kalan yaşam süresi daha fazla olan genç hasta bakımından tercihini kullanacaktır. Bu ilkenin seçimin yapılmasında ana ilke olarak kabul edilmesi mümkün olduğu gibi,²⁶ ikincil bir ilke olarak yukarıda kura çekilme ihtimali kapsamında tartışılan durumlarda veya hekimin vicdani kararının etiksel kriter olarak kabul edilmesi gerektiği savunulan durumlarda uygulanması da mümkündür.²⁷

Ancak geriye kalan yaşam süresinin göz önüne alınması kriterinin adilliği konusunda sadece yukarıda belirtilen yaş ayrımcılığı eleştirisi değil, özellikle ödev etiğinin ciddiye alınması gereken eleştirileri de mevcuttur.

Kişinin yaşam hakkının etiksel anlamda da herhangi bir değerlendirmeye (üstünlük veya düşüklük şeklinde) tabi tutulamayacağı düsturundan yola çıkıldığında; yaşlı bir kişinin genç birisine nazaran geriye daha az yaşam süresinin kaldığını, ‘toplumsal faydasının daha az olacağını’ ve bundan dolayı farklı şekilde muamelenin adil olduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır.²⁸ Çünkü bu şekilde yaşlı kişinin yaşamı başlı başına bir değer olarak kabul edilmemiş ve toplumsal fayda nitelendirilmesine tabi kılınmış olur.²⁹

F. Diğer Kriterler

Adalet ilkesi kapsamında göz önüne alınabilecek olumlu farklılaştırma nedenleri olarak çocuk, kadın ve yaşlılara, sağlık çalışanlarına, toplum için hassas görevler yürüten kişilere yukarıda belirtilen seçim durumlarında öncelik verilmesi de savunulmaktadır. Ancak bu nedenlerin esasında da son kertede, geriye kalan yaşam yıllarının göz önüne alınmasında olduğu gibi, tedavisi ihmal edilen (1. Senaryo) veya sonlandırılan (2. Senaryo) hastalar bakımından şahsi hakların toplumsal menfaatlere feda edilmesi yatmaktadır.³⁰ Bundan dolayı yaşam hakkının niteliksel bir değerlendirmeye açık olmadığı konusundaki kategorik eleştiriye tabidirler.³¹

²⁶ Karşı görüş için bkz. DEUTSCHER ETHIKRAT, s. 3; JÄGER/GRÜNDEL, s. 151; GAEDE/KUBICIEL/SALIGER/TSAMBIKAKIS, s. 133 vd (taslak üzerinden).

²⁷ Bu doğrultuda HÖRNLE, s. 4 vd.; HOVEN, s. 3; EZEKİEL VE DİĞERLERİ, s. 4.

²⁸ DEUTSCHER ETHIKRAT, s. 3; LÜBBE, S.3 vd.; aynı doğrultuda DEUTSCHE BISCHOFSKONFERENZ, s. 5; BIOETHIKKOMMISSION, s. 6; aynı şekilde KANGAL, s. 314; AFANDİYEV, s. 85.

²⁹ Aksi bir görüş için bkz. HÖRNLE, s. 4 vd.

³⁰ Utilitarizmin bu bağlamdaki sorunları için bkz. STOECKER, s. 4 vd.; bazı kişilere öncelik verilebileceği görüşü için bkz. EZEKİEL VE DİĞERLERİ, s. 5.

³¹ Krş. STOECKER, s. 8.

Adalet ilkesi kapsamında göz önüne alınabilecek olumsuz farklılaştırma nedenleri olarak ise; hekim ve sağlık çalışanlarının yukarıda belirtilen seçimlerini yapmalarında cinsiyet, sosyal sınıf, malvarlığı, din, mezhep, dünya görüşü, yaşam biçimi, ırk veya renk gibi hususları esas alamayacaklarını kabul etmek gerekir.³² Bunlar, benzer durumdaki kovid-19 hastaları bakımından olumsuz bir ayrımcılığa sebep olacak ve bu şekilde adalet ilkesini ihlal edecektir.

II. Kovid-19 Hastalarının Tedavisinde Sınırlı Sayıdaki Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarını Tahsis Edecek Hekimin Eyleminin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Hekimin yukarıda bahsedilen seçimlerinin ceza hukuku bakımından değerlendirilmesine gelince: bu bağlamda öncelikle başlanmamış tedavilerden birinin ihmal edilmesi (A.) ile başlanmış tedavinin sonlandırılması (B.) arasında bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir.

A. Tedavinin İhmal Edilmesi ve Cezai Sorumluluğun Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

1. Senaryo bakımından hekim, solunum cihazına acil olarak bağlanması gereken hastaların her ikisi bakımından da yaşamları bakımından meydana gelebilecek zararları önleme yükümlülüğü altındadır (Garantörlük: TCK m. 83 f. 2). Ancak hekim her iki hasta karşısında bu yükümlülüğüne uygun davranabilecek fiili imkâna sahip değildir. Birisini fiilen kurtarması, diğerinin ölümü ile sonuçlanacaktır. Başka bir ifadeyle, böyle bir durumda ‘yükümlülükler arasında bir çatışma’ mevcuttur. Hekim, ikisi arasında seçim yapmak, birisine karşı diğerine öncelik vermek zorundadır. Yaptığı seçim sonucu tedavisini gerçekleştiremediği hasta bakımından ölüm neticesinin doğmasını önleyememektedir. Daha terminolojik bir ifadeyle, ölümü engelleyecek tedaviyi ihmal etmek zorunda kalmakta ve bundan dolayı hasta ölmektedir. Hekimin bu eyleminin ceza hukuku bakımından nitelendirilmesi hususunda farklı görüşler mevcuttur.

³² Krş. TRIAJ ÖNCELİK BELİRLEME, s. 11; WALTER, s. 2; DEUTSCHE BISCHOFSKONFERENZ, s. 3; INFLUENZA-PANDEMIEPLAN SCHWEIZ, s. 94.

2. Kastın Mevcut Bulunmaması

Yargıtay'ın eski bazı kararlarında savunduğu bir görüşe göre; yükümlülükleri arasında çatışma yaşayan kişinin ihmal ettiği yükümlülük bakımından kasıtlı davrandığından bahsedilemez.³³ Buna göre 1. Senaryoda hekimin tedavisini ihmal etmek zorunda olduğu hastası bakımından ihmali davranışla tipik bir kasten öldürme fiilini işlediği (TCK m. 83 f. 1) söylenemez, çünkü hekimin kastı yoktur. Bu durumda hekim yargılansa dahi beraat edecektir (CMK m. 223 f. 2 bent c). Ancak bu görüşün zayıf bir yönü bulunmaktadır: Hekimin tedavisini ihmal ettiği hastanın kötülüğünü isteyerek hareket etmediği ve bundan dolayı kasıtlı davranmadığını kabul etmek, kanunda yer alan kast tanımı karşısında (TCK m. 21) mümkün değildir. Kast hekimin ihmali davranışı gerçekleştirirken ölüm neticesini öngörmesi ve bunu bir nevi 'istemese' dahi sinesine çekmek zorunda olması/bir sebeple kabul etmesi/göze alması halinde de vardır (bkz. TCK m. 21 f. 2).³⁴ Bu durumda ortada zorlanmış bir irade bulunmaktadır. Bu da manevi unsur bakımından değil, failin kusurunun değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır.

3. Yükümlülükler Çatışması

Esasında ceza hukuku yukarıda belirtilen hekimin seçim zorunluluğunu 'yükümlülüklerin çatışması' olarak zaten tanımaktadır.³⁵ Hiç kimsenin mümkün olandan fazlasını gerçekleştirmekle yükümlü tutulamayacağı (*ultra posse nemo obligatur*) ceza hukukunda da kabul edilen bir prensiptir.³⁶ Hekimin aynı anda her iki hastayı da kurtarması fiilen mümkün değildir. Aleyhine seçim yaptığı kişi bakımından ortada bir imkânsızlık durumu vardır.³⁷ Kanunumuzda açıkça düzenlenmeyen, ancak öğretide kabul edilen 'yükümlülüklerin çatışması' savına dayanıldığında; hekimin davranışının hukuka uygun olduğu kabul edilecektir.³⁸ Hatta 'yükümlülüklerin çatışması' savına ilişkin bir anlayışa göre; hekimin yukarıda hastalar arasında seçimde bulunurken etiksel anlamda

³³ Ayrıntılar için bkz. SELÇUK, s. 93 vd.; BACAKSIZ, s. 135.

³⁴ Nitekim olası kastta 'neticenin kabullenilmesi' isteme unsurunun varlığı için yeterlidir.

³⁵ Ayrıntılar için bkz. BACAKSIZ, s. 120 vd.; YURTLU, s. 778.

³⁶ HAKERİ, (2019), s. 379; HAKERİ, s. 2; AKBULUT, s. 525.

³⁷ AKBULUT, s. 523; HOVEN, s. 2.

³⁸ SELÇUK, s. 90; BACAKSIZ, s. 126; AKBULUT, s. 525; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 411; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 305; KANGAL, s. 386; aynı şekilde Alman hukukunda JÄGER/GRÜNDEL, s. 152; krş. GAEDE/KUBICIEL/SALIGER/TSAMBIKAKIS, s. 137 (taslak üzerinden).

gözetmesi gereken nedenlerden hangisine dayandığının bir önemi yoktur.³⁹ Aksi görüşe göre ise, yükümlülüklerin çatışması halinde dahi hekimin yaptığı seçimin etiksel anlamda kabul edilebilir olması gerekir. Buna göre, örneğin şayet hekim daha az ömrü kalan yaşlı hastaya genç hastayı tercih ederse, cezai sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır.⁴⁰ Kanaatimizce, hekimin seçimine etiksel olarak doğru olmayan kriterleri almış olmasının ceza hukuku sorumluluğunu belirlerken göz önüne alınması; hukuki sorumluluk ile etiksel sorumluluk arasındaki farkın göz ardı edilmesini doğuracaktır. Ayrıca hekim nihayetinde hukuki yükümlülüğü olan bir kişinin hayatını zaten kurtarmıştır.

Hekimin 1. Senaryodaki seçimi bakımından hukuka aykırı davrandığı kabul edildiğinde, artık kendisine tedavisini ihmal ettiği hasta veya yakınlarının meşru savunmada bulunması mümkün değildir (TCK m. 25 f. 1).⁴¹ Öğretide bir görüşe göre; özellikle aleyhinde seçimde bulunan kişiden kendisini korumaması beklenemeyeceğinden; hekimin seçimi bakımından hasta lehine meşru savunmayı mümkün kılacak bir çözüm tercih edilmelidir. Bu da hekimin seçiminin hukuka uygunluğunun aksine, sadece zorunluluk durumu gereği mazur görülmesini gerektirecektir.⁴² Kanaatimizce, bu çözüm her ne kadar hastanın kendisini koruma içgüdüğü bakımından anlaşılabilir olsa da; hekimin hukuken bir kişinin hayatını kurtarmakla yükümlü olması hususu göz ardı edilmemelidir. Hastaya meşru müdafaa hakkı tanınırsa, hekimin adı geçen yükümlülüğünü yerine getirememesi durumu doğacaktır.

Hekimin seçimi bakımından ‘yükümlülüklerin çatışması’ hukuka uygunluk nedeninin varlığı kabul edildiğinde; artık bu fiile azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmek mümkün olmayacaktır (TCK m. 40

³⁹ HÖRNLE, s. 1; HOVEN, s. 2; ZIMMERMANN, s. 2; JÄGER/GRÜNDEL, s. 154; aynı doğrultuda, ancak hekimin hastanın genç olmasını göz önüne alamayacağı görüşü için bkz. SELÇUK, s. 91; Alman hukukunda hekimin tedavisinin başarı ihtimali daha düşük olan hastaya öncelik vermesi durumunda, diğer hasta bakımından gerçekleştirdiği muhtemel ihmalle yaralama veya öldürme fiilleri bakımından taksir sorumluluğunun devam etmesi tartışılmakta ve kısmen kabul edilmektedir. Bunun için bkz. JÄGER/GRÜNDEL, s. 154; ayrıca bkz. GAEDE/KUBICIEL/SALIGER/TSAMBIKAKIS, s. 145 (taslak üzerinden).

⁴⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 342; krş. GAEDE/KUBICIEL/SALIGER/TSAMBIKAKIS, s. 140 (taslak üzerinden); karşı görüş için bkz. HAKERİ, (2019), s. 380; KANGAL, s. 387.

⁴¹ ÖZBEK/DOĞAN, s. 215.

⁴² Görüşler için ayrıntılı bir şekilde bkz. JÄGER/GRÜNDEL, s. 152; eşit değerler karşısından yükümlülükler çatışması halinde failin sadece mazur görülebileceği görüşü için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 341 vd.

f. 1).⁴³ Mevzuatımızda genel bir azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu kabul edilmediğinden; örneğin hekime kendi hastasına öncelik vermesi için rüşvet teklif eden kişi, adam öldürmeye azmettirmeye teşebbüs suçunu değil, sadece rüşvete teşebbüs suçunu işleyebilecektir (TCK m. 252, m. 35 f. 1).

4. Hakkın Kullanılması

‘Yükümlülüklerin çatışmasının’ kanunumuzda açıkça düzenlenmemiş olmasından dolayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği⁴⁴ ve muhtemel bir yargılamada hekimin beraatına (CMK m.223 f. 2 bent d) karar verilemeyeceği ileri sürülebilir.⁴⁵ Bundan dolayı hekimin adı geçen seçimi yaparken kanunda açıkça düzenlenen mesleğinin icrasından doğan bir hakkı (TCK m. 26 f. 1) kullandığı, fiilinin bu sebepten ötürü hukuka uygun olduğu ve muhtemel bir yargılamada beraatının (CMK m. 223 f. 2 bent d) gerektiği ileri sürülebilir. Ancak hukuka uygunluk nedeni olarak hekimin ‘hakkının icrasından’, genelde tedavide tıp mesleğinin kurallarına uygun davranması anlaşılmaktadır.⁴⁶ Hekim 1. Senaryoda tedavide tıp mesleğinin kurallarına zaten uymaktadır. Hekimin yapmak zorunda olduğu seçim hususu ise adı geçen kurallardan farklılık arz etmektedir. Söz konusu seçimin normatif değerlendirmesi bakımından hakkın kullanılması (TCK m. 26 f. 1) hukuka uygunluk nedeni yol gösterici olamamaktadır.

5. Kusurun Ortadan Kalması

Hekimin 1. Senaryoda yapacağı seçimin cezai nitelendirilmesi bakımından son olarak mevzuatımızdaki zorunluluk halinin (TCK m. 25 f. 2) uygulanabileceği düşünülebilir. Hekimin iki hasta arasında seçim yapmaması halinde, her ikisi bakımından muhakkak bir ölüm tehlikesinin doğacağı ve bu tehlikenin hastaların birisi bakımından bertaraf edilebilmesi için diğerinin yoğun bakım yatağından/solunum cihazından mahrum bırakılmaktan başka olanağın olmadığı söylenebilir. Ancak, hekimin yaşadığı ‘yükümlülükler çatışması’nın böylece zorunluluk haline *bir şekilde uyarlanmasının* bazı sorunları barındırdığını belirtmek gerekir.⁴⁷ Bunlardan ilki, zorunluluk

⁴³ Krş. ÖZBEK/DOĞAN, s. 215.

⁴⁴ Krş. BACAŞIZ, s. 132; HAKERİ, s. 2; karşı görüş için bkz. KEÇELİOĞLU, s. 301 vd.; ÖZBEK/DOĞAN, s. 197; ayrıca bkz. SELÇUK, s. 88

⁴⁵ Krş. BACAŞIZ, s. 137.

⁴⁶ Ayrıntılar için bkz. HAFİZOĞULLARI, s. 19.

⁴⁷ Zorunluluk hali ve yükümlülükler çatışması arasındaki farklılıklar için bkz. BACAŞIZ, s. 122 vd.

halinde olduğunu kabul ettiğimiz hekimin ölen hasta bakımından aslında ihmali bir davranışta bulunduğudır. Oysa zorunluluk halinde genelde birini kurtarmak için diğerine müdahale edilmektedir.⁴⁸ İkinci sorun ise, hekimin birinin hayatını kurtarmak için diğerinin hayatını kurtarmayı ihmal etmesidir. Bu bağlamda TCK m. 25 f. 2’de düzenlenen orantılılık ilkesine uygun davranılıp davranılamayacağını tartışılması gerekir. Hekim adı geçen hüküm anlamından hastayı ‘başka surette korumak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden’ kurtarmak zorunluluğuyla hareket etse de; adı geçen hüküm aynı zamanda ‘tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı’ bulmasını aramaktadır. Tehlikenin konusu 1. Senaryoda hem ihmali hasta bakımından hem de solunum cihazına takılan hasta bakımından hayatlarıdır.

Yargıtay’ın ilgili içtihadına bakıldığında; hayata karşı hayat şeklindeki bir değerlendirmenin TCK m. 25 f. 2 anlamında orantılı olamayacağı ve failin eyleminin mazur görülemeyeceği anlaşılmaktadır.⁴⁹ Ancak doktrinde isabetli bir şekilde TCK m. 25 f. 2’de sadece ‘tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı’ bulmasından bahsedildiği ve orantının iki eşit değer arasında bulunabileceğine dikkat çekilmektedir.⁵⁰ Keza hekimin yukarıda ayrıntılı bir şekilde ortaya konulan seçiminin etiksel olmasına dair kriterlere uyararak; tedavisinin başarı ihtimali daha yüksek bulunan hastaya öncelik vermesi halinde, iki hastanın yaşamlarının eşit derecede tehlike altında olmadığı ve bunun orantılılık değerlendirilmesi bakımından lehe göz önüne alınması gerektiği kabul edilebilir.⁵¹ Böyle bir yorumla, TCK m. 25 f. 2’de uyulması istenen orantılılık ilkesine olağanüstü bir durum olan sınırlı tıbbi kaynakların tahsisi durumunda uyulmuş olacağı kabul edilebilir. Fakat

⁴⁸ AKBULUT, s. 525; zorunluluk halinde *ihmal edilebilir* çatışan menfaatlerin olmadığına ilişkin bkz. KEÇELİOĞLU, s. 303; ayrıca bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 341.

⁴⁹ 19 YCD. E. 2015/19686 K. 2016/20393 T. 28.6.2016 (‘...mutlaka korunmak istenen hukuki değerın zarar verilene oranla önemli ölçüde üstün olması gerekir.’) (Kazancı); aynı doğrultuda 23. YCD E. 2015/2826 K. 2015/4332 T. 17.9.2015 (Kazancı); 15. YCD E. 2012/11941 K. 2014/4909 T. 17.3.2014 (Kazancı); 9. YCD E. 2008/15262 K. 2010/6954 T. 8.6.2010 (Kazancı); ÖZBEK/DOĞAN, s. 206; ayrıca bkz. KANGAL, s. 319; doktrindeki diğer görüşler için bkz. AFANDİYEYEV, s. 84 vd.; doktrininde daha ziyade zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni mi olduğu veya kusuru ortadan kaldıran bir neden mi olduğu konuları tartışılmaktadır. Orantılılık ilkesinin nasıl anlaşılması gerektiği ise bu tartışmaların gölgesinde kalmaktadır, bkz. DÜLGER, s. 170 vd.

⁵⁰ ÖZBEK/DOĞAN, s. 217; ÖZGENÇ, s. 439. Yazar eşit değerler bakımından da zorunluluk halinin olabileceğini kabul etmekle beraber, yaşam hakkı bakımından açık bir belirlemede bulunmamaktadır;

⁵¹ Tehlikenin bu şekilde anlaşılması için bkz. HAFIZOĞULLARI, s. 14.

zorunluluk hali bakımından (TCK m. 25 f. 2) bu şekildeki uyarlayıcı ve genişletici bir yoruma rağmen; hekimin diğer hastayı ihmal ederek aslında hukuka aykırı davrandığı (!),⁵² ancak bunun mazur görüldüğü kabul edilecek ve muhtemel bir yargılamada hekim hakkında beraat yerine sadece ceza verilmesine yer olmadığına (CMK m. 223 f. 3 bent b) karar verilecektir.⁵³ Bu durumda, tedavisi ihmal edilecek hasta ve yakınlarının hekimin seçimi karşısında meşru savunma hakkı olacaktır (TCK m. 25 f. 1). Yukarıda bu sonucun kabul edilemeyeceğine ilişkin görüşlerimize atıfta bulunuyoruz.

B. Başlanmış Tedavinin Sonlandırılması ve Cezai Sorumluluğun Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; hekimin 1. Senaryoda yaptığı triyajın ceza hukuku bakımından nitelendirilmesi, kanunda var olan bazı boşluklar ve yorum sorunlarından dolayı hiç de kolay değildir. 2. Senaryo bakımından ise daha zor bir durumla karşı karşıya olduğumuzu söylemek gerekir.

Yukarıda bahsedilen Yargıtay'ın içtihadının 2. Senaryo için de geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü bu senaryoda hekimin aktif bir şekilde solunum cihazından hastayı alması söz konusudur. Oysa Yargıtay, kastın yokluğunu ihmal için kabul etmiştir. Keza hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılmasına (TCK m. 26 f. 1) başvurmak, adı geçen normatif içerik eksikliğinden dolayı burada da mümkün değildir.

2. Yükümlülükler Çatışması

Yukarıda 1. Senaryo bakımından kabul edilen yükümlülükler çatışmasının 2. Senaryo bakımından da kabul edilmesinin önünde ise bazı engeller vardır. Devam etmekte olan tedavi sürecinin kesilmesinde/durdurulmasında icrai bir davranış vardır. Başka bir ifadeyle, hekimin 1. Senaryodaki gibi birisini ihmal etmek zorunda olduğu iki neticeyi önleme yükümlülüğünün çatışması söz konusu değildir.⁵⁴ 2. Senaryoda hekim, aleyhine seçimde bulunduğu hasta bakımından ihmali değil, hastanın tedavisini sonlandırıcı icrai bir

⁵² Karşı görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI, s. 12.

⁵³ Bkz. YCGK E. 2012/8-1551 K. 2013/64 T. 19.2.2013 (Kazancı); zorunluluk halinin kusuru kaldırdığına ilişkin ayrıca bkz. ÖZGENÇ, s. 436; AKBULUT, s. 523.

⁵⁴ Farklı bir değerlendirme için SELÇUK, s. 91.

davranışta bulunmaktadır. Ancak öğretide ‘yükümlülükler çatışmasının’ uygulanıp uygulanmayacağına sırf *hareketin* icrai veya ihmali olmasına bağlanması eleştirilmektedir. Bu görüşe göre; değerlendirme bakımından esas alınması gereken asıl perspektif, hekimin *tedavi* yükümlülükleri ve bunların çatışmasıdır. Böylece 2. Senaryoda hekimin, tedavisinin başarı şansı daha yüksek olan hasta ile tedavisinin başarı şansı daha düşük olan hasta karşısındaki yükümlülüklerinin çatıştığı kabul edilebilecektir. Hekimin ikinci hasta bakımından solunum cihazını çekmesi her ne kadar başlı başına icrai bir hareket olsa da, bu icrai hareket dolayısıyla da sonuçta tedavi ihmal edilmektedir. Böyle bir değerlendirmede bulunulduğunda 2. Senaryo bakımından da yükümlülükler çatışmasından yola çıkılabilir.⁵⁵ Bu görüş benimsenirse 2. Senaryodaki hekimin de eyleminin hukuka uygun olduğu kabul edilebilecektir. Fakat bu yorumu kabul edenler, yukarıda 1. Senaryo bağlamında da belirtildiği gibi yükümlülükler çatışması bakımından aslında önemli olmayan, hekimin etiksel anlamda doğru seçimi yapıp yapmadığı hususu açısından bir istisna kabul etmektedirler. Buna göre, 2. Senaryo bakımından hukuka uygunluktan bahsedilebilmesi için; hekimin hastalar arasında yaptığı seçimde etiksel anlamda geçerli olan tedavinin başarı ihtimalinin yüksekliği kriterinden yola çıkması gerekir.⁵⁶

Bu görüşün ceza hukuku bakımından önemli olan hareketin icrai ve ihmali niteliği konusunda kabul edilen genel ilkelerden önemli bir sapma teşkil ettiği ortadadır. Ayrıca bu görüş getirdiği istisna bakımından da ikna edici değildir.

3. Kusurun Ortadan Kalkması

Hekimin 2. Senaryodaki eylemi hakkında yapılabilecek bir diğer değerlendirme; bunun zorunluluk halinde (TCK m. 25 f. 2) gerçekleştirilmiş olduğu ve hekimin bundan dolayı kusurlu addedilemeyeceğidir. Hekimin başlanmış tedaviyi sonlandırması icrai eylem olduğundan; artık 1. Senaryo bakımından ileri sürülen ihmali eylemler bakımından zorunluluk halinin kabul edilemeyeceği iddiasında bulunulamaz. Yukarıda 1. Senaryo bakımından yapılan tespitlerde de belirtildiği gibi Türk hukukunda zorunluluk hali bakımından orantılılığın korunan ve zarar verilen hak ve değerlerin eşitliği

⁵⁵ JÄGER/GRÜNDEL, s. 159 vd.; HOVEN, s. 4; neticede aynı şekilde GAEDE/KUBICIEL/SALIGER/TSAMBIKAKIS, s. 141 (taslak üzerinden); aksi görüş için VON DER MEDEN, s. 3.

⁵⁶ GAEDE/KUBICIEL/SALIGER/TSAMBIKAKIS, s. 143 vd (taslak üzerinden).

durumunda sağlanabilip sağlanamayacağı konusunda bir görüş birliği mevcut değildir. Görüldüğü kadarıyla Yargıtay ‘...mutlaka korunmak istenen hukuki değerın zarar verilene oranla önemli ölçüde üstün olması’ gerektiği görüşündedir.⁵⁷ Ancak doktrinde bunun aksine kural olarak eşit değerler bakımından da zorunluluk halinin olabileceğini kabul edilmekle birlikte⁵⁸, yaşam hakkı bakımından bazı çekincelerin olduğu da gözlemlenmektedir.⁵⁹ Doktrinde bu bağlamda korunmak istenen değerın zarar verilen değerden daha üstün veya eşit olup olmadığına bakılarak zorunluluk halinin hukuki niteliği bakımından Alman Ceza Hukuku’nda olduğu gibi bir ayrıma gidilmesi gerektiği dile getirilmektedir. Buna göre korunmak istenen değerın zarar verilen değerden açık bir şekilde daha üstün olduğu durumlarda zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeli (ACK m. 34’de olduğu gibi); değerler arasında eşitlik olması halinde ise zorunluluk halinin sadece kusuru ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilmesi gerekmektedir (ACK m. 35’te olduğu gibi). Yeni TCK’da bu şekilde bir ayrıma gidilmeden, CMK’da zorunluluk halinin varlığı durumunda kusurunun bulunmamasından dolayı faile ceza verilmeyeceğinin (m. 223 f. 3 bent b) düzenlenmiş olması eleştirilmektedir.⁶⁰

Yukarıda 1. Senaryo bakımından yapılan tespitlerde de belirtildiği gibi; kanaatimce TCK m. 25 f. 2 anlamında zorunluluk hali korunmak istenen ve zarar verilen değerlerin eşit olması halinde de kabul edilebilir.⁶¹ Bu bağlamda Yargıtay’ın bahsi geçen daraltıcı yorumuna katılmak mümkün değildir. Neticede 2. Senaryo bakımından hekimin iki hastanın yaşam hakkı bakımından yaptığı seçimde TCK m. 25 f. 2 anlamında orantılılık ilkesine uygun bir şekilde hareket etmesi ve zorunluluk halinde davrandığının kabul edilmesi kural olarak mümkündür. Doktrinde Alman Ceza Hukuku’nda olduğu gibi korunan ve zarar verilen değerlerin eşit olması halinde zorunluluk

⁵⁷ 19 YCD. E. 2015/19686 K. 2016/20393 T. 28.6.2016 (Kazancı); aynı doğrultuda 23. YCD E. 2015/2826 K. 2015/4332 T. 17.9.2015 (Kazancı); 15. YCD E. 2012/11941 K. 2014/4909 T. 17.3.2014 (Kazancı); 9. YCD E. 2008/15262 K. 2010/6954 T. 8.6.2010 (Kazancı).

⁵⁸ ÖZGENÇ, s. 439; ÖZBEK/DOĞAN, s. 217.

⁵⁹ Ayrıntılar için bkz. AFANDİYEYEV, s. 84 vd.

⁶⁰ HAFIZOĞULLARI, s. 2 vd.; ÖZBEK/DOĞAN, s. 218; tartışmanın ayrıntıları için bkz. DÜLGER, s. 170 vd.; ÖZBEK/DOĞAN, s. 196 vd.; kanunun hazırlanma sürecindeki tartışmalar için bkz. KEÇELİOĞLU, s. 300.

⁶¹ ÖZBEK/DOĞAN, s. 217; ÖZGENÇ, s. 439. Yazar eşit değerler bakımından da zorunluluk halinin olabileceğini kabul etmekle beraber, yaşam hakkı bakımından açık bir belirlemede bulunmamaktadır.

nedeninin sadece kusuru ortadan kaldıran bir hal olarak düzenlenmesi veya kabul edilmesi gerektiğine dair tartışma; 2. Senaryonun çözümü bakımından göz önüne alındığında öncelikle şu hususun tespit edilmesi gerekir: ACK m. 35’de zorunluluk halinde üçüncü kişi lehine hareket eden fail sadece kendisine yakın bir kişinin hayatını korumak için başka bir kişinin yaşam hakkını ihlal edebilir. Bu düzenlemeden de görüldüğü gibi, ACK m. 35’de kusuru ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlenen zorunluluk halinin kapsamı oldukça dardır. Eşit değerler arasında yapılacak seçim bakımından Türk Ceza Hukuku’nda ise böyle bir sınırlamanın olmadığı görülmektedir. Gerçekten TCK m. 25 f. 2’nin metnine bakıldığında başkasına yönelik bir tehlikeyi bertaraf eden failin, lehine hareket ettiği kişiyle bir yakınlık ilişkisi içinde olmasına gerek yoktur. Böylece 2. Senaryodaki hekimin solunum cihazına takacağı hastanın kendi yakını olma ihtimali hayatın olağan akışına göre çok düşük olduğu göz önüne alındığında; adı geçen hekimin seçimi ACK m. 35 anlamında zorunluluk hali teşkil edemeyecek iken, TCK m. 25 f. 2’ anlamında böyle bir engel söz konusu değildir. Nitekim Alman Ceza Hukuku’nda 2. Senaryodaki hekimin seçimi bakımından doktrinde bir görüş kanunda yazılı olmayan bir ‘kanun üstü kusuru kaldıran zorunluluk halinin (übergesetzlicher entschuldigender Notstand)’ varlığını kabul etmektedir.⁶²

TCK m. 25 f. 2’deki orantılılık ilkesinin yukarıda belirtilen şekilde anlaşılması halinde; Alman Ceza Hukuku’ndaki gibi kanunda yer almayan bir zorunluluk hali kurumuna başvurmak gerekmeyecektir. Ancak bu durumda orantılılık ilkesine riayet edildiğinin kabul edilmesi için, yukarıda 1. Senaryo bakımından belirtildiği gibi, sadece tehlikelerin farklılığına işaret etmek yetmeyecektir. Çünkü hekimin cihazdan alınan hasta bakımından icra ettiği aktif müdahale burada orantılılığın aleyhine ileri sürülebilecek önemli bir husustur. Kanaatimce bu durumlarda dahi ahlaklı bir hekimin vicdanına danışarak edindiği kanaat üzerine verdiği kararın orantılılık hususunda lehine göz önüne alınması gerekir. Neticede bu durumlarda dahi orantılılığın kabul edilebilmesi mümkün olmalı ve kategorik olarak orantılılık reddedilmemelidir. Nitekim her iki hastayı kaybetme riski karşısında iradesi zorlanan hekimin, neticede hayat kurtarmak için olağanüstü bir durumda yaptığı bu seçimden dolayı cezalandırılması kusur ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Bu durumda hekimin tedavisinin başarı ihtimali daha düşük olan hastayı cihazdan almasının hukuka aykırı olduğu; ancak bunun mazur görüldüğü kabul edilecek ve muhtemel bir yargılamada ceza verilmesine yer olmadığına (CMK m. 223 f. 3 bent b) karar

⁶² Krş. HÖRNLE, s. 1; WALTER, s. 4.; HOVEN, s. 4.

verilecektir. Ceza hukukunun kendi dogmatığı içerisinde böyle bir netice her ne kadar bir şekilde tatmin edici olsa da; bu uygulamanın hekimler tarafından benimsenmesi çok da kolay olmayacaktır.

Sonuç

Hekimlerin kovid-19 hastalarının tedavisinde bazı durumlarda vermek zorunda kalabilecekleri yoğun bakım yataklarının ve solunum cihazlarının tahsisi kararlarında; göz önüne almaları gereken etiksel kriterlerin adilliğı, tedavinin başarı ihtimalinin yüksekliğine bağlı olacaktır. Ancak bu kriterin uygulama bulamayacağı bazı durumlarda, yedek kural olarak kura çekimine gidilmesi gerekecektir. Bunların dışında dikkate alınacak kriterlerin; kişisel hakların toplumsal faydanın maksimize edilmesine feda edilmesi ve negatif ayrımcılık yaratmaları halinde, etiksel olarak savunulması mümkün değildir.

Kanaatimizce hekimin iki hastanın tedavisinden birini mevcut ekipman eksikliği dolayısıyla ihmal etmesi (1. Senaryo) durumunda eylemi hukuka uygundur (yükümlülükler çatışması). Hekimin etiksel anlamda yaptığı seçiminin doğru olmasının (tedavi başarı ihtimali daha yüksek olan hastaya öncelik vermesi) hukuka uygunluk değerlendirmesi üzerinde olumlu veya olumsuz bir etkisi yoktur. Ancak başlanmış tedaviyi sonlandırması durumunda (2. Senaryo) meydana gelecek ölüm bakımından mevcut düzenlemelere göre hekimin sadece mazur görülebilmesi mümkündür.

KAYNAKLAR

- AFANDIYEV, Ulvi: **Türk ve Azerbaycan Hukukunda Zorunluluk Hali**. Yüksek Lisans Tezi. (<http://acikerisimarsiv.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/4328/448070.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, erişim: 01.06.2020)
- AKBULUT, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- BACAŞIZ, Pınar: “Ceza Hukukunda Yükümlülükler Çatışması”, **CHD** 2013/21, s. 119–138.
- BIOETHIKKOMMISION: “Zum Umgang mit knappen Ressourcen in der Gesundheitsversorgung im Kontext der Covid-19-Pandemie”.

(<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/themen/bioethikkommission/publikationen-bioethik.html>, erişim: 01.06.2020)

BIRHEKİMOĞLU, Tolga: “Start Triaj Modeli”. (<http://www.istanbulsaglik.gov.tr/w/sb/kriz/belge/triaj.pdf>, erişim: 01.06.2020)

DEUTSCHE BISCHOFSSKONFERENZ: “Triage. Medizinische Allokationsprobleme angesichts der Covid-19-Pandemie in ethischer Beurteilung”. (<https://dbk.de/nc/presse/aktuelles/meldung/triage/detail/>, erişim: 01.06.2020)

DEUTSCHER ETHIKRAT: “Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-hoc-Empfehlung”. (<https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>, erişim: 01.06.2020)

DEUTSCHE INTERDISZIPLINÄRE VEREINIGUNG FÜR INTENSIV-UND NOTFALLMEDIZIN: “Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie”. (<https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file>, erişim: 01.06.2020)

DÜLGER, Murat Volkan: “Hukuka Uygunluk Nedenleri İle Mazaret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerinde Karşılaştırmalı Bir Deneme”, **CHD** 2014/24, s. 121–180.

EZEKIEL, J. Emanuel/GOVIND Persad/UPSHUR, Ross/THOME, Beatriz/PARKER, Michael/GLICKMAN, Aaron/ZHANG, Cathy/BOYLE, Connor/SMITH, Maxwell/PHILLIPS, James P.: “Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19”, **The NEW ENGLAND JOURNAL of MEDICINE**, May 2020, s. 2049-2055 (<https://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMs2005114>, erişim:01.06.2020)

HAFİZOĞULLARI, Zeki: “Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Abchukuk**, (<http://www.abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html>, erişim:01.06.2020)

HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

HAKERİ, Hakan: “Acil Serviste Hasta Sevkinden Kaynaklanan Hekim

Sorumluluğu II”, **Medimagazin**, 27.11.2006 Tarihli Köşe Yazısı. (<https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-acil-serviste-hasta-sevkinden-kaynaklanan-hekim-sorumluluğu-II-72-64-951.html>, erişim:01.06.2020)

HOVEN, Elisa: “Auch auf das Alter kommt es an”, **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, 31.03.2020 Tarihli Köşe Yazısı. (<https://www.faz.net/einspruch/exklusiv/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html>, erişim:01.06.2020)

HÖRNLE, Tatjana: “Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten”, **VerfBlog**, 04.04.2020, Tarihli Blog Yazısı. (<https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/>., erişim:01.06.2020)

INFLUENZA-PANDEMIEPLAN SCHWEIZ: “Strategien und Massnahmen zur Vorbereitung auf eine Influenza-Pandemie”. (<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/publikationen/broschueren/publikationen-uebertragbare-krankheiten/pandemieplan-2018.html>., erişim:01.06.2020).

GAEDE, Karsten/KUBICIEL, Michael/SALIGER, Frank/TSAMBIKAKIS, Michael: “Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation”, **Zeitschrift für Medizinstrafrecht** 2020/3 (metnin yayımlanacağı dergi ve sayısı), s. 129–146 (taslak üzerinden).

JÄGER, Christian/GRÜNDEL, Johannes: “Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage”, **ZIS** 2020/04, s. 151–163.

KANGAL, Zeynel: **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

KEÇELİOĞLU, Elvan: “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBBD** 2010/87, s. 299–321.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, Ankara, 2019.

LÜBBE, Weyma: “Corona-Triage: Ein Kommentar zu den anlässlich der Corona-Krise publizierten Triage-Empfehlungen der italienischen

SIAARTI-Mediziner”, **VerfBlog**, 15.03.2020 Tarihli Blog Yazısı. (<https://verfassungsblog.de/corona-triage/>, erişim: 01.06.2020)

ÖSTERREICHISCHE GESELLSCHAFT FÜR ANAESTHESIOLOGIE, REANIMATION UND INTENSIVMEDIZIN: “Allokation intensivmedizinischer Ressourcen aus Anlass der Covid-19-Pandemie”. (https://www.oegari.at/web_files/cms_daten/covid-19_ressourcenallokation_gari-statement_v1.7_final_2020-03-17.pdf, erişim: 01.06.2020)

ÖZBEK, Veli/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

ÖZBEK, Veli/DOĞAN, Koray: “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007/9, s. 195–222.

ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

SELÇUK, Sami: “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2010/45, s. 87–104.

STOECKER, Ralf: “Verteilung knapper Ressourcen in der Intensiv- und Notfallmedizin Ein ethischer Hintergrundkommentar zur gemeinsamen Stellungnahme der AEM und anderer medizinischer Fachgesellschaften vom 25.3.2020”. (<https://www.uni-bielefeld.de/philosophie/personen/stoecker/dokumente/Ralf-Stoecker-Ethischer-Hintergrundkommentar-zur-Stellungnahme-der-Fachverbaende-und-AEM.pdf>, erişim: 01.06.2020)

TRİAJ ÖNCELİK BELİRLEME: “Türkiye Hastane Afet Planı Eğitimleri”. (http://www.istanbulsaglik.gov.tr/w/sb/kriz/belge/hap_triaj.pdf, erişim:01.06.2020)

TÜRK TABİPLER BİRLİĞİ: “Salgınlara Yönelik Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu Görüşü”, 04.04.2020 Tarihli. (https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=4da9a49c-7674-11ea-b329-aa051764b049, erişim:

01.06.2020)

VON DER MEDEN, Philip: “Kontrolle in der Ausnahmesituation”, **Legal Tribune Online**, 27.03.2020 Tarihli Köşe Yazısı. (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-pandemie-triage-aerzte-entscheidungen-anleitung-prozesse/>, erişim:01.06.2020)

WALTER, Tonio: “Corona-Krise:Lasst das Los entscheiden!”, **Zeit**, 02.04.2020 Tarihli Köşe Yazısı. (<https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung>, erişim: 01.06.2020)

YURTLU, Fatih: “Suçu Bildirmeme Suçu”, **Silvia Tellenbach’a Armağan**, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 757–783.

ZIMMERMANN, Till: “Ärzte in Zeiten von Corona. Wer stirbt zuerst?”, **Legal Tribune Online**, 23.03.2020 Tarihli Köşe Yazısı. (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/>, erişim: 01.06.2020)

TÜRK İDARE HUKUKUNDA “SAKLI YETKİ” KAVRAMINA KISA BİR BAKIŞ

Sezin ÖZTOPRAK*

ÖZ

Türk idare hukukunda, saklı yetki kavramı çok fazla kullanılan bir kavram değildir. Bununla birlikte, uygulamada idarenin, hukuk kuralında yer almayan bazı yetkileri kullanabileceği ya da hukuk kuralında yer alan kurallar geniş yorumlanarak, kuralda yer alan yetkiden başka yetkileri de kullanabileceği kabul edilmektedir. Bu durum ise, bir yandan kanuni idare ilkesi ile çelişki içinde; diğer yandan kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olan idare açısından zorunlu görünmektedir. Türk idare hukuku açısından saklı yetki kavramına genel hatlarıyla dokunma amacıyla yapılmış olan bu çalışmada da bu çelişkili duruma dikkat çekmek istenmiştir. Ayrıca, çalışmada, saklı yetki kavramı sadece Türk hukuku açısından ve doktrinde yer alan görüşler ile içtihat doğrultusunda incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Saklı yetki, kanunilik ilkesi, düzenleme yetkisi, hukuk devleti ilkesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi.

A BRIEF OVERVIEW TO THE CONCEPT OF “IMPLICIT POWER” IN TURKISH ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

The concept of implicit power is rarely used in Turkish administrative law. In practice, however, it is accepted that the administration could use some powers which are not included in rule of law or also could use powers other than the power located in the rule by broadly interpreting the powers located in rule of law. On the one hand, this case is in contradiction with the legality principle; on the other hand, it seems compulsory for the administration which is the main owner of and responsible for the public service. In this study, which was carried out to analyze the concept of implicit power in terms of Turkish administrative law generally, it was aimed to draw attention to this contradictory situation. Furthermore, in this study, the concept of implicit power has only been analysed in terms of Turkish law and in accordance with the comments located in doctrine and case law.

Key Words: Implicit power, the principle of legality, the power of regulation, the principle of the state of law, Presidential decree.

* Arş. Gör. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı,

E-Posta: soztoprak @ selcuk.edu.tr.

ORCID ID : 0000-0002-9460-9583

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775428

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 03/10/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 15/06/2020

GİRİŞ

Saklı yetki kavramının, Türk idare hukukunda iki farklı açıdan incelenmiş olduğunu söylemek mümkündür. Bu kavram, öncelikle idari işlemin yetki unsurunun konu yönünden yetki kısmı açısından ve mevzuatta yetki kuralının belirtilmiş olduğu, fakat yeterince açık olmadığı durumlar açısından incelenmiştir. Bu doğrultuda, idarenin saklı yetkileri, anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi¹ veya bir kanuna dayanmak ve kanuna aykırı olmamak şartıyla, idarenin düzenleyici işlemlerinde yer alan ve yoruma ihtiyaç gösteren hükümlerden kaynaklanabilir. Bundan başka, konu yönünden yetkiyi belirleyen hiçbir mevzuat hükmü bulunmadığı halde, idarenin, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı sebebiyle varlığı kabul edilen yetkilerinin de saklı yetki kavramı dahilinde incelendiği çalışmalar bulunmaktadır. Bu durumda da aslında idareye verilen görevlere sıkı sıkıya bağlı olan bazı yetkilerin, saklı yetki olduğu kabul edilmekte ve yine hukuk kurallarında yer alan hükümlerin yorumu yapılmaktadır.

Böylelikle, *saklı yetki*'nin, belki de idarenin, uygulamalarında sıklıkla başvurduğu bir yetki olduğu ileri sürülebilir. İdare kamu yararını gerçekleştirebilmek amacıyla gereksinim duyduğu yetkilerin yeterli açıklıkta düzenlenmiş olduğu hukuk kurallarını-her ne kadar kanun hükmüyle ya da idarenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenmiş idari faaliyet alanı çok geniş bir alanı kapsıyor olsa da- kimi zaman bulamayabilir. Bu durumlarda, kamu yararının sağlanması için idare belli faaliyetlerde bulunmak zorunda kalabilir.

Bununla birlikte; idarenin kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla ve kamu hizmetinin gerekleri için yetkilendirilmiş olduğu açık bir hukuk kuralının bulunmadığı durumlarda sınırsız yetki kullanımını haiz olamayacağı, modern devletin gereklerinden olan hukuk devleti ilkesinin en önemli ilkelerinden biridir. Ayrıca; Türk hukukunda anayasal teminata sahip olan kanuni idare ilkesi de, idarenin keyfi uygulamalarının önüne geçebilmeyi amaçlayan bir başka önemli ilkedir. Bu ilkelere ek olarak, Türk hukukunda idarenin düzenleme yetkisinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar saklı yetki kavramının muğlaklığını artırmaktadır. Ayrıca, 1982 Anayasası'nda 6771 sayılı Kanun² ile yapılan değişikliklerin ardından, kanuni idare ilkesi

¹ Çalışmada, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kastedilen; 1982 Anayasası'nın 119. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında düzenlenmiş olan (Olağanüstü Hal) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışında kalan ve olağan dönemlere ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir.

² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RGT. 11.02.2017,

ve idarenin düzenleme yetkisinin niteliğine ilişkin tartışmalar yeni bir boyut kazanmıştır.

Bu açılardan, saklı yetki kavramı idare hukuku uygulamaları açısından oldukça önemlidir ve kavramın doktrinde ve içtihatla daha çok tartışılması gerektiği düşünülmektedir.

Bu sebeplerle yapılmış olan çalışmada, saklı yetki kavramı sadece Türk idare hukuku açısından ve üç bölüme ayrılarak incelenecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde, “saklı yetki” adı doktrinde kullanılmış olduğu için, doktrinindeki değerlendirmeler doğrultusunda genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, mevzuatta yer alan hükümler, doktrinde yer alan görüşler ve içtihat doğrultusunda bazı saklı yetki örnekleri verilerek, kavram somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise, mevzuat ve içtihat doğrultusunda saklı yetki kavramının sınırları tespit edilmeye çalışılacaktır.

Çalışma konusunun, idari işlemin yetki unsuruna ilişkin oluşu, bu doğrultuda konunun kanuni idare ilkesi ve idarenin düzenleme yetkisinin niteliği ile yakın ilişki içinde olması ve bu temel konuların 2017 Anayasa değişikliği ile belli değişikliklere uğramış olması sebepleriyle, çalışmanın ilgili kısımlarında, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin açıklamalara da yer verilecektir.

Bu şekilde sonlandırılacak olan çalışmada, Türk idare hukukunda, idarenin saklı yetkilerine doktrin ve içtihat çerçevesinde verilen anlama ilişkin bazı tespitlere işaret edilmesi umulmaktadır.

I. DOKTRİNDE SAKLI YETKİ KAVRAMI

Doktrinde saklı yetki kavramına ilişkin açıklamalar, idari işlemin konu yönünden yetki unsuru açısından yapılmıştır ve saklı yetki kavramı, idarenin takdir yetkisi ile karıştırılmamalıdır. Bu sebeple, öncelikle kısaca idari işlemin yetki unsuru ile yetki kurallarının önemi ve saklı yetkinin idarenin takdir yetkisinden ayrılan yönünün ortaya konması çalışmanın çerçevesini belirlemek için önemli görülmektedir.

A. İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Kuralları Karşısında Saklı Yetki Kavramı

Yetki unsuru, idari işlemin en önemli unsurları arasında kabul edilmekte³ ve kısaca idari işlem yapma *güç ve yeteneği* olarak tanımlanmaktadır⁴. Yine, idari işlem yapma yetkisi, idare hukukunda belli kurallara bağlanmıştır. Buna göre; idare hukukunda yetkiler kamu düzenine ilişkindir, istisnai niteliktedir, dar yoruma tabi tutulurlar⁵, idare yetki kurallarına uymak zorundadır⁶ ve yetki unsurundaki sakatlık, idari işlemin de sakat olması sonucunu doğurur⁷.

İdare hukuku uygulamaları açısından oldukça önemli olan yetki kuralları, idari makamlara anayasa, kanun⁸ ve 2017 Anayasa değişikliklerinin ardından, 1982 Anayasası'nın 104/17. maddesi hükmündeki sınırlara aykırı düşmemek kaydıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü ile verilebilir⁹. Yine, bir kanuna dayanmak ve kanuna aykırı olmamak koşulu ile konu yönünden yetkiyi belirleyen hükümlere, idarenin düzenleyici işlemlerinde de yer verilmesi mümkün olabilmektedir. Bu mevzuat hükümlerinde, konu yönünden yetki unsurunun açıkça ya da hiç belirtilmemesi durumunda ise, aşağıda da inceleneceği üzere, idarenin belli şartlar altında, bazı saklı yetkileri kullanabileceği doktrin ve içtihat tarafından kabul edilmektedir. Bununla birlikte, saklı yetki kavramının, doğrudan idari işlemin yetki unsuru ile bağlantısı sebebiyle, idarenin saklı yetkilerine mümkün olduğunca sınırlı şekilde yaklaşılması da, hukuk devleti ve kanuni idare ilkesi gereğince zorunlu görünmektedir.

Böylelikle, idari işlemin yetki unsuru ve yetki kuralları, idare hukukunun belki de en önemli konularından biridir. Saklı yetki kavramı da, idari işlemin yetki unsurunun bir çeşidi olan konu yönünden yetki unsuruna ilişkindir. Konu yönünden yetki, bir idari makamın, sadece yetkili olduğu konuda

³ D1D, E.1984/72, K. 1984/155, KT.05.07.1984, (www.hukukturk.com, erişim: 22.05.2020).

⁴ GÜNDAY, s. 134.

⁵ GÖZLER/KAPLAN, s. 155.

⁶ GÜNDAY, s. 135.

⁷ D12D, E.2003/4620, K. 2006/4153, KT.20.10.2006, (www.hukukturk.com, erişim: 22.05.2020).

⁸ D8D, E.2004/2984, K. 2005/2086, KT.14.10.2005, (www.hukukturk.com, erişim: 22.05.2020).

⁹ GÖZLER/KAPLAN, s. 154.

karar alabilmesi anlamına gelmektedir¹⁰. Bu tanım ve yetki kuralları birlikte değerlendirildiğinde, kural olarak, idarenin açıkça yetkilendirilmemiş olduğu bir konuda işlem yapamayacağını söylemek mümkündür. Bu durumda, saklı yetki kavramının kabulü de, yetki kuralları ile açık bir çelişki içinde bulunmaktadır.

Bununla birlikte, aşağıda da inceleneceği üzere idarenin, kamu yararı sebebiyle ve kamu hizmetinin kesintiye uğramaması için, açık olmayan mevzuat hükümlerinin yorumu ile bir sonuca ulaşması gerektiği durumlar da oldukça fazladır.

Akıllıoğlu bu doğrultuda, saklı yetki anlayışının kamu hizmetinin iyi işlemesi için ortaya çıktığını ve bu yetkinin ancak kamu yararı amacıyla kullanılabileceğini ve fakat yargı kararlarının zamanla değişime uğramasından bahisle, bu kavramın hukuki olmanın ötesinde siyasal bir sorun olduğu görüşünün benimsenmesine sebep olduğunu¹¹ haklılıkla, belirtmiştir.

Akyılmaz ise, saklı yetki kavramının hukuki bir açıklamaya kavuşabilmesinin, söz konusu yetkilerin idare tarafından *sürekli şekilde aynı içerikle kullanılması* ve böylece *teamül haline gelmesi* ile mümkün olabileceğini belirtmiştir¹² ki; bu görüşün de haklılığı ortadadır. Zira idarenin aynı tür olaylar karşısında aynı tür yetkileri kullanması, açık olmayan kanun hükmünün idare tarafından nasıl yorumlandığının bireylerce de bilinirliğini sağlayacaktır. Kaldı ki; idarenin böyle bir tutum sergilemesi, hem düzenli idare ilkesinin hayat bulması, hem de bireylerin haklı beklentilerinin¹³ korunabilmesi için oldukça önemlidir. Bununla birlikte, düzenli idare ilkesi, doktrinde kanunun idareye takdir yetkisi verdiği durumlarda ve idarenin bir ölçüde serbest olduğu durumlarda da, bu alanları düzenleyici işlemleri ile kurallar koyarak ve bu kurallara kendisi de uyarak, hukuki istikrarın sağlanmasına yönelik bir ilke olarak açıklanmıştır¹⁴. Saklı yetki ve takdir yetkisi kavramları, aşağıda da inceleneceği üzere her ne kadar birbirinden farklı iki kavram olsa da, düzenli idare ilkesinin mümkün olduğunca hayat bulması, hukuk kuralında saklı olduğu kabul edilen yetkilere de hukuki bir zemin hazırlayacaktır. Kaldı

¹⁰ GÖZLER/KAPLAN, s. 163.

¹¹ AKILLIOĞLU, s. 83.

¹² AKYILMAZ, s. 108, dipnot.44.

¹³ Bu hususta bkz; BOZ, s. 315-318.

¹⁴ BALTA, s. 84; GÜNDAY, s. 45-46.

ki, Danıştay kararlarında, düzenli idare ilkesi¹⁵, “...*idarenin faaliyetlerinin belli ölçüde tayin edilebilir ve önceden öngörülebilir olması, idarenin sürekli uygulamaları ile hukuki istikrarı tesis etmesi gereği...*”¹⁶ olarak açıklanmış ve bu ilkenin sadece idarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumları kapsadığına ilişkin bir tespit yapılmamıştır.

B. Saklı Yetki Kavramının Takdir Yetkisi Kavramından Ayırt Edilmesi

Saklı yetki kavramı, yukarıda da açıklanmış olduğu gibi, idari işlemin yetki unsuru ile ilgili bir kavramdır. Takdir yetkisinin ise, idari işlemin sebep ve konu unsurları açısından¹⁷ ya da sadece konu unsuru açısından¹⁸ söz konusu olabildiği kabul edilmektedir. Yine, takdir yetkisinden söz edebilmek için, idarenin belli bir konuda yetkilendirilmiş olması ve fakat söz konusu konuda karar alıp almama hususunda ya da iki ya da daha fazla karar arasından hangi kararı alabileceği hususunda seçim yapabilmesi gerekmektedir¹⁹. Sonuç olarak, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda, mevzuatta belirtilen kural yeterince açıktır ve idare idari işlemin sebep ya da konu unsurunu belirleme açısından belirli bir serbesti ile yetkilendirilmiştir. Saklı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda ise, aşağıda da inceleneceği üzere idarenin konu yönünden yetkisi mevzuat hükmünde ya hiç ya da açıkça belirtilmemiştir. Dolayısıyla, çalışma konusu olan saklı yetki kavramı ile takdir yetkisi kavramı birbirinden tamamen farklı kavramlardır.

C. Doktrinde Yer Alan Görüşler Çerçevesinde Saklı Yetki Kavramının Kabul Edilebilirlik Koşulları

Türk idare hukukunda, saklı yetki kavramını-bu isim ile-kullanmış olan ilk yazar Tekin Akıllıoğlu’dur. Yazar, bu kavramı “*pouvoir implicite*” ve içerilen yetki anlamında kullanmış olduğunu ve Türk hukukunda aynı kavramı karşılamak üzere, Balta tarafından “*üstü kapalı yetki*”, Güneş tarafından ise zımni ya da “*mündemiç yetki*” kavramlarının kullanılmış olduğunu belirtmiştir²⁰. Söz konusu yazarların çalışmaları ve saklı yetki

¹⁵ Düzenli idare ilkesinin, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi ile ilişkisi hakkındaki açıklama için bkz., III/B.

¹⁶ D15D, E.2016/5790, K. 2016/4825, K.T.11.10.2016 ; (emsal.danistay.uyap.gov.tr, erişim: 20.05.2020).

¹⁷ SEÇKİN/ÜSTÜN, s. 529.

¹⁸ GÖZLER/KAPLAN, s. 185.

¹⁹ GÖZLER/KAPLAN, s. 184-185.

²⁰ AKILLIOĞLU, s.73, dipnot 5.

kavramına değinen yakın tarihli çalışmalar incelendiğinde; doktrinde, saklı yetki kavramının iki durumda söz konusu olabileceğinin kabul edildiğini söylemek mümkündür:

1-Konu yönünden yetkiye ilişkin ve fakat açık olmayan bir mevzuat hükmü bulunmaktaysa ve bu hükümde yeterince belli olan bir yetki varsa, bu yetki saklı yetki olarak kabul edilebilir.

Ya da

2- Mevzuatta yetki kuralı bulunmasa dahi, idareye verilmiş görevlere ilişkin kavramlara mündemiç yetkiler, saklı yetki olarak kabul edilebilir.

1. Konu Yönünden Yetkiye İlişkin Açık Olmayan Bir Mevzuat Hükümü ve Yetkinin Yeter Derecede Belli Olması

Akıllıoğlu, kanunda idarenin kullanacağı yetkinin açıkça anlaşılamadığı ve fakat yorum yoluyla idarenin yetkisinin ne olduğu sonucuna ulaşılabilen durumlarda idarenin saklı yetkisinin söz konusu olabileceğini²¹ ve saklı yetkinin, “*yasal bir yetkinin yorumlanmasıyla ortaya çıkan bir yetki*” olarak tanımlanabileceğini belirtmiştir²². Yazar, bu durumlara örnek olarak;- Türk hukukunda yer aldığı dönemde- *Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarıp çıkaramayacağı; il özel idarelerinin otobüs işletme ruhsatı vermek yanında tarife kontrolü de yapıp yapamayacağı; belediyenin iş hanı yapmak için kamulaştırma yapıp yapamayacağı ya da belediyenin il sınırları dışında otobüs işletip işletemeyeceği* sorularının yargı organı tarafından cevaplanması sırasında, kanunda yer alan kuralın yorumlanması suretiyle idarenin yetkisinin araştırılmış olduğunu belirtmiştir²³. Bu örneklerde, bir anayasa ya da kanun hükmüyle yetki kuralı getirilmiş, söz konusu yetki kuralı yargı organı tarafından yorumlanarak, idareye hukuk kuralı ile verilmiş olan yetkinin konu bakımından daha geniş bir yetkiyi de kapsayıp kapsamadığı belirlenmeye çalışılmıştır.

Balta da; “*üstü kapalı yetki*” kavramını, kanunda yer alan bir yetki kuralının yorumlanması açısından kullanmıştır²⁴ ve kanuni yetkinin üstü kapalı şekilde belirtilmiş olduğu durumlarda dahi, söz konusu yetkinin yeter derecede

²¹ AKILLIOĞLU, s. 73.

²² AKILLIOĞLU, s. 76.

²³ AKILLIOĞLU, s. 74.

²⁴ BALTA, s. 80.

belirmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda örnek olarak, kamu düzenini korumak için valiye tedbir alma yetkisi veren 5442 sayılı Kanun²⁵’un 11. maddesi hükmünün, derneklerin kanuna göre caiz olan kongrelerinin yasaklanması şeklinde anlaşılamayacağını belirtmiştir²⁶. Yazara göre; yetki kuralının açıkça belli olmadığı durumlarda, yetki yeter derecede belli ise, idari faaliyet sırasında belli yetkiler kullanılabilir ve fakat kanun hükmüyle valiye tanınmış olan kamu düzenini korumak için tedbir almak yetkisinin içinde, örneğin, derneklerin kanuna göre caiz olan kongrelerinin yasaklanması yetkisi, yeter derecede belirmemiştir. Yazarın yorumuna katılıyor olmakla birlikte; valiye kamu düzenini korumak için alacağı tedbirler hususunda bir sınır kanun hükmüyle çizilmemiş olduğundan, dernek kongresini yasaklamak kararının kamu düzenini korumak amaçlı bir tedbir olduğu yorumunu yapan uygulayıcılar da olabilecektir.

İdari işlemin yetki unsuruna ilişkin ve yakın tarihli diğer çalışmalarda da, saklı yetki kavramına, konu yönünden yetki kavramı açıklanırken başvurulduğu ve saklı yetkinin, konusu yönünden açık olmayan bir yetki kuralının yorumlanması suretiyle kullanılan bir yetki olarak kabul edildiği²⁷, gözlemlenmiştir. Hatta, saklı yetki kavramında yetkinin mutlaka kanundan kaynaklanmakta olduğunu, ancak yetki kuralındaki yetkinin açık bir yetki olmadığını, dolayısıyla kanun hükmü ile yetki kuralı getirilmemiş olan durumlarda saklı yetki kavramının değil, yetki kuralının istisnalarının söz konusu olacağını belirten görüş de doktrinde yer almaktadır²⁸.

2. Mevzuatta İdareye Verilmiş Görevlere İlişkin Kavramlara Mündemiç Yetkilerin Varlığı

Saklı yetkinin bu şeklinde, idareye mevzuatla verilmiş açık olmayan bir yetki bulunmamakta, idareye verilmiş görevler bulunmaktadır. İdareye verilen söz konusu görevlere sıkı sıkıya bağlı bazı yetkilerin ise, bu görevlerin içinde saklı bulunduğu kabul edilmektedir.

Duran, idarenin yetkilerinin, idareye kanunla verilmiş olan görevlerin ifası için *zarurî ve zımında mündemiç bulunduğu*ndan bu yetkileri, *idarenin*

²⁵ İl İdaresi Kanunu, RGT. 18.06.1949, RGS. 7236.

²⁶ BALTA, s. 80.

²⁷ Saklı yetki kavramını, idari işlemin yetki unsurunun konu yönünden yetki kısmında, “açık yetki- saklı yetki” ayrımı altında incelemiş olan çalışmalara örnek için bkz.; AKYILMAZ, s.108; AÇDOYURAN, s. 5-6; KAHVECİ, s. 39-42.

²⁸ ULU, s. 188.

tabii ve normal yetkileri olarak kabul etmek gerektiğini; bu yetkiler örneğin kamulaştırma işleminde olduğu gibi, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olsalar dahi, bu yetkilerin de bir kez kanunla düzenlendikten sonra, her yeni görev için tekrar kanunla düzenlenmesinin gerekmediğini belirtmiştir²⁹.

Güneş; kanunun bazı görevleri idareye vermesiyle birlikte, artık kanunun, kanun hükümlerinde idareye görev olarak verilmiş olan *kavramlarda mündemiç* işlemlerinin muhtevalarını da, tespit etmiş sayılacağını belirterek³⁰, yine bir kanun hükmünün yorumlanmasına işaret etmiştir. Güneş, ayrıca, kanun hükümlerinde her zaman idareye kesin yetkiler tanınmış olamayabileceğini ve böyle durumlarda, idareye kanun hükmüyle verilmiş olan bazı görevler açıklanırken kullanılan *kavramlara mündemiç* yetkilerin söz konusu kanun hükümleriyle verilmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu durumun en çok idarenin kolluk faaliyetlerinde söz konusu olabileceğini açıklarken yazar; “*belli bir hızdan yukarı çıkılmamasını isteme yetkisi*”nin, kanunda yer alan “*trafiği düzenlemek*” hükmünün doğal bir sonucu olduğunu belirtmiştir³¹.

Böylelikle, her ne kadar eski tarihli çalışmaların tümünde, “saklı yetki” kavramı kullanılmamışsa da, doktrinde, idari faaliyet içinde, birtakım saklı yetkilerin varlığının kabul edilmekte olduğu söylenebilir.

İdare hukukunun içtihatla gelişmekte olan bir hukuk dalı olması ve kamu hizmetinin özellikleri dikkate alındığında; Türk idare hukukunda, kanun hükmünde yer almasa da, idarenin kamu gücüne dayanan bazı yetkileri haiz olabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Buna göre; hukuk kuralıyla-kaldı ki, bu noktada salt anayasal sosyal devlet ilkesinin ve devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 1982 Anayasası’nın 5. maddesi³² hükmünün dahi idareye çok geniş bir alanda görev verdiği söylenebilir-idareye bazı görevler verilmişse, bu görevlerin yerine getirilebilmesi için idarenin bazı saklı yetkileri de haiz olduğu, doktrinde ve içtihatla kabul edilmektedir.

²⁹ DURAN (1964), s. 482-483.

³⁰ GÜNEŞ, s. 140.

³¹ GÜNEŞ, s. 139-140.

³² AY-md. 5: “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*”.

Örneğin; idarenin hukuk kuralıyla yetkilendirilmemiş olduğu halde, belli yetkileri haiz olduğu kabul edilen en önemli alanlardan biri idari sözleşmeler alanıdır. Fransız hukukunda geliştirilmiş ve Türk hukukunda da benimsenmiş olan genel idari sözleşme kuramına göre, idarenin idari sözleşmelerin uygulanmasında ve sona ermesinde belli kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olduğu kabul edilmektedir³³. İdarenin, idari sözleşmelerde sahip olduğu kabul edilen bu yetkilerine, doktrinde saklı yetki kavramı açıklanırken yer verilmiş³⁴, idari sözleşmeler alanında kanunla düzenleme bulunmadığı takdirde, idarenin genel hukuk ilkeleri çerçevesinde bir çözüm bulması gerekeceği belirtilmiştir³⁵. Balta, ayrıca, idarenin kanunda hüküm bulunmayan durumlarda, belli yetkileri kullanması gereken durumlara idari işlemler, idari usul, kamu malları ve idarenin mali sorumluluğu alanlarını da örnek olarak göstermiştir³⁶.

Benzer şekilde, içtihadi bir idare hukuku ilkesi olan yetkide paralellik ilkesi de, saklı yetki kavramına örnek olarak gösterilebilir³⁷. Bununla birlikte; bu durumun saklı yetki değil, yetkilerin ancak anayasa ya da kanunla verilebileceği kuralının istisnası olduğu yönünde görüşler bulunmakta³⁸ olduğu gibi, bu kuralın dayanağının 1982 Anayasası'nın 123. maddesi olduğu yönünde görüş³⁹ de bulunmaktadır.

Böylelikle, saklı yetki bir yandan idarenin faaliyetleri sırasında belli şartlar altında kullanması gereken bir yetki olmaktadır, diğer yandan hukuk devleti ilkesi doğrultusunda oldukça sınırlandırılmış ve idare tarafından da söz konusu sınırlara uyararak ve istisnai olarak başvurulması gereken bir yetkidir. Aşağıdaki başlıklarda da; öncelikle, idarenin saklı yetkilerine mevzuat, doktrin ve içtihat çerçevesinde bazı örnekler verilecek, ardından saklı yetki kavramının sınırlarına ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

³³ Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz.; GÖZLER (C. II), s. 160-174.

³⁴ AKILLIOĞLU, s. 82.

³⁵ BALTA, s. 81.

³⁶ BALTA, s. 81.

³⁷ AKILLIOĞLU, s. 82.

³⁸ GÜNDAY, s. 135; ULU, s. 188.

³⁹ AKBULUT, s. 280-282.

II. İDARENİN SAKLI YETKİLERİNE VERİLEBİLECEK BAZI ÖRNEKLER

A. Anayasadan Kaynaklanan Saklı Yetki Örnekleri

1. Bakanlar Kurulunun Yönetmelik Çıkarması

Saklı yetkinin anayasadan kaynaklanabileceğine ilişkin doktrinde ve içtihadta incelenen ilk örneklerden biri, Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarıp çıkaramayacağına ilişkin olmuştur. Bu hususla ilgili olarak 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi, Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarmaya da yetkili olduğunu⁴⁰, kararlarında belirtmiştir. Oysa, 1982 Anayasası'nın, 2017 Anayasa değişikliklerinden önceki halinde de olduğu gibi, 1961 Anayasası'nda da, tüzük çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna, yönetmelik çıkarma yetkisi ise bakanlıklara ve kamu tüzel kişilerine ait yetkiler olarak ve açıkça hüküm altına alınmıştır⁴¹. Bu açık hükme rağmen, Anayasa Mahkemesi, ilk kararında Bakanlar Kurulunun tüzük çıkarma yetkisinin içinde, saklı bir yönetmelik çıkarma yetkisinin bulunduğunu kabul ettiğini düşündürmüştü; ikinci kararında ise, bakanlara anayasa ile tanınan yönetmelik çıkarma yetkisinin Başbakan ve bakanlardan oluşan Bakanlar Kuruluna öncelikle ait olacağını açıkça belirtmiştir. İkinci kararında, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa hukukundaki yetki kurallarından, "*Qui potest maius, potest etiam minus (Çoğu Yapmaya Yetkili Olan Azı Yapmaya da Yetkilidir)*"⁴² şeklindeki yetki kuralından hareket etmiş olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte; bu kuralın idare hukuku açısından kabul edilemeyeceği söylenebilir. Zira idare hukukunda sadece astın üst yerine değil, üstün ast yerine idari işlem yapması da yetki unsuru yönünden sakatlık halleri arasında gösterilmektedir⁴³.

⁴⁰ "...Anayasa'nın 107. maddesi tanzim şekillerinden birini göstermektedir. Yürütme organının bunun dışında kanunun emrine uyararak ve kanuna aykırı olmamak şartı ile umuma şâmil nitelikte hukukî tasarruflarda bulunması idare hukuku esaslarına da uygundur. Aksi halde yürütme faaliyeti pek dar ve işlemesi güç bir çerçeve içerisine sokulmuş olur ki; bunun da Anayasa'nın amacına ve ruhuna uygun düşmeyeceği ve idare fonksiyonunun isterleri ile bağdaşmayacağı meydandadır. Bu sebeplerle bu yöne ilişkin itiraz da yerinde değildir..." ; AYM, E. 1963/4, K. 1963/71, K.T. 28.03.1963, AYMKD, S. 1; "...Anayasanın 113. maddesinde yalnızca bakanlıklara değil, kamu tüzel kişilerine bile yönetmelik yapmak yetkisinin tanınmış olması karşısında, 15. maddesi uyarınca, yürütülmesi ile Bakanlar Kurulunun görevlendirildiği 933 sayılı Yasanın uygulanmasını sağlamak üzere Başbakanla bütün bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarabileceği öncelikle kabul edilebilir..." ; AYM, E. 1967/41, K. 1969/57, K.T. 23-25.10.1969, AYMKD, S. 8.

⁴¹ 1961 AY- md. 107, md.113; 1982 AY-md. 115, md.124.

⁴² GÖZLER (Yorum), s. 93-97.

⁴³ YAYLA, s. 121; GÖZLER (C.I), s. 821-822.

Anayasa Mahkemesi’nin yukarıdaki kararlarında, yetki kuralını oldukça geniş şekilde yorumlayarak, söz konusu kuralın saklı yetki içerdiğini⁴⁴ kabul ettiğini söylemek mümkündür. Kaldı ki; anayasada belirtilmemiş olduğu halde, Bakanlar Kurulunun yönetmelik yapmaya yetkili olduğunun kabulü, konu yönünden değil, kişi yönünden saklı bir yetkinin de mahkemece kabul edilmiş olduğuna işaret etmektedir.

2. Hizmet Yönünden Yerinden Yönetim Kuruluşları Üzerinde Merkezi İdarenin İdari Vesayet Yetkisi

Anayasadan kaynaklanan saklı yetkiye verilebilecek bir başka örnek; Türk hukukunda, merkezi idarenin idari vesayet yetkisini, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde de kullanabileceğinin kabul ediliyor olmasıdır. 1982 Anayasası’nın 127. maddesinde, merkezi idarenin sadece yerel yönetimler üzerinde kullanabileceği idari vesayet yetkisi düzenlenmiş olmasına rağmen, doktrinde idari vesayet yetkisinin hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları tarafından da kullanılabilmesi kabul edilmektedir⁴⁵. Bu kabule gerekçe olarak ise, hem 1982 Anayasası’nın 123/1. maddesi hükmünde düzenlenen idarenin bütünlüğü ilkesinin buna olanak verdiği, hem de anayasada açıkça belirtilmiş olmasa da, daha özerk olan yerel yönetimler üzerinde tanınmış olan idari vesayet yetkisinin hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları açısından öncelikle söz konusu olacağı⁴⁶, gösterilmektedir⁴⁷.

Anayasa Mahkemesi de, bu gerekçeleri kullanarak merkezi idarenin hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde idari vesayet yetkisi bulunduğunu kabul etmiştir⁴⁸.

Böylelikle, doktrinde ve içtihatla, merkezi idarenin hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde haiz olduğu kabul edilen idari vesayet yetkisinin, 1982 Anayasası’nın 123. maddesinde yer verilmiş olan idarenin bütünlüğü ilkesi içinde saklı bir yetki olarak kabul edildiğini, söylemek mümkündür.

⁴⁴ Bu hususu, saklı yetki olarak değil, yetki kuralının istisnası olarak kabul eden görüş için bkz.; ULU; s. 188.

⁴⁵ GÜNDAY, s. 85; GÖZLER/KAPLAN, s. 50.

⁴⁶ GÜNDAY, s. 85.

⁴⁷ Bu husustaki açıklamalar için ayrıca bkz.; OCAK, s. 170-171.

⁴⁸ AYM, E. 2011/142, K.2013/52, KT.03.04.2013; RGT. 29.05.2014, RGS. 29014.

3. Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarma Yetkisi

Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisini düzenleyen 1982 Anayasası'nın 104/17. maddesi hükmünün birinci cümlesinin, saklı yetkiye verilebilecek bir başka örnek olduğunu söylemek mümkündür. Bu hükme göre, Cumhurbaşkanının, “*Yürütme yetkisine ilişkin konular*” da, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu yönünden yetki unsurunu belirleyen, “*Yürütme yetkisine ilişkin konular*” hükmünün yorumu ihtiyaç duyan bir hüküm olduğu kuşkusuzdur. Bu durumda, söz konusu yetki kuralının içinde pek çok saklı yetki bulunduğu söylenebilir. Bununla birlikte; söz konusu cümlelerin peşinden gelen anayasal sınırlar⁴⁹, “*Yürütme yetkisine ilişkin konular*”ın oldukça sınırlı bir alanda söz konusu olabileceğine işaret etmektedir.

Bu sebeple, 1982 Anayasası'nın 104/17. maddesi hükmünde düzenlenmiş olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılabileceği konularda, söz konusu hükmün birinci cümlesinin lafzında saklı yetkiler bulunduğu düşünülebilse de, bu yetkilerin anayasal ilkelerle oldukça sınırlandırılmış bir alanda söz konusu olabileceği açıktır. Anayasa Mahkemesi de, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecek konuların sınırlandırılmış olduğunu ve bu sınırların 1982 Anayasası'nın 104/17. maddesi hükmünde konu bakımından yetki yönünden getirilmiş olduğunu belirtmiştir⁵⁰.

B. Kanundan Kaynaklanan Saklı Yetki Örnekleri

1982 Anayasası'nın 123/1. maddesi gereğince idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği ve bu doğrultuda birçok kanunun yürürlükte olduğu göz önüne alındığında, söz konusu kanun hükümlerinde idarenin saklı yetkilerine rastlanabileceği, hatta belki de en fazla kanun hükümlerinde saklı yetki örneklerine rastlanabileceği, söylenebilir. Zira bu

⁴⁹ 1982 AY-md. 104/17: “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*”.

⁵⁰ AYM, E. 2018/125, K.2020/4, KT.22.01.2020; AYM, E. 2019/31, K.2020/5, KT.23.01.2020; AYM, E. 2019/78, K.2020/6, KT.23.01.2020; RGT. 13.05.2020, RGS. 31126.

hükümlerin bazılarında idarenin konu yönünden yetkisi açıkça belirtilmişken, bazılarında açık olmayan yetki kuralları yer almaktadır.

Örneğin; 5393 sayılı Kanun⁵¹’un 18/b maddesi hükmü açık bir yetki kuralı içermektedir. Bu hükümde, “*bütçe ve kesin hesabı kabul etmek*” açıkça belediye meclisinin yetkisi olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm yeterince açıktır ve bu hükümde yer alan kavramlara *mündemiç* kavramlar bulunmaya çalışılması, hukuk devleti ilkesini zedeleyebilir. 5393 sayılı Kanun’un, belediyenin yetkilerini ve imtiyazlarını düzenleyen, “*Belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla her türlü faaliyet ve girişimde bulunmak.*” şeklindeki 15/a maddesi hükmü ise, yeterli açıklıkta olmayıp, bu alanın uygulayıcıların ve içtihadın yorumuna tabi olması gerekeceği kuşkusuzdur. Bu kapsamda, 5393 sayılı Kanun’da belediye başkanı, belediye meclisi ve belediye encümenine ayrıca ve açıkça verilmemiş olan tüm yetkiler açısından-eğer mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçları karşılamak amacı içinde görülürse-belediye başkanının, belediye meclisinin ya da belediye encümeninin yetkili olacağını söylemek mümkün olabilecektir. Böyle bir durumda, belediye idaresinin tüm organlarının, hem anayasadan⁵², hem kanundan kaynaklanan oldukça geniş, ayrıca hem yetkili makam hem de konu bakımından saklı yetkilere sahip bulunduğunu ileri sürmek mümkün hale gelmektedir. Bu söylenenlerin, diğer mahalli idareler açısından da geçerli olduğu ortadadır. Bu durum, idari teşkilatı ve idarenin işleyişini düzenleyen diğer mevzuat hükümleri için de çok farklı olmadığından, kanundan kaynaklanan çok sayıda saklı yetki örneği vermek mümkündür.

Kanundan kaynaklanan saklı yetki örnekleri açısından Danıştay kararları incelendiğinde; Danıştay’ın “saklı yetki” adını kullanmış olduğu bir karara ulaşılamamış olsa da, idarenin saklı yetkilerini kabul etmiş olduğunu gösteren bazı kararlarına rastlanmıştır.

Örneğin, bazı eski tarihli kararlarında, Danıştay, saklı yetki kavramını kabul ettiğini, “*kanunun ruhunda mündemiç*” yetkilerin varlığına kararında yer vererek⁵³, düşündürmüştür.

⁵¹ Belediye Kanunu, RGT. 13.07.2005, RGS. 25874.

⁵² 1982 AY-md. 127/1: “*Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.*”

⁵³ “*Bunlarda yapılacak inşaatın, şehir imar planı ile takip olunan hedef ve gayelerin zedelenmemesi de yine bu mevzuatın ruhunda mündemiç olduğundan bu hususta yine belediyelerin bu dördüncü maddenin (M) fıkrasında bahis konusu edilen*

Danıştay, yakın tarihli kararlarında da, kanunla idareye verilmiş olan görevler doğrultusunda idarenin kullanmış olduğu yetkilerin, mevzuatta açıkça yazmasa da, hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Örneğin, Danıştay, Umumi Hıfzıssıhha Kurulu tarafından çıkarılmış olan tebliğin⁵⁴, 1593 sayılı Kanun⁵⁵'un 27. maddesinde kurula verilen görev çerçevesinde hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

Bir başka uyuşmazlıkta, izinsiz yapıların kaldırılmasına ilişkin Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu kararını, Danıştay, yine 2863 sayılı Kanun⁵⁶'da Kurula verilen görevler değerlendirilmek suretiyle ve bu görevlerin uyuşmazlık konusu yetkileri de gerektirdiği gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur⁵⁷.

Danıştay'ın bu doğrultuda vermiş olduğu diğer bir kararı ise şu şekildedir: İl özel idaresi, imar planında organize sanayi bölgesi olarak gösterilmiş alan için ihtiyaç duyulan taşınmazın 2942 sayılı Kanun⁵⁸'un 30. maddesine dayanılarak bedelsiz devrini Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden talep etmiş, bu talebin reddi üzerine Danıştay 1. Dairesi, uyuşmazlık konusu taşınmazın, *"imar planındaki tahsis şekline ve İl Özel İdaresi Kanununda belirlenen*

kararlar almağa yetkili olmaları lazımdır. Esasen bu gibi kararların mercii de bu Kanunun 9.maddesiyle belediye meclisleridir."; D2D, E. 1954/1378, K. 1954/2333, K.T.22.10.1954.; (www.hukukturk.com, erişim: 04.09.2019); Bu hususta ayrıca bkz., D6D, K. 1967-2172, DKD, 119-122, s. 228-229; D11 D, K. 1975-769, DD, 20-21, s. 580-581; AKILLIOĞLU, s. 74.

⁵⁴ "...gıda ve gıda katkı maddelerinin üretildiği ve toplu tüketiminin yapıldığı yerlerde çalışan personelin üç ayda bir yaptırması zorunlu olan muayene ve tetkiklerinin yapılacağı özel işçi sağlığı ve işgüvenliği merkezlerinin taşınması gereken asgari şartları ve denetim esaslarını belirleyen tebliğ..." ; D10D, E. 2001/4681, K. 2005/671, K.T. 23.02.2005; (www.hukukturk.com, erişim: 04.09.2019)

⁵⁵ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (RGT. 06.05.1930, RGS. 1489)- md. 27: *"Umumi hıfzıssıhha meclisleri mahallin sıhhi ahalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin islahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korumak çareleri ve sıhhi hayatın faydeleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler"*.

⁵⁶ Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, RGT. 23.07.1983, RGS. 18113.

⁵⁷ "...Yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri uyarınca koruma bölge kurulları tarafından, koruma alanlarına ilişkin olarak, uygulamaya yönelik karar alınabileceği, alınan kararlar; kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişiler bakımından bağlayıcı olduğundan, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları hakkında, koruma bölge kurullarınca verilen kararların gereğinin ilgili idarelerce yerine getirilmesi gerekmektedir..." ; D14D, E. 2011/14463, K. 2011/3588, K.T. 28.11.2011; (www.hukukturk.com, erişim. 04.09.2019)

⁵⁸ Kamulaştırma Kanunu, RGT. 08.11.1983, RGS.18215.

amacına uygun organize sanayi bölgesi alanı olarak kullanılmak üzere 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesi uyarınca ...İl Özel İdaresine devrine” karar vermiştir⁵⁹. Karşı oyda ise, 2942 sayılı Kanun’un 30. maddesi kapsamında, sadece kamu kurumları arasında bedelsiz devrin söz konusu olabileceği ve 3360 sayılı Kanun’un 78. maddesinin organize sanayi bölgelerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağı belirtilmiştir⁶⁰. Gerçekten, 3360 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun, 78 inci maddesinin ek 13 üncü fıkrasında yer alan⁶¹ “İl Özel İdaresinin, mahalli müşterek nitelikte olan imar, bayındırlık, sağlık ve sosyal yardım, çevre sağlığı koruması, eğitim ve spor, tarım, ağaçlandırma, orman tesisi, ekonomi ve ticaret, haberleşme, kültür, turizmle ilgili görevleri ve bu Kanun dışında çeşitli mevzuatla verilen görevleri imkanları ve tesbit edeceği öncelik esasına göre yürüteceği” hükmü; her iki yoruma da elverişlidir. Söz konusu madde hükmü geniş yorumlandığı takdirde, idare kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirebilmek için çok sayıda saklı yetkiyi de haiz kabul edilebileceği gibi, aksi bir yorumla bu hükmün her türlü yetkiyi içermeyeceği de söylenebilecektir.

Böylelikle, Danıştay’ın kanun hükümlerinde yer alan ve açık olmayan yetki kurallarının yorumunda, idarenin saklı yetkilerini kabul ettiği kararları bulunmaktadır.

C. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinden Kaynaklanan Saklı Yetki Örnekleri

Bu başlık altında bahsedilecek olan saklı yetkiler, 1982 Anayasası’nın 104/17. maddesi hükmünün 1. cümlesindeki düzenlemeden kaynaklanan ve yukarıda bahsedilmiş saklı yetkiler değil, 1982 Anayasası’nın 104/9, 106/son, 108/son ve 118/son madde hükümleri doğrultusunda çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi⁶² hükümlerinde yer alması muhtemel saklı yetkilere aittir.

⁵⁹ D1D, E. 1997/43, K. 1997/144, K.T. 10.11.1997; (www.hukukturk.com, erişim: 04.09.2019)

⁶⁰ D1D, E. 1997/43, K. 1997/144, K.T. 10.11.1997; (www.hukukturk.com, erişim: 04.09.2019)

⁶¹ Günümüzde yürürlükte olan 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun (RGT. 04.03.2005, RGS. 25745) 6. maddesi hükmü de, bu hüküm ile büyük ölçüde aynıdır.

⁶² 1982 AY-md. 104/9’da; üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların ; md. 106/son’da; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; md. 108/son’da; Devlet Denetleme Kurulu’nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; md.118/son’da; Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği’nin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilmiştir.

Bunlardan, özellikle bakanlıkların görevleri ile ilgili olarak, 1982 Anayasası'nın 106/son maddesi hükmü doğrultusunda çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinde saklı yetki içeren hükümler bulunması mümkündür.

Örneğin, 1 No'lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi⁶³'nin İçişleri Bakanlığının görevlerine ilişkin 254. maddesinin 1. fıkrasının a bendi şu şekildedir: “ (1) İçişleri Bakanlığının görev ve yetkileri şunlardır: a) Bakanlığa bağlı iç güvenlik kuruluşlarını idare etmek suretiyle ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini ve genel ahlakı, Anayasada yazılı hak ve hürriyetleri korumak, ”; aynı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Sağlık Bakanlığının görevlerine ilişkin 352. maddesinin 1. fıkrasının a bendi de benzer şekildedir: “(1) Herkesin bedenî, zihnî ve sosyal bakımından tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamak amacıyla, Sağlık Bakanlığının görev ve yetkileri şunlardır: a) Halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi için çalışmalar yapmak, ”. Öncelikle, her iki hükmün başlığı da “Görevler” olmasına rağmen, 1. fıkralarında “görev ve yetkiler” den bahsedilmiştir. Ardından örnek olarak gösterilmiş olan a bentlerinde yer alan görev ve yetkiler de oldukça geniş yetkililerdir ve bu sebeple içerinde saklı yetkilerin de bulunduğu düşünülebilir.

Bu hususta, başka çok sayıda örnek vermek, aynen yukarıda kanundan kaynaklanan saklı yetki örneklerinde belirtilmiş olduğu gibi, elbette mümkündür.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin, 1982 Anayasası'nın 104/17. maddesi hükmünde belirtilmiş olan sınırları, Anayasa'da özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilmiş olan hükümler açısından da geçerli olarak kabul ettiğini söylemek mümkündür. Zira Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın 106/son maddesi hükmü kapsamında çıkarılmış olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan dava konusu hükmü, 1982 Anayasası'nın 104/17. maddesi hükmünde yer verilmiş olan sınırlardan, “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” şeklindeki sınır çerçevesinde değerlendirmiş ve yine bu sebeple Anayasa'ya aykırı bularak iptaline karar vermiştir⁶⁴.

⁶³ RGT. 10.07.2018, RGS. 30474.

⁶⁴ AYM, E. 2019/31, K.2020/5, KT.23.01.2020; RGT. 13.05.2020, RGS. 31126.

D. İdarenin Düzenleyici İşlemlerinden Kaynaklanan Saklı Yetki Örnekleri

İdarenin saklı yetkilerinin, idarenin düzenleyici işlemlerinden kaynaklanıp kaynaklanmayacağını tespitinden önce, idarenin düzenleme yetkisinin, 1961 Anayasası’ndan günümüze kadar anlaşılış şeklinin açıklanması faydalı olacaktır. Zira Türk hukukunda, yürütmenin ve yürütmenin devamında yer alan idarenin düzenleme yetkisinin niteliği hususunda, 1961 Anayasası’ndan günümüze, görüş ve içtihat birliği oluşmamıştır. Bunun sebebini, yasama ve yürütme organının faaliyet alanlarının, anayasal hükümlerde açıkça belirtilmemiş olmasında aramak mümkünse de, anayasasında bu şekilde bir ayrıma gitmiş olan Fransa’da da, uygulamada bu hususta belli güçlüklerin yaşandığı belirtilmiştir⁶⁵. Bu hususta, 2017 Anayasa değişiklikleri ile belli değişiklikler yapılmış olsa da, idarenin düzenleme yetkisine ilişkin temel hususların değişime uğramadığını söylemek mümkündür.

İdarenin düzenleme yetkisinin asli bir yetki olup olmadığına ilişkin ilk tartışma, 1961 Anayasası’nda yürütmenin görev olarak düzenlenmiş olmasına karşın 1982 Anayasası’nda görev ve yetki olarak düzenlenmiş olmasından bahisle, 1982 Anayasası’nın yürütme organına asli düzenleme yetkisi tanımış olup olmadığına ilişkindir. 1982 Anayasası’nın 1961 Anayasası’ndan farklı olarak, yürütme işlevini hem görev hem de yetki olarak düzenlemiş olmasının idareye özerk düzenleme yetkisi tanıdığını savunan görüşlere başka bir açıdan yaklaşan Duran; yürütme görev ve yetkisinin “*kanunlara uygun olarak*” kullanılabileceğini hüküm altına almış olan 1982 Anayasası’nın⁶⁶, yürütme görevinin “*kanunlar çerçevesinde*” yerine getirilebileceğini öngören 1961 Anayasası’na⁶⁷ göre, kanuna “*daha sıkı bağımlılığı*” gerektirdiğini ve Güneş’in idari faaliyet ve kanun hükmü arasında kurmuş olduğu *bağdaşılık*⁶⁸ koşulunun, 1961 Anayasası’ndaki düzenleme kapsamında söz konusu olabileceğini belirtmiştir⁶⁹.

Bununla birlikte, 1982 Anayasası’nda 2017 yılında yapılan değişikliğe kadar Türk hukukunda genel olarak, idarenin ancak anayasa ya da kanunla

⁶⁵ ÖZTÜRK, s. 152-154.

⁶⁶ 1982 AY-md. 8: “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı (...) (1) tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*”

⁶⁷ 1961 AY-md. 6: “*Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir.*”

⁶⁸ GÜNEŞ, s. 88, 140-142.

⁶⁹ DURAN (1983), s. 38-39.

çizilen çerçevede, kendi faaliyet alanı ile ilgili olarak kurallar koyabileceğinin, asli ve genel bir düzenleme yetkisi bulunmadığının⁷⁰ ve bu yetkinin türev nitelikte bir yetki⁷¹ olarak kabul edilmekte olduğunu söylemek mümkündür⁷².

2017 Anayasa değişiklikleri ile ise; bir taraftan anayasa hükümleri ile yürütme organına asli düzenleme yetkisi tanınmış, diğer taraftan bu asli düzenleme yetkisine anayasal sınırlar getirilmiş ve aslında kanuna saygı ilkesi⁷³ güçlendirilmiştir. Bu sebeple, yürütme organının düzenleme yetkisinin artık asli nitelik taşıdığı söylenebilecek olsa dahi, bu yetkinin genel bir nitelik taşımadığının, belli konularla sınırlandırılmış olduğunun ve kanunun üstünlüğü⁷⁴ prensibinin devam ettiğinin belirtilmesi gerekmektedir.

Kaldı ki, her ne kadar yürütme organının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma hususunda doğrudan anayasadan kaynaklanan asli düzenleme yetkisi söz konusu olsa da, idarenin diğer düzenleyici işlemleri açısından idarenin düzenleme yetkisinin kanuna olan bağlılığı 2017 Anayasa değişikliğinin ardından da Danıştay tarafından vurgulanmaya devam etmiştir⁷⁵.

Ayrıca, anayasada açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş alanlarda dahi, yasama organının asli düzenleme yetkisi söz konusu olduğundan, idarenin yetkisinin açıkça belirtilmiş olduğu durumlarda-ki bu durumlar idarenin bağlı

⁷⁰ DURAN (1982), s. 36-37; DURAN (1983), s.33-42; GÜNEŞ, s. 93, 100; ÖZTÜRK, s. 120, 154-155.

⁷¹ GÜNEŞ, s. 100.

⁷² Türk hukukunda idarenin düzenleme yetkisi ile ilgili olarak, aksi yönde görüş ve içtihat da bulunmaktadır. Bkz; KIRATLI, s. 10; Danıştay'ın,1961 Anayasası döneminde, idarenin genel ve asli nitelikte düzenleme yetkisi bulunduğu dair kararları için bkz; DDDK, E. 1970/453, K. 1972/385, KT.05.05.1972.; DDDK, E. 1968/709, K. 1972/364, K.T.28.04.1972 ; DDDK, E. 1972/358, K. 1974/437, 05.04.1974; DURAN (1982) , s. 391-392, dipnot.1.

⁷³ Bu hususta bkz. s. 27-28'deki bkz. III/A/2'deki açıklamalar.

⁷⁴ Bu hususta bkz. s. 27'deki bkz. III/A/2'deki açıklamalar.

⁷⁵ “...Kanun koyucu, düzenleyeceği konularda genel prensipleri belirler ve bunun uygulamasını yürütmeye, başka bir ifadeyle idareye bırakır. Bu, asli düzenleme yetkisinin yasama organına ait olmasının doğal bir sonucudur...”; D13D, E.2012/1810, K. 2018/4277, K.T.21.12.2018 ; (emsal.danistay.uyap.gov.tr, erişim: 04.09.2019); “...Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemez...”;D13D, E.2012/3152, K. 2018/4283, K.T.21.12.2018; (emsal.danistay.uyap.gov.tr, erişim: 04.09.2019); “...Bu açıdan Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun düzenleme yetkisi, 5015 sayılı Kanun'un belirlediği çerçeve ve kanunların zaman bakımından uygulanmasına yönelik kural ve ilkelerle sınırlandırılmış bulunmaktadır...”; D13D, E. 2013/759, K. 2019/1776, K.T. 21. 05. 2019; (emsal. danistay. uyap. gov.tr, erişim: 04.09.2019).

yetkisinin ve takdir yetkisinin bulunduğu durumlardır- yine, saklı yetkinin varlığına oldukça sınırlı bir şekilde yaklaşılmalıdır. Böylelikle, kanuni idare ilkesi gereğince, kural olarak, anayasa ya da kanun hükmünde yer almayan bir yetkinin idare tarafından kullanılmayacağını söylemek mümkünken⁷⁶, kamu hizmetinin özellikleri dikkate alındığında, kanun koyucunun düzenlememiş olduğu ya da kanunda düzenleme yer almasına rağmen idarenin kullanacağı yetkinin yoruma ihtiyaç duyduğu bir alanda, idarenin karşılaştığı sorunu, yetkisinin bulunmadığından bahisle, çözmemesi de, özellikle kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

Bu noktada, idarenin bir kanuna dayanmak ve kanuna aykırı olmamak şartıyla yapacağı düzenleyici işlemler önemli hale gelmektedir, zira idarenin düzenleme yetkisi konu bakımından sınırlı bir yetki değildir. Danıştay’ın bu yöndeki kararları⁷⁷ doğrultusunda; idarenin düzenleme yetkisi kapsamında yetki kuralı getirdiği durumlarda, saklı yetkisinin mümkün olduğunca sınırlı bir şekilde yorumlanması gerektiği ve yasama organının idarenin tüm faaliyet alanlarında genel çerçeveyi-özellikle kamu gücünün sınırlandırılması gerekliliği yönünde-çizerek, ardından bu alanda idarenin, yine kanuna saygı ilkesinden vazgeçmeden, serbest olduğunun kabul edilmesi gerektiği söylenebilir⁷⁸. Böyle bir durumda ise, idarenin düzenleyici işlemlerinde yer alan yetki kurallarının da saklı yetkiler içermesi mümkün olabilecektir.

Bu hususta incelenmiş olan bazı Danıştay kararlarında, yönetmelik hükmü ile getirilen yetki kuralının idare lehine genişletilmiş olduğu gözlemlenmiştir. Söz konusu kararlarda, Danıştay’ın, üst disiplin amirlerinin, alt disiplin amirlerinin vermeye yetkili olduğu disiplin cezalarını da vermeye yetkili olduğuna ilişkin içtihadının, saklı yetki kavramını kabul etmek yönünde olduğu söylenebilir. Danıştay, bu kararlarından birinde⁷⁹, Yönetmelik’in 16. maddesi hükmünde yer alan, “*En üst disiplin amirleri haiz*

⁷⁶ Bu hususta bkz., GÖZLER (C. I), s. 746; ULU, s. 176-179.

⁷⁷ “...Hukukumuzda idarenin düzenleme yetkisi konu bakımından sınırlandırılmamıştır. İdareler bir kanuna dayanmak ve kanunlara ve varsa ilgili düzenleyici işlemin bir üst normuna uygun olmak şartıyla düzenleme yapabilmektedir...”; D15D, E. 2017/412, K. 2018/7564, K.T.15.11.2018; (emsal. danistay. uyap.gov.tr, erişim: 04.09.2019)

⁷⁸ Kanun koyucunun, bu suretle “idareyi serbest bırakması”nın, hukuk devleti ilkesini zedelemeyeceği hakkında bkz.; GÜNDAY, s. 45.

⁷⁹ D12D, E. 2012/6387, K. 2016/1597, K.T.23.03.2016; (www. hukukturk.com; erişim: 04.09.2019)

*oldukları yetkileri her derecedeki memur hakkında doğrudan kullanabilir.”*⁸⁰ ifadesini; bir başka kararında⁸¹ ise, Yönetmelik’in 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Ek listede gösterilen üst disiplin amirleri, sıralamada kendinden önce gelen amire bağlanmış olan bütün personelin aynı zamanda ilk disiplin amiri sıfatına haizdir*”⁸² ifadesini, söz konusu içtihadına dayanak olarak göstermiş ve bu kuralda aynı zamanda, disiplin cezası verme yetkisinin de saklı olduğunu kabul etmiştir. Disiplin amirlerinin yönetmelik ile belirlenmiş olması, kanunun⁸³ açıkça vermiş olduğu bir yetkiye dayanmakta olsa da, üst disiplin amirlerine tanınmış olan ve geniş yoruma tabi tutulabilecek olan disiplin cezası verme yetkisinin aslında, Türk idare hukukunda kabul edilmiş olan birçok ilke ile çelişmekte olduğu söylenebilir. Her ne kadar 657 sayılı Kanun⁸⁴ uyarıma, kınama ve aylıktan kesme cezalarının disiplin amirleri tarafından verilebileceğini hüküm altına almış ve disiplin amirlerinin belirlenmesini, yönetmelik hükmüne bırakmış olsa da; yönetmelikle yapılacak düzenlemelerin, aşağıda inceleneceği üzere, yeterince açık şekilde yapılması gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemeler; yetkilerin istisnai nitelikte olması, yetki kurallarının dar yoruma tabi tutulması, üstün ast yerine karar alamaması gibi temel idare hukuku ilkeleri ile açıkça çelişmektedir.

Bununla birlikte, aşağıdaki başlıkta incelenecek kararlarında ise, Danıştay düzenleyici işlem ile getirilecek yetki kuralları açısından oldukça önemli sınırlar belirlemiştir.

III. SAKLI YETKİ KAVRAMININ SINIRLARI

Çalışmanın bu kısmına kadar idarenin saklı yetkilerine mevzuattan, doktrinden ve içtihadattan bazı örnekler verilmiş olup, bu örneklerin artırılması mümkündür. Bununla birlikte, saklı yetki kavramının mümkün olduğunca sınırlı bir yetki olarak kabul edilmesi, hukuk devletinin hayat bulması adına bir zorunluluktur. Zira idare hukukunda yetkilerin istisnai nitelikte kabul

⁸⁰ Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik, RGT. 24.10.1982, RGS. 17848.

⁸¹ D12D, E. 1999/3488, K. 2001/392, K.T.08.02.2001; (www. hukukturk.com; erişim: 04. 09. 2019)

⁸² Milli Eğitim Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği, RGT. 03.06.1991, RGS. 20890.

⁸³ Devlet Memurları Kanunu (DMK)(RGT. 23.07.1965, RGS. 12056) -md. 124: “(Değişik birinci fıkra: 29/11/1984 – KHK-243/25 md.) Disiplin amirleri; kurumların kuruluş ve görev özellikleri dikkate alınarak Devlet Personel Başkanlığı’nın görüşüne dayanılarak özel yönetmeliklerinde tayin ve tesbit edilecek amirlerdir.”

⁸⁴ Bkz. DMK-md. 124, 126.

edilmelerinin sonucu olarak, yetki kurallarının da dar yoruma tabi tutulması gerektiği görüşü benimsenmiştir⁸⁵. Yine, anayasa hukukunun yetki ilkeleri arasında gösterilen, “*Yetki Dar; Hürriyet Geniş Yorumlanır*” ve “*Hürriyet Asıl, Sınırlama İstisnadır*” ilkelerinin⁸⁶ de, tüm devlet işlemlerinde olduğu gibi, idari işlemler açısından da, hatta belki de en fazla idare hukuku uygulamaları açısından kabul edilmesi gerekeceği kuşkusuzdur. Özey, idarenin yetkileri ve hukuk devleti arasındaki ilişkiyi, şu haklı sözlerle açıklamaktadır: “*Hukuk Devletinin idaresi, hem üstün yetkilerle donatılmış, hem de yetkileri olabildiğince sınırlanmış bir durumdadır.*”⁸⁷

Gerçekten, idarenin kullanmış olduğu yetkilerin muhatapları tarafından öngörülebilir olması, bu yetkilerin hukuki dayanaklarının bulunması ve idarenin yetkilerini kullanırken temel hak ve hürriyetlere müdahale etmemesi, hukuk devleti ilkesinin hayat bulması adına oldukça önemli kurallardır. Bunlar dışında, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi için daha pek çok ilke sayılabilecek olsa da, aşağıdaki başlıklarda sadece kanuni idare ilkesi, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi ile idarenin saklı yetkilerinin temel hak ve hürriyetlere müdahale edecek şekilde kullanılamaması gibi temel üç sınır açıklanacaktır. Aslında bu üç ilke birbirini tamamlayan ilkelere. Bununla birlikte, idarenin saklı yetkileri ile hukuk devleti ilkesi arasında kurulması gereken dengenin vurgulanması bakımından, ayrı başlıklar altında yapılacak incelemenin daha faydalı olacağı düşünülmektedir. Ayrıca, idarenin saklı yetkilerinin kabul edilmediği yargı kararlarında da, genellikle bu üç ilkeye ilişkin açıklamaların, kararlara gerekçe olarak gösterildiği gözlemlenmiştir.

A. Kanuni İdare İlkesi

1. 2017 Anayasa Değişikliklerinin Kanuni İdare İlkesine Etkisi

Kanuni idare ilkesi, Türk hukukunda 1961 ve 1982 Anayasaları’nda kabul edilmiş, 2017 Anayasa değişiklikleri ile de varlığı devam eden, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğini öngören temel bir anayasal ilkedir. 2017 Anayasa değişikliği sonucu, 1982 Anayasası’nın 123. maddesinin kanunilik ilkesini düzenleyen 1. fıkrasında herhangi bir değişiklik olmamış, son fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabileceği ve 106/son madde hükmünde ise bakanlıkların

⁸⁵ GÖZLER (C. I), s. 747.

⁸⁶ GÖZLER (Yorum), s. 79-81.

⁸⁷ ÖZAY, s. 307.

kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilmiştir. Yine, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi, doğrudan anayasadan kaynaklanan, asli bir düzenleme yetkisi olarak düzenlenmiştir. Bu durum, doktrinde, 2017 Anayasa değişiklikleri ile ilgili olarak, kanuni idare ilkesinin geçerliği hususunda tartışmalara neden olmuş olsa da; yukarıda da açıklanmış olduğu gibi, 1982 Anayasası'nın 123. maddesinin kanunilik ilkesini düzenleyen 1. fıkrasında herhangi bir değişiklik yapılmamış olması ve aşağıda açıklanacak bilgiler doğrultusunda, kanuni idare ilkesinin halen önemli bir idare hukuku ilkesi ve saklı yetki kavramı açısından da önemli bir sınır olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Kaldı ki, 2017 Anayasa değişikliğinin ardından, kanuni idare ilkesine ilişkin tartışmaların yanında, fakat aslında bir ölçüde kanuni idare ilkesi ile bağlantılı sayılabilecek olan, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri⁸⁸, münhasır kanun alanının ne demek olduğu⁸⁹, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz bir düzenleme alanı bulunup bulunmadığı⁹⁰ hususlarıyla ilgili olarak, birçok çalışmada farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi, son kararlarında bu husustaki farklı görüşlerin tümüne ilişkin olmasa da bazı hususlara ilişkin açıklamalar yapmıştır. Anayasa

⁸⁸ Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin; kanuna eş değer olmadıkları yönünde görüş için bkz.; YILDIRIM, s. 23; normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer aldığı kabul eden görüşler için bkz; ARDIÇOĞLU, s. 49; GÖZLER/KAPLAN, s. 225; kanuna eş değer olduğunu kabul eden görüş için bkz.; ÜLGEN, s. 6-7.

⁸⁹ Bu hususta 1961 Anayasası açısından, Güneş'in, münhasır kanun alanının çok dar bir alanda yer alması sebebiyle, idarenin düzenleme yapabileceği alanın çok geniş olduğu yönündeki görüşü için bkz; GÜNEŞ, s. 100-116; Duran'ın, 1961 Anayasası açısından münhasır kanun alanını, "şahsi hürriyet, fikir ve ifade hürriyeti, mesken dokunulmazlığı gibi bazı önemli haklar" ile mahalli idareler ile hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının, kamu hizmetlerinin ve idareye yeni görevler verilmesinin münhasır kanun alanında olduğunu belirtmiş olduğu görüşleri hakkında bkz; DURAN (1964), s. 472, 475, 480. 1982 Anayasası açısından ise, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilmiş olan alanların, münhasır kanun alanı olduğuna karar vermiştir; AYM, E. 2013/50, K.2015/38, KT. 01.04.2015; AYMKD, S. 52, C. 5; AYM, E. 2017/51, K.2017/163, K.T. 29.11.2017; (www. hukukturk. com, erişim: 01.04.2019). Anayasa Mahkemesi'nin, 2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinin ardından vermiş olduğu kararları da aynı yöndedir; AYM, E. 2019/28, K.2019/57, 26.06.2019; RGT. 01.08.2019, RGS. 30849. Doktrinde, münhasır kanun alanını kabul eden görüş için bkz; YILDIRIM, s. 26; aksi yönde görüş için bkz.; GÖZLER/KAPLAN, s. 221.

⁹⁰ 1982 AY-md. 104/9; md. 106/son, md. 108/son ve md.118/son'da belirtilmiş olan konularda sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılabilecek mahfuz alanlar olduğu yönündeki görüşler için bkz.; GÖZLER / KAPLAN, s. 222; aksi yönde görüşler için bkz. ARDIÇOĞLU, s. 37-38.

Mahkemesi bu kararlarında, 1982 Anayasası'nın 104/17. maddesi hükmünde yer alan ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine konu bakımından getirilen sınırlamaları ve doktrinde tartışılan hususlardan münhasır kanun alanının, anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen alanlar olduğu yönündeki içtihadını tekrar etmiştir⁹¹.

Böylelikle, idare hukukunda geçerli yetki kuralları çerçevesinde, 2017 Anayasa değişikliğinden önce, idare hukukunda belli bir faaliyette bulunmak hususunda yetkili makamın kim olacağı ancak anayasa ya da kanun hükümleri ile belirlenebilir⁹² demek mümkünken, yeni anayasal sistemde idari makamların kullanacağı yetkinin dayanağı, bunlara ek olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü de olabilecektir, ancak kanuni idare ilkesi anayasal olarak değerini korumaya devam etmektedir.

2. Kanuni İdare İlkesinin Önemi

Kanuni idare ilkesi, anayasal bir ilke olmanın ötesinde, aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olarak kabul edilmekte⁹³ ve kanunun üstünlüğü kuramı⁹⁴ ile önemli bir ilişki içinde bulunmaktadır. Kişilerin faaliyetleri sırasında rastladıkları kanun hükümlerine uyma zorunluluğunu içeren kanunun üstünlüğü kuramının, iki temel esası bulunduğu, bu kuramın doğuş yeri olan Fransız hukukunda belirtilmiştir: 1- Üstünlüğünden bahsedilen kanun, yasama organı tarafından yapılmış olan şekli anlamda kanundur. 2- Şekli kanunun üstünlüğü kuralı, devlet üzerinde yaşayan her şahsa, idare edenlere ve hakimlere de uygulanır⁹⁵.

Böylelikle, Fransız ve Türk Anayasaları açısından⁹⁶ ve kanuni idare ilkesi kapsamında⁹⁷ “*kanun*”dan anlaşılması gereken de, şekli anlamda kanun hükümleridir.

⁹¹ AYM, E. 2018/125, K.2020/4, KT.22.01.2020; AYM, E. 2019/31, K.2020/5, KT.23.01.2020; AYM, E. 2019/78, K.2020/6, KT.23.01.2020; RGT. 13.05.2020, RGS. 31126.

⁹² GÜNDAY, s. 135; ULU, s. 176-179.

⁹³ BALTA, s. 79; GÜNDAY, s. 39.

⁹⁴ Bkz. “*Kanunun Tefevvuku Nazariyesi*”; ROLLAND, s. 47.

⁹⁵ ROLLAND, s. 47; Öztürk, Fransız hukukunda 1958 Anayasası ile idareye açıkça özerk düzenleme yetkisi tanınmış olmasının ardından dahi, uygulamadan kaynaklanan nedenlerle kanunun hiyerarşik üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğunu belirtmiştir; ÖZTÜRK, s. 152-154.

⁹⁶ ÖZTÜRK, s. 83-84.

⁹⁷ AKBULUT, s. 16.

Bu doğrultuda, kanuni idare ilkesi genel olarak; “*idarenin davranışlarına kanunun ve ona eşit hukuk kaynaklarının, bu arada genel hukuk ilkelerinin egemen olması*”⁹⁸ ya da “*idareye ve faaliyetlerine kanunun egemen olması*”⁹⁹ şeklinde tanımlanmış ve bu ilkenin içeriğinde, “*kanunî yetki*” ya da “*kanuni dayanak*” ilkeleri ile “*kanuna saygı ilkesi*”nin de bulunduğu belirtilmiştir¹⁰⁰. Balta, kanuna saygı ilkesi çerçevesinde, idarenin yürürlükteki kanun hükümlerine saygı göstermekle yükümlü olduğunu ve bu yükümlülüğün gerçekleşmiş sayılması için, “*idarenin davranışlarının yalnız görünüşte değil, gerçekten de ona uygun olması*” gerektiğini belirtmiştir¹⁰¹.

Sonuç olarak kanuni idare ilkesi, Türk hukukunda önemli bir idare hukuku ilkesidir ve bu ilke, ilk bakışta saklı yetki kavramı ile açık bir çelişki içinde bulunmaktadır. Kaldı ki; Türk hukukunda, yetki unsurunun, idari işlemin asli kurucu unsuru olarak kabul ediliyor olması¹⁰² hatırlandığında, bu öngörü kuvvetlenmektedir.

Bu doğrultuda, öncelikle yasama organının idari işlem yapmaya yetkili idari birimlerin kişi, konu, yer ve zaman yönünden kullanacakları yetkilerin genel çerçevesini çizen kanun hükümlerini kabul etmesi, bu hükümlerde özellikle yetki kuralıyla hangi yetkilerin kullanılamayacağını da açıkça belirterek, idarenin kamu gücünü sınırlandırması ya da kanun hükmünde açık düzenleme bulunmayan durumlarda, idarenin yeterli açıklığı sağlayacak şekilde düzenleyici işlem yaparak, idarenin yetkisinin dayanağını gösterebilmesi, önemli bir gelişme olacaktır¹⁰³.

Danıştay’ın da, idarenin kullanacağı yetkilerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için mutlaka açık bir kanun hükmü gerektiğine ilişkin kararları bulunmaktadır.

Örneğin; Danıştay, eski tarihli bir kararında, belediyenin iş hanı yaptırmak amacıyla kamulaştırma kararı almasını, kanunda açıkça belirtilmediği için hukuka aykırı bulmuştur¹⁰⁴.

⁹⁸ BALTA, s. 79.

⁹⁹ GÜNDAY, s. 42.

¹⁰⁰ BALTA, s. 79; GÜNDAY, s. 43.

¹⁰¹ BALTA, s. 79.

¹⁰² ERKUT, s. 74; ÖZAY, s. 387; D10D, E. 2001/4040, K. 2005/181, KT. 02.02.2005; (www.hukukturk.com, erişim: 04.09.2019)

¹⁰³ Bu hususta, idarenin faaliyetleri açısından asıl önemli olanın, idari faaliyetin bir kurala bağlanması olduğu yönündeki açıklama için bkz; ÖZTÜRK, s. 173.

¹⁰⁴ D6D, K. 1968-594, DKD, 123-124, s. 260-270; AKILLIOĞLU, s. 74.

Danıştay, yakın tarihli bir başka kararında da, “...İli sınırları içinde açık mekanlarda canlı ve/veya müzik cihazıyla müzik yayını yapan kamuya açık eğlence yerlerinde haftanın cuma ve cumartesi günlerinde saat 01:00'den, diğer günlerde ise saat 24:00'ten sonra müzik yayını yapılmasının yasaklanmasına, kapanış saatlerinin bu şekilde belirlenmesine ilişkin ...Büyükşehir Belediye Encümeni” kararını hukuka aykırı bulmuş¹⁰⁵; belediyelerin görevleri arasında yer alan umuma açık eğlence yerleri ile ilgili görevlerin, belediyelere, söz konusu yerlerin kapanış saatlerini belirleme yetkisi vermediğine karar vermiştir. Danıştay'ın, kanun hükümlerinde yer alan, örneğin idareye sadece belli bir zaman aralığında verilen yetkinin, idarece yorumlanmak suretiyle genişletilemeyeceğine¹⁰⁶ dair vermiş olduğu kararının da, açık bir kanun hükmünün bulunmadığı durumlarda saklı yetki kavramını kabul etmediği yönünde olduğu söylenebilir.

Yine, yetki hususunda açık düzenlemenin bulunmadığı durumlarda, her ne kadar yorum yoluyla yetkiyi kullanacak makamın belirlenebileceği kabul edilse de, örneğin, yetki devri gibi bazı hususlarda ise mutlaka açık bir

¹⁰⁵ D6D, E. 2008/4811, K. 2010/3763, K.T.13.04.2010; (www.hukukturk.com, erişim: 04. 09. 2019)

¹⁰⁶ “...yetkinin, anılan Kanunun yayımlandığı 13.12.1994 tarihinden geçerli olarak bir yıla sınırlı, istisnai nitelikte bir yetki olduğu görülmektedir:

İstisna hükümlerinin, yorum yoluyla genişletilmesi mümkün olmadığı gibi, sorun 3 üncü maddenin düzenlenişinden değil, yetkili organın açık yasa hükümlerine rağmen Rekabet Kurulunu oluşturmakta gecikmiş olmasından kaynaklandığından, çözümü de, açık madde hükmünün yorumuyla değil, Kurulun çalışmasını sağlayacak yeni bir yasal düzenlemeyle mümkün olacaktır...”, D1D, E. 1997/122, K. 1997/98, K.T.16.09.1997; (www.hukukturk.com, erişim: 04.09.2019)

hükümün varlığı, Danıştay kararlarında aranmaya devam etmektedir^{107 108 109}.

Böylelikle, kanuni idare ilkesinin, saklı yetki kavramı açısından önemli bir sınır olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, Türk hukukunda, kanuni idare ilkesi açısından, idari işlemin yetki unsurunun kanun hükmüyle düzenlenmesiyle kastedilenin, kanun hükmüyle yetkili idari birimin belirlenmesi olarak kabul edildiğini¹¹⁰, böylelikle kanun hükmüyle kişi yönünden yetki kuralı getirilmesinin, kanuni idare ilkesi açısından yeterli olarak kabul edildiğini, söylemek mümkündür. Bu açıdan bakıldığında ise, idarenin konu yönünden yetkisini belirlemek noktasında açık olmayan hukuk kuralının yorumlanması açısından kullanılan saklı yetki kavramının, kanuni idare ilkesi ile çelişkisi ortadan kalkmaktadır. Ancak, bu durumda da açık olmayan kanun hükmünün yorumlanması gerekeceği kuşkusuzdur.

Bu noktada, Danıştay'ın kanun hükümlerinin yorumlanması ile ilgili olarak almış olduğu içtihadı birleştirme kararlarının ve diğer kararlarının, açık olmayan yetki kuralında idarenin konu yönünden saklı yetkisi bulunup bulunmadığı yorumlanırken dikkate alınmasının, uygulama birliği sağlayabileceği söylenebilse de, bu kararlarda belirtilen esaslar dikkate alındığında dahi, yeni yorumlara ihtiyaç duyulabilecektir. Zira Danıştay'a göre,

¹⁰⁷ “...Yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu yer ve zaman itibarıyla, Anayasa ve yasalarla belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür. Yetki konusunda açık düzenleme yapılmayan hallerde, yetkinin hangi amaçla ve ne şekilde kullanılacağından hareketle bu yetkiyi kullanacak makam belirlenebilecektir. Hakkında karar verilecek kişi, olay ve karara etki eden bütün unsurlar, yetkinin kullanımını da belirleyecektir. Bu şekilde belirlenen ve yetkiyi kullanımı öngörülen makamın, bu yetkiyi devri ve paylaşımının mümkün olup olmadığının ise açıkça düzenlenmesi gerekir...”; D8D, E.2009/7647, K. 2010/815, KT.19.02.2010; (www.hukukturk.com, erişim: 22.05.2020).

¹⁰⁸ “...Kamu hukukunda bir makama verilen yetkinin, aksine bir hüküm bulunmadıkça o makam tarafından kullanılacağı, bir makamın yetkisinin başka bir kişiye devredilmesi için mevzuatla yetkili kılınması gerekeceği tartışmasız olup...”; D5D, E. 2011/1088, K. 2011/4455, K.T.12.09.2011; (www.hukukturk.com, erişim: 04.09.2019); Benzer yönde hüküm için bkz: D2D, E. 2004/1374, K. 2004/930, K.T.20.10.2004; (www.hukukturk.com, erişim: 04.09.2019)

¹⁰⁹ Bununla birlikte, Danıştay, kanunun yetki devrini düzenlemiş olduğu ve yetki devrinin yapılmış olduğu durumlarda, örneğin Gelir İdaresi Başkanlığı yerine Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından yapılan iller arası atama işlemini hukuka uygun bulmuştur; D5D, E. 2015/157, K. 2015/6270, K.T.09.06.2015;; (www.hukukturk.com, erişim: 04.09.2019)

¹¹⁰ AKBULUT, s. 276-277.

kanun hükmü yorumlanırken, “yasanın anlam bütünlüğünün, yorumlanan hükmün yasa içindeki sistematik yerinin ve güttüğü amacın açıklığa kavuşturulması”¹¹¹; “ilgili madde metninin tek başına değil, yerine göre ait olduğu kanunun veya ilgili olduğu hukuk alanında ya da hukuk sistemimizin bütünü içinde değerlendirilmesi”¹¹² ve “Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesi gereği, Kanun’un sadece sözünün (lafzının) zorunlu ölçü olarak alınmaması, özüyle birlikte yorumlanması, özünün sorgulanması”¹¹³ gerekmektedir. Görüldüğü gibi, bu kararlarda belirtilen ifadelerde yer alan “amaç” ya da “öz” gibi kavramların da, yine yoruma ihtiyaç duyduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, saklı yetki kavramının, idare hukukunda oldukça sınırlı bir uygulama alanına sahip olması gerekliliği tekrarlanmalıdır.

Bu sebeplerle, açık olmayan kanun hükümlerinde saklı yetki bulunup bulunmayacağına tespitinde, öncelikle anayasal sınırlara riayet edilmeli, ardından aşağıdaki başlıklarda açıklanacak olan ilkeler ile birlikte, Danıştay’ın yukarıdaki içtihadı doğrultusunda yorum yapılmalıdır.

B. Hukuki Güvenlik ve Belirlilik İlkeleri

Hukuki güvenlik ilkesi, doktrinde hukuk devletinin, kamu gücünün belli kurallara bağlanması ve böylece kişilerin keyfi uygulamalara maruz kalmasını önleme amacı taşıyan işlevi olarak tanımlanmış; hukuki belirlilik ilkesinin ise, hukuk devleti ilkesinin şekli bir unsuru olduğu¹¹⁴, belirtilmiştir.

Bu ilkelere, özellikle son yıllarda Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında hukuk devleti ilkesi ile arasındaki bağ da vurgulanmak suretiyle, sıklıkla başvurulmaktadır. Anayasa Mahkemesi¹¹⁵ ve Danıştay¹¹⁶ kararları doğrultusunda, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri ile ilgili olarak şunlar söylenebilir: Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devleti tarafından sağlanması gereken bir ilkedir ve bu ilkeye göre hukuk kurallarının öngörülebilir olması gerekmektedir. Hukuki belirlilik ilkesi de, hukuk kurallarının hem bireyler hem de idare açısından herhangi bir şüpheye yer vermeyecek açıklıkta ve

¹¹¹ DİBK, E. 1989/1, K. 1989/2, K.T.14.06.1989 ;(www.hukukturk.com, erişim: 04. 09. 2019)

¹¹² DİBK, E. 1990/3, K. 1992/1, K.T.23.01.1992 ; (www.hukukturk.com, erişim: 04. 09. 2019)

¹¹³ D15D, E. 2014/4563, K. 2017/5094, K.T.03.10.2017; (www.hukukturk.com, erişim: 04. 09. 2019)

¹¹⁴ ÇAĞLAR, s. 29, 31.

¹¹⁵ AYM, E. 2019/35, K.2019/53, K.T. 26.06.2019; RGT. 24.07.2019, RGS. 30841.

¹¹⁶ D8D, E. 2015/2339, K. 2015/4632, K.T.14.05.2015 ; (www.hukukturk.com, erişim: 22.05. 2020).

kamu gücünün keyfi uygulamalarına karşı önlemler içeren nitelikte olmasını gerektirmektedir.

Danıştay, bu doğrultuda, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı nitelik taşıyan düzenleyici işlemin iptaline karar vermiştir¹¹⁷. Danıştay bir başka kararında da, bir kanuna dayanmak ve üst normlara aykırılık taşımamak kaydıyla idarenin düzenleme yetkisi konu bakımından sınırlandırılmamış olsa da, bu yetki çerçevesinde yapılan düzenlemelerin yeterli açıklıkta olmasının zorunlu olduğunu, Anayasa Mahkemesi'nin hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri çerçevesindeki içtihadına, kararında yer vererek belirtmiştir¹¹⁸.

Buna ek olarak, hukuki belirlilik ilkesinin, hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında açıklanan¹¹⁹ düzenli idare ilkesini de kapsadığı söylenebilir. Son yıllardaki Danıştay kararlarında da, idari faaliyetlerin belirliliği anlamına gelen düzenli idare ilkesinin önemi, hukuki güvenlik ilkesi ile birlikte vurgulanmaktadır¹²⁰.

Anayasa Mahkemesi de, birçok kararında, belli ölçütlere yer verilmemiş¹²¹ ve yürütme organına saklı yetki tanır nitelikteki kanun hükümlerinin anayasaya aykırı olduğunu belirtmiş¹²² olsa da, aksi yönde kararlarına da rastlanmaktadır.

Örneğin; 6698 sayılı Kanun¹²³'un birçok maddesinin iptali için açılmış olan davada, Anayasa Mahkemesi, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesine ilişkin

¹¹⁷ D8D, E. 2015/2339, K. 2015/4632, K.T.14.05.2015 ; (www.hukukturk.com, erişim: 22.05.2020).

¹¹⁸ "...kanun ve düzenleyici işlem metinlerinin, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olması gerekmektedir..." ; D15D, E. 2017/936, K. 2018/7865, K.T.27.11.2018 ; (emsal. danistay. uyap. gov.tr, erişim: 04.09.2019).

¹¹⁹ GÜNDAY, s. 45-46.

¹²⁰ D15D, E.2016/5790, K. 2016/4825, K.T.11.10.2016 ; (emsal.danistay.uyap.gov.tr, erişim: 20.05.2020).

¹²¹ "...Bu açıklamalar çerçevesinde, ormanların korunmasına ilişkin Anayasanın 169. maddesindeki ilkeler doğrultusunda, turizm sektörünün özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan ve ormanların turizm yatırımlarına tahsisini zorunluluk veya kaçınılmazlık hallerine özgüleyen belli ölçüt ve sınırlamalara yer verilmemesi nedeniyle itiraz konusu yasa kuralları Anayasanın 169. maddesine aykırıdır; iptali gerekir..." ; AYM, E. 2006/169, K.2007/55, K.T. 07.05.2007; (www. hukukturk. com, erişim: 04.09.2019)

¹²² AYM, E. 2019/35, K.2019/53, K.T. 26.06.2019; RGT. 24.07.2019, RGS. 30841.

¹²³ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, RGT. 07.04.2016, RGS. 29677.

yerleşik içtihadını tekrar etmiş ve fakat genel çerçevenin kanunla düzenlenmiş olduğu gerekçesiyle iptal talebinin reddine karar vermişken¹²⁴; 26.06.2019 tarihli kararı ile ise, 3621 sayılı Kanun¹²⁵'un ek 2. maddesini ve eklerini, hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri çerçevesinde değerlendirerek iptal kararı vermiştir¹²⁶. Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi, Türk Standartları Enstitüsü (TSE) personelinin disiplin suç ve cezalarına ilişkin tüm hususların yönetmelikle düzenleme altına alınmasına sebep olan, bu hususta, “*genel ilkeleri ortaya koymayan, çerçeveyi çizmeyen, disiplin cezalarını gerektiren eylemleri genel hatlarıyla da olsa belirlemeyen*” kanun hükmünün iptaline karar vermiştir¹²⁷.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin iptali amacıyla açılmış olan davalarda vermiş olduğu kararlarında da, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin üzerinde durarak, kanunlar gibi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkesine aykırı hükümler taşıması gerektiğini belirtmiş¹²⁸, hukuki belirlilik ilkesinde “*asıl olan*”ın “*bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olması*” olduğunu ve hukuki belirliliğin, “*yasal düzenlemeye dayanılarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması koşuluyla yargısal içtihatlar ile de*” sağlanabileceğini vurgulamıştır¹²⁹.

Böylelikle, ayırık kararlar bulunsa da, yargı organının çoğunlukla hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleri ile kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı doğrultusunda değerlendirme yapmakta ve böylelikle genel olarak saklı yetki kavramının kabulü aleyhinde ya da bu kavramın oldukça sınırlı bir kavram olması gerektiği yönünde içtihat oluşturduğu söylenebilir.

Sonuç olarak, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri, saklı yetki kavramını önemli ölçüde sınırlandırmaktadır ve bu sınırlama, idarenin saklı yetkilerinin dayanağını oluşturabilecek bütün hukuk kuralları açısından geçerlidir.

¹²⁴ AYM, E. 2016/125, K. 2017/143, K.T.28.09.2017, AYMKD, S. 55, C. 1, 2018.

¹²⁵ Kıyı Kanunu, RGT. 17.04.1990, RGS. 20495.

¹²⁶ “*...kıyı hukuku rejimi yönünden tabi olunacak herhangi bir kural bulunmamakta ve bu konuda denetimsiz bir alan oluşmaktadır...*”; AYM, E. 2019/35, K.2019/53, K.T.26.06.2019; RGT. 24.07.2019, RGS. 30841.

¹²⁷ AYM, E. 2018/107, K.2018/114, K.T.20.12.2018; RGT. 12.02.2019, RGS. 30684.

¹²⁸ AYM, E. 2018/125, K.2020/4, KT.22.01.2020; AYM, E. 2019/78, K.2020/6, KT.23.01.2020; RGT. 13.05.2020, RGS. 31126.

¹²⁹ AYM, E. 2019/78, K.2020/6, KT.23.01.2020; RGT. 13.05.2020, RGS. 31126.

C. Temel Hak ve Hürriyetler

Hukuk devletinin en önemli gereklerinden biri, temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmış olmasıdır¹³⁰.

Bu hususta, idarenin saklı yetkilerinin ilk sınırı anayasal ilkelerdir. 1982 Anayasası'nın 13. maddesi, olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin temel hükümleri belirlemiştir. Buna göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın, ancak kanunla ve anayasanın ilgili maddesinde öngörülen sebeplerle sınırlandırılabilir. Ayrıca, yapılacak olan sınırlamalar anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Bu durumda; temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bir hukuk kuralının yorumunda ilk sınır, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde belirtilen hükümlerdir. Görüldüğü gibi, bu maddede temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için hem mutlaka kanun hükmü gerekmekte, hem de kanunla sınırlamanın önünde de birçok anayasal sınır bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi de, temel hak ve hürriyetleri 1982 Anayasası'nın 13. maddesine aykırı şekilde sınırlayan kanun hükümlerinin iptaline karar vermektedir¹³¹.

İdarenin de, kanunda açıkça belirtilmeyen ve yeter derecede belli olan yetkilerini, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı ya da müdahale edici ve yürürlükte yer alan hukuk kuralları ile hukukun genel ilkelerine aykırı yönde kullanmaması, *saklı yetkisini* ancak bu sınır dahilinde kullanması gerektiği kuşkusuzdur. Kaldı ki, olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasında dahi, 1982 Anayasası'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında, dokunulamayacak temel hak ve hürriyet alanı bırakılmış, 119. maddesinin 5. fıkrasında da bu sınırlar tekrarlanmıştır.

Bu hususta, bir başka anayasal sınır, 1982 Anayasası'nın 104/17. maddesi hükmü gereğince, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecek olmasıdır.

Bunlar dışında, anayasada temel hak ve hürriyetler için getirilmiş başka sınırlar da bulunmaktadır. Örneğin, 1982 Anayasası'nın 18. maddesinde yer alan angarya yasağı buna örnek olarak gösterilebilir. Angarya yasağına aykırı bir kanun hükmü anayasaya aykırı olacağı gibi, bu hususta açık hüküm içermeyen bir kanun hükmünün idareye saklı yetki verip vermediği

¹³⁰ GÜNDAY, s. 40.

¹³¹ AYM, E. 2014/126, K.2015/86, K.T.08.10.2015; (www.hukukturk.com, erişim: 04.09.2019)

yorumlanırken de angarya yasağına aykırı şekilde yorum yapılamayacaktır.

Görüldüğü gibi, idarenin temel hak ve hürriyetlere müdahalesi birçok açıdan anayasal olarak sınırlandırılmıştır.

Bu hususta; Danıştay’ın tutumunun da, kişilerin haklarını sınırlayıcı nitelikteki düzenlemeler açısından saklı yetki kavramını kabul etmediği ve bu kapsamdaki düzenlemeler açısından mutlaka açık bir kanun hükmüne ihtiyaç olduğu yönünde olduğu ve bu tutumunun 1961 Anayasası, 1982 Anayasası ve 1982 Anayasası’nda 2017 yılında yapılmış olan değişikliklerin ardından da devam etmekte olduğu görülmektedir.

1971 yılında vermiş olduğu bir kararında, Danıştay, açıkça bu hususu vurgulamıştır: “İdari makamlar; yasaların kendilerini yetkili kılmadığı konularda kişiler yönünden bunların haklarını sınırlayıcı işlemler tesis edemeyecekleri gibi, yasalarda açıkça yer almayan bir mükellefiyetle de onları ilzam edemezler.”¹³². Danıştay, yakın tarihli bir başka kararında genelgeyle yapılan düzenlemenin hukuka aykırı olduğuna karar verirken hem kanuni idare ilkesine, hem normlar hiyerarşisine aykırılığı değerlendirmiş ve yönetmelik hükmüyle getirilen sınırlamayı kişiler aleyhine genişletir nitelikte genelge hükmü konulamayacağını belirtmiştir¹³³. Danıştay, 2017 Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinin ardından vermiş olduğu kararlarında da aynı anlayışı benimsemeye devam etmiştir¹³⁴.

Danıştay’ın, “Kanunda hüküm bulunmayan hallerde yorum yoluyla temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasına sınır getirilemez.”¹³⁵ gerekçesi ile almış olduğu içtihadı birleştirme kararı da, idarenin saklı yetkileri açısından temel hak ve hürriyetlerin önemli bir sınır olduğunu ortaya koymaktadır.

Tüm bu sebeplerle, hukuk devletinde, temel hak ve hürriyetler alanı, saklı yetki kavramının en önemli sınırını teşkil etmektedir. Bu durumun saklı yetki

¹³² (D12D., K. 1971/897, DD 4, s. 382); AKILLIOĞLU, s. 81.

¹³³ D15D, E. 2013/5357, K. 2015/5127, K.T.11.09.2015; (emsal.danistay.uyap.gov.tr, erişim: 04. 09. 2019)

¹³⁴ “...Anayasa’ya göre idare düzenleme yetkisini yasalar çerçevesinde ve yasalara uygun olarak kullanmak zorundadır. İdareler yasada dayanağı bulunmak ve üst hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, görev alanlarıyla ilgili her konuyu yönetmelikle düzenleyebilirler; ancak, “münhasır kanun alanı” olarak da ifade edilen tamamen yasa konusu olan (temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması gibi) bazı alanların yönetmelikle düzenlenemeyeceği kuşkusuzdur...” ; D15D, E. 2018/30, K. 2018/7611, K.T. 15. 11.2018; (emsal.danistay.uyap.gov.tr, erişim: 04.09.2019).

¹³⁵ DİBK, E. 1990/1, K.1991/1, K.T. 28.02.1991; (www. hukukturk. com, erişim: 04.09.2019)

kavramı açısından iki sonucu olduğu söylenebilir. İlk olarak, idarenin temel hak ve hürriyetleri düzenleyici işlemleri ile sınırlandırma hususunda saklı yetkisi bulunduğundan söz edilemez. İkinci olarak ise, açık olmayan yetki kuralının yorumunda, idarenin temel hak ve hürriyetlere müdahale etmesi sonucu doğuran bir saklı yetkinin varlığı yönündeki yorum kabul edilemez.

SONUÇ

Türk idare hukukunda saklı yetki kavramını açıklayan bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. İçtihadta da saklı yetki adının kullanıldığı kararlara ulaşmak mümkün olamamıştır. Saklı yetki kavramı, doktrinde kullanılmış bir kavram olduğu için öncelikle doktrinde yer alan görüşler incelenmiştir. Bununla birlikte, içtihadta ve mevzuatta idarenin saklı yetkilerine ilişkin örnekler bulmak mümkündür.

Bu örnekler doğrultusunda, saklı yetki kavramının, idare hukukundaki ilk görünümü, anayasada, kanunda ya da idarenin düzenleyici işleminde yer alan ve açık olmayan yetki kuralının yorumlanması sonucu idarenin kullandığı yetkiler şeklindedir. Saklı yetki kavramının diğer görünümü ise, idareye verilmiş olan görevlere ilişkin yetkilerin yorumlanması sonucu varlığı kabul edilen yetkiler şeklindedir. Her iki durumda da, hukuk kurallarının yorumuna ihtiyaç duyulduğundan, saklı yetki kavramının çerçevesinin çizilmesi oldukça zordur. Zira yorumun daraltılması, kamu yararının; genişletilmesi ise, temel hak ve özgürlüklerin zarar görmesine sebep olabilecektir. Saklı yetki kavramının söz konusu olabileceği diğer alanlarda, başka bir ifade ile açık olmayan bir yetki kuralının dahi bulunmadığı durumlarda ise, kavramı açıklamak daha da zorlaşmaktadır. Bu çelişki, doktrinde ve içtihadta saklı yetki kavramını açıklayabilecek tek bir yorum bulunamamasının da sebebini açıklamaktadır.

Kaldı ki, her ne kadar yargı organı, hukuk kurallarıyla getirilmiş olan yetki kurallarının hukuka uygunluğunu ve/veya idarenin hukuk kurallarında yer alan yetki kurallarına aykırı bir yetki kullanmış olup olmadığını ya da hiçbir yetki kuralı bulunmadığı halde, idarenin kullanmış olduğu yetkilerin hukuka uygunluğunu denetleyecek olsa da; yargı organına ulaşmayan durumlar ve ulaşılmış olsa bile yargı organı tarafından da farklı yorumlara tabi tutulan aynı tür uyuşmazlıklar değerlendirildiğinde; saklı yetki kavramının kabulünün kimi zaman hakkaniyete aykırı uygulamalara yol açabileceği de ortadadır.

Bu sebeple, idarenin tüm faaliyet alanlarında kullanacağı yetkilerin dayanağının, hukuk kurallarında bulunabilmesi ve söz konusu hukuk kurallarının

yeterince açık olması, hukuk devletinin en önemli gereklerindedir. Hukuk kuralının yeterince açık olmadığı ya da hiçbir hukuk kuralının bulunmadığı durumlarda, idarenin kullanacağı yetkileri açıklamak üzere kullanılan saklı yetki kavramının da, hukuk devletinde kabulü çok kolay olmayan bir kavram olduğu, öncelikle belirtmelidir.

Bununla birlikte; idari faaliyetin özellikleri dikkate alındığında, kamu yararının gerçekleşebilmesi için idarenin saklı yetkilerinin varlığını zorunlu kılan durumlar da söz konusu olabilmektedir. İdare hukuk kuralında konu yönünden yetki kuralının hiç ya da açıkça belirtilmediği ve fakat kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda bazı yetkileri kullanmak zorunda kalabilir ve bu durumlarla sınırlı olmak koşuluyla hukuk kuralında saklı birtakım yetkilerin idare tarafından kullanılabilmesi kabul edilebilir.

Bunun dışında, saklı yetki kavramının anayasada belirtilen ve içtihadta vurgulanan önemli sınırları bulunmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden olan kanuni idare ilkesi, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi ile temel hak ve hürriyetler, saklı yetki kavramının hem anayasal hükümlerle öngörülmüş hem de içtihadta vurgulanmış olan sınırlarıdır. Bu sınırlara uymak ve idari işlemin konu yönünden yetki unsurunun açıkça ya da hiç yer almadığı ve kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarla sınırlı kalmak kaydıyla, saklı yetki kavramı kabul edilebilir olmaktadır.

Bununla birlikte, idarenin yetkilerini belirleyen hukuk kurallarının yeterince açık olmasının sağlanması, hem hukuk kurallarının uygulayıcısı idare, hem de bireyler açısından olumlu bir gelişme olacaktır. Ayrıca, bu kavramın doktrinde ve içtihadta daha çok tartışılması, bu alanda yaşanan belirsizliğin giderilmesine katkı sağlayabilecektir.

KAYNAKLAR

- AÇDOYURAN, S. Burak: “İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, 1999, s. 1-19.
- AKBULUT, Emre: **Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi**, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2013.
- AKILLIOĞLU, Tekin: “Saklı Yetki Kavramı”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. XI, S. 3, 1978, s.73-83.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Basımevi, Ankara 2000.
- ARDIÇOĞLU, M. Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, s. 21-51.
- BALTA, Tahsin Bekir: **İdare Hukukuna Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- BOZ, Selman Sacit: **İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- ÇAĞLAR, Selda: “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik -Hukuk Güvenliği İlişkisi”, (**Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği, 8-9 Kasım 2013 Ankara**), (Hazırlayan: Ece GÖZTEPE), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2015;(www.kamu hukukculari.org / upload/dosyalar/HUKUK_ GyVEN L_.pdf, erişim: 20.05.2020)
- DURAN, Lûtfi: “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları”, **İÜHFİM**, C. XXX, S. 3-4, 1964, s. 466-492. (1964)
- DURAN, Lûtfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982. (1982)
- DURAN, Lûtfi: “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, **İHİD**, C. IV, S. 1-3, 1983, s. 33-42. (1983)
- ERKUT, Celâl: “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İHİD**, C. IX, S. 1-3, 1988, s. 69-91.
- GÖZLER, Kemal: “Yorum İlkeleri”, **Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı**, 29.09.2009, Ankara; (www.anayasa.gen.tr, erişim: 27.09.2019.) (Yorum)
- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, C. I, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım

- Bursa 2009. (C.I)
- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, C. II, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım Bursa 2009. (C.II)
- GÖZLER, Kemal /KAPLAN, Gürsel: **İdare Hukukuna Giriş**, 24. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2018.
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- GÜNEŞ, Turan: **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1965.
- KAHVECİ, Yusuf: **İdari İşlemlerde Yetki Unsuru**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- KIRATLI, Metin: “1924 ve 1961 Anayasalarında İdarenin Kuruluşu (Bir Karşılaştırma)”, **Türk İdare Dergisi**, Y. 44, S. 341, Mart- Nisan 1973, s.3-28.
- OCAK, Kasım: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İle İdari Vesayet Yetkisi Düzenlenmesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri”, **Anayasa Yargısı**, C. 36, S.1, 2019, s.163–193.
- ÖZAY, İl Han: **Günüşğında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul 1996.
- ÖZTÜRK, Burak: **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Basımevi, Ankara 2009.
- ROLLAND, Louis: **Hukuku İdare**, (Çeviren: İbrahim Âli), İstanbul Matbaacılık ve Neşriyat Türk Anonim Şirketi, 1933.
- SEÇKİN, Sinan/ÜSTÜN, Gül: “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, **Mehmet Akif Aydın’a Armağan**, Özel Sayı, s. 509-533.
- ULU, Güher: **İdari İşlemin Yetki Unsuru**, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- ÜLGEN, Özen: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/1, s. 3-39.
- YAYLA, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2009.
- YILDIRIM, Turan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 2, 2017, s. 13-28.

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA KANUN YOLUNA BAŞVURU HAKKININ ANAYASAL GÜVENCEYE SAHİP OLMASI BAKIMINDAN ELE ALINMASI

Ekin SEVİNÇ*

ÖZ

İlk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların hukuka uygun olup olmadıklarının denetimi amacına hizmet eden başvuru yollarına, yargılama usulleri sisteminde kanun yolu adı verilmektedir. İdari yargıda kanun yolları, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Kararlara Karşı Başvuru Yolları" başlığını taşıyan 45. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili maddelere bakıldığında, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen ve belli miktara kadar olan bazı uyuşmazlıklara karşı kanun yolunun kapalı olduğu görülmektedir. Temelde, davaların hızlandırılması, mahkemelerin iş yükünün azaltılması gibi gerekçelerle kimi kararlara karşı kanun yolunun kapatılmasının, kamu yararının gerektirmesi halinde kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olduğu kabul edilmektedir. Ancak, hali hazırda yargı yolunun varlığının yanında, kimi kararlara karşı kanun yoluna gidilemeyecek olmasının Anayasa'ya; dolayısıyla, hukuka aykırılık teşkil edip etmeyeceğinin tespitini de yapmak gerekmektedir. Bu doğrultuda makalenin de temel amacı, kanun yoluna başvuru hakkının varlığının sınırlanmasının mümkün olup olmadığı; şayet mümkün ise, bu sınırlamanın sınırında kullanılacak ölçütlerin neler olduğunu ortaya koymaktır.

***Anahtar Kelimeler:** İdari Yargılama Hukuku, Kanun Yolu, Dereceli Yargılama, Hukuk Devleti İlkesi, Hak Arama Özgürlüğü.*

A DISCUSSION ABOUT THE RIGHT TO APPEAL FOR HAVING CONSTITUTIONAL GUARANTEE IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION

ABSTRACT

The remedies that serve the purpose of auditing whether the adjudgment given by the courts of the first instance are in accordance with the law are called the remedy in the system of judicial procedures. The remedies in administrative jurisdiction are regulated in articles 45 and the rest of the law on administrative procedure system that partaking under the head of ways against adjudgment. When the relevant articles

* **Arş. Gör.**, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, **e.posta:** ekinaliolu@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-5483-425X

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775434

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 29/01/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/06/2020

are examined, it is seen that the legal remedy against some dispute up to a certain amount given by the courts of the first instance is closed. Basically, it is considered that legislator is in discretion if the public weal requires the closure of the remedy against certain adjudgment, such as accelerating cases and reducing the workload of the courts. However, in addition to the existence of the judicial remedy, there is no way to go against the law against some judgments that are not subject to the constitution; Thus, it is necessary to investigate whether it will constitute a violation of the law. In this respect, this article aims to investigate whether it is possible to limit the existence of the right to remedy, if it is possible, to determine what criteria can be used to limit this limitation.

Key Words: *Administrative Procedure System, Legal Remedies, Graded Trial, Principle of the State of Law, Right to Legal Remedies.*

GİRİŞ

İlk derece mahkemeleri tarafından bir kararın verilmesi, yargılamanın tamamen sona erdiği anlamına gelmemektedir. Kanunlar, bir denetim muhakemesi olanağı tanımış ve taraflar da bundan yararlanmak suretiyle üst mahkemeye başvuru hakkını kullanmışlar ise, kanun yolları evresi denilen ve bu bakımdan dereceli bir yargılama mekanizmasını ortaya çıkaran, yargılamada yeni bir evre başlamaktadır.¹ Hukuk sistemleri, yargısal kararlardaki hataların en aza indirilmesi için üst mahkemeye başvurma imkanını genel olarak düzenlemektedir. Ancak kimi kanunlarda, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı kanun yoluna müracaat hakkı taraflara tanınmamaktadır. Nitekim çeşitli yargı kollarında, ilk derece mahkemelerince verilmiş bulunan bazı kararlara karşı kanun yoluna başvuru imkanı kanun ile kaldırılmıştır. Başka bir ifadeyle, bu kararlar verildikleri an kesin hüküm halini almaktadır. Bu kararlar idari yargı için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 45/1'de, ceza yargılaması için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 272/3'te, hukuk yargılaması için ise, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 341/2'de düzenleme altına alınmıştır.

Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesi, herkese meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkı tanımaktadır. Dolayısıyla, hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkı temel hak ve

¹ ÖZTÜRK, s. 537.

özgürlükler arasında yer almaktadır. Acaba anayasal bu hükmün içeriğini yalnızca ilk derece mahkemeleri önünde yapılan yargılama mı oluşturmaktadır? Yoksa, kanun yoluna başvurma hakkı da hak arama özgürlüğünün kapsamı içerisinde değerlendirilebilir mi? Başka bir ifadeyle; taraflara, aleyhlerinde verilen ve henüz kesinleşmemiş bir yargısal kararı üst derece mahkemesinde denetleme imkanı tanımak bakımından hukuki çareler² olan kanun yoluna başvurma hakkı, hak arama özgürlüğünün kapsamına dahil midir? Çalışmanın konusunu, esas olarak bu hükümden ve ilgili diğer anayasal düzenlemeler ile ilkelere yola çıkarak dereceli yargılamanın anayasal bir hak olup olmadığını saptamak; şayet buna olumlu yanıt verilecek olursa, kimi kararlara karşı kanun yoluna başvuru hakkının tanınmamasının söz konusu Anayasal ilkelere ne derece uyumlu olduğunu ortaya koymaktır.

I. KANUN YOLU KAVRAMI VE AMACI

Yargı faaliyetleri, insan eliyle yürütülen ve insanı merkezine alan bir faaliyet olduğu için, doğası gereği yargı kararlarının hatalı ya da noksan olma ihtimali her daim bulunmaktadır. Devletin diğer erkelerinden farklı olarak daha tarafsız ve bağımsız bir yapısının bulunması, verilen kararların telafisinin başka bir erk tarafından mümkün olmaması, kimi zaman başvurulacak son merci olması gibi sebeplerle en az hatanın yargı alanında gerçekleşmesi gerekmektedir.³ Bu ise, yargı mercileri tarafından verilen kararlara karşı duyulan güvenin artmasını sağlamaktadır. Ancak kararları veren hakimler de insandır ve hata yapabilmeleri mümkündür. Kimi zaman iş yoğunluğu nedeniyle yeterince araştırma ve inceleme faaliyetinde bulunmamalarından, kimi zaman yeterli bilgi birikimi ya da tecrübeye sahip olmamalarından dolayı hatalı ya da eksik kararlar verebilmeleri söz konusu olabilmektedir. Öte yandan yargılama faaliyeti neticesinde verilen kararlarda hata bulunmamakla birlikte, aleyhine karar verilen tarafın kendi haklılığına olan inancına göre kararın hatalı olduğu iddiası da ileri sürülebilir.⁴ Söz konusu ihtimaller, kişilerin bir yargılama faaliyetinden beklentilerinin ne olduğu ile ilgilidir. Yargılamanın, davanın açıldığı ve nihai kararın verildiği derece mahkemesinde sona ermeyip; verilen kararın denetimi için kanun yolu başvurusu çerçevesinde üst mahkemeye taşınması, kişilerin yargılama faaliyetinden beklentilerinin sağlanması amacına da hizmet etmektedir.

² AIANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 445.

³ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/KORKMAZ, s. 2150.

⁴ ODYAKMAZ, s. 5.

İzah edilen olasılıklardan doğan ihtiyaçların karşılanması göz önüne alınarak kabul edilmiş olan kanun yolu sistemi; tarafa, kendi aleyhine olan ve henüz kesinleşmemiş bir yargı kararının bir üst derece mahkemesinde incelenmesi ve eğer varsa karardaki hukuka aykırılıkların giderilmesi imkanını veren bir usuldür.⁵ Kanun yolu kavramının genel ifadesi bu şekilde olmakla birlikte; doktrinde, kanun yolunun geniş ve dar anlamda olmak üzere iki farklı şekilde tanımlandığı görülür. Geniş anlamda kanun yolu, mahkemelerin vermiş oldukları bütün kararların, nihai karar ve ara karar da dahil olmak üzere, denetlenmesini sağlayan her türlü incelemidir. Dar ve teknik anlamda kanun yolu ise, mahkemelerin yalnızca işten el çekmesi sonucunu doğuran nihai kararlarının denetiminin yapılmasıdır.⁶ Türk Hukuku'nda kanun yolu, dar ve teknik anlamıyla kabul edilmektedir.

Nihai kararlara karşı kanun yoluna başvurma hakkının kabulüyle, hem mahkemeler tarafından verilen kararların hukuka uygun olarak verilip verilmediğinin denetimi yapılarak kararların ilgili tarafı tatmin etme olanağı sağlanmış olur hem de benzer hukuki olaylarda verilen kararlar arasında birlik sağlanarak toplumda hukuka olan güvenin yerleşmesine katkıda bulunulur.⁷ Bu bakımdan, kanun yolunun iki temel amacının olduğu görülür: Bu amaçlardan ilki, somut uyuşmazlık hakkında mahkeme tarafından verilen karar bakımından maddi gerçekliğin elde edilmesini ve bu suretle kişiler açısından adaletin sağlanmasını mümkün kılmaktır. Dolayısıyla, kanun yolu vasıtasıyla taraf menfaatinin yerine getirilmesi sağlanır.⁸ Mahkeme kararlarındaki hataların en aza indirilebilmesi amacıyla, kararların kesinleşmesinden önce bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi kanun yolu ile mümkün olmaktadır. Dolayısıyla kanun yolu, mahkemelerce verilen hükümlerin doğruluğunun garantisi olup, somut olayda adaletin gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Bununla birlikte, kararların denetleneceğini bilen ilk derece mahkemelerinin daha dikkatli ve doğru kararlar vermelerini de sağlamak adına kanun yolunun etkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla kanun yolları sayesinde, yargılama faaliyetinin kalitesi artırılmış olmaktadır.⁹

Kanun yolunun bir diğer amacı, hukukun uygulanmasında birlik sağlanması ihtiyacıdır. Hakimlerin benzer somut olaylara uygulayacakları hukuk kurallarını, kendi anlayışlarına göre başka başka biçimlerde

⁵ ÜSTÜNDAĞ, s. 816; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM s. 445.

⁶ BİLGE, s. 3.

⁷ BİLGE, s. 6.

⁸ ÇİFTÇİ, s. 7-8.

⁹ DEREN YILDIRIM, s. 4 vd.

yorumlamaları mümkündür. Bu durum ise, benzer hukuki olaylarda mahkemelerin farklı kararlar vermelerine neden olabilmektedir. Hukuk kurallarının taraflara eşit şekilde uygulanmaması suretiyle verilen kararlar, toplumda adalete olan güveni zedelemektedir. Kaldı ki mahkeme kararları arasındaki bu farklılıklar, kanun önünde eşitlik ilkesini de zarara uğratmaktadır. Bu nedenle mahkemeler tarafından, benzer hukuki olaylarda verilen kararlar arasında birliği sağlama zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Kanun yolu denetimi ise, uygulamada birliği sağlayan ve bu bakımdan sadece bireysel menfaate yönelik olarak değil, toplum için de güvence sağlayan en önemli araçtır.¹⁰

Kanun yolu kavramının tanımı ve amaçları bu şekilde olmakla birlikte, mahkeme kararına karşı yapılacak bir başvurunun kanun yolu vasfını taşıması için iki karakteristik özelliğin bulunması gerekir. Bunlar erteleyici etki ve aktarıcı etkidir. Erteleyici etki, kanun yoluna başvurunun ilk derece mahkemesinin nihai kararının şekli anlamda kesinleşmesinin ve hukuki uyuşmazlığın sona ermesinin engellenmesidir.¹¹ Aktarıcı etki ise, kanun yolu incelemesinin bir üst mahkeme tarafından yapılması anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle, uyuşmazlığın bir üst yargı merciine aktarılması ve orada tekrar incelenmesi aktarıcı etkidir. Bu halde kanun yoluna başvuru üzerine yapılacak inceleme, uyuşmazlık hakkında ilk kararı veren hakim tarafından değil; farklı bir hakim tarafından yerine getirilecektir.¹² Aksi halde söz konusu başvuru, teknik anlamda dereceli yargılama sayılamayacaktır.

Dereceli yargılamanın Türk İdari Yargı Sistemi'ndeki görünümü 1982 yılından önceki durum, 1982 yılı itibarıyla ortaya çıkan durum ve 2014 yılından sonraki durum olmak üzere farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. 1982 yılından önceki dönemde 1961 Anayasası ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'na göre Danıştay, bazı idari uyuşmazlıkları hem ilk derece hem de üst derece yargı merci olarak çözüme kavuşturuyordu. Bazı idari uyuşmazlıklar ise, mahkeme niteliğinde olmayan ancak yargılama yetkisi bulunan il idare kurulları, vergi itiraz ve temyiz komisyonları, gümrük hakem heyetleri gibi kurullarla çözümleniyor, bunların verdikleri kararlara karşı da Danıştay'a gidilebiliyordu. Dolayısıyla bu dönemde, dereceli bir yargılamanın varlığından söz etmek mümkün görünmemekteydi.¹³

¹⁰ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s. 879-880.

¹¹ AKKAYA, s. 57.

¹² AKKAYA, s. 61.

¹³ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 64

1982 yılı itibarıyla, idari yargıya ilişkin üç temel kanun kabul edilmiştir. Bunlar: 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu. Söz konusu kanunların kabul edilmesiyle ilk derece idare ve vergi mahkemeleri kurularak Danıştay, özel görevli ilk ve son derece mahkemesi ve ilk derece mahkemesi kararlarının temyiz yolu ile denetiminin yapıldığı yüksek mahkeme durumuna getirilmiştir. İlk derece mahkemelerinin bazı nihai kararlarını itiraz yolu ile incelemek üzere bölge idare mahkemeleri kurulmuştur. 1990 yılında 3619 sayılı Kanun ile Danıştay Kanunu'nda, 3622 sayılı Kanun ile de İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılarak Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiklerin kararların da Danıştay içinde temyiz edilebilmesi imkanı getirilmiştir. Böylelikle idari yargı yerlerinin tümü iki dereceli bir sistem üzerine kurularak dereceli yargılamanın esasları benimsenmiştir.¹⁴

2014 yılında 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile idari yargıda itiraz kanun yolu kaldırılmış, istinaf kanun yolu kabul edilmiştir. Böylelikle, değişen hükümlerle birlikte artık ilk derece mahkemeleri kararlarına karşı itiraz kanun yolu değil, istinaf başvurusu yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi neticesinde verdiği kararlardan ise, İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 46 kapsamında sayılanlar için temyiz kanun yoluna başvuru imkanı getirilmiştir. Böylece dereceli yargılama bakımından idari yargı sistemimiz genel olarak iki; bölge idare mahkemeleri tarafından verilip de temyiz kanun yolunun açık olduğu belirtilen kararlar bakımından, üç dereceli yargı sistemi durumuna gelmiştir.

Kanun yolu, kararlardaki hataların giderilmesi ve hukuk kurallarının uygulanmasında birliğin sağlanması amacının yerine getirilmesine hizmet ettiğinden bu amacın gerçekleştirilebilmesi, kararı veren dışında başka bir merci tarafından denetimin yapılması ile mümkün olabilmektedir. Bu bakımdan, kararı veren dışındaki bir merciin yapacak olduğu denetim, taraflar açısından da güvence teşkil etmektedir. İdari yargılama hukuku açısından ise, 6545 sayılı Kanun ile idari yargıda yapılan değişiklikler neticesinde mülga olan karar düzeltme müessesesinin bu bakımdan teknik anlamda bir dereceli yargılama sayılması mümkün görünmemekteydi. Danıştay dava daireleri ile

¹⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 66-67.

idare ve vergi dava daireleri kurullarının temyiz incelemesi ile bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararların, yine aynı mercilerde tekrar incelenmesi anlamına gelen karar düzeltilmesi müessesesinin, hem kanun yolunun teknik anlamındaki zayıflığı hem de kararın, verildiği yargı yeri tarafından yeniden incelenecek olmasının bir anlam ifade etmeyeceği psikolojisi, kanun yollarından beklenen güvenceyi sağlamaktan uzak görünmekte; dolayısıyla, dereceli yargılamanın bir örneği olarak sayılmaması gerekmektedir.¹⁵

II. DERECELİ YARGILAMANIN ANAYASAL BİR HAK OLUP OLMADIĞI MESELESİ

A. Genel Olarak

Yukarıda izah edildiği üzere, bir hukuk sisteminin yargılama usullerinde kanun yollarının düzenlenmesi, taraflara bu usuli imkanların tanınması son derece önemlidir. Bu imkan aynı zamanda dereceli yargılama ilkesiyle açıklanmaktadır. Yargılama usulünde kanun yoluna başvurma hakkının sağlanması, o hukuk sisteminde dereceli yargılamanın kabul edildiği anlamına gelmektedir. Dereceli yargılama esasen mahkemeler arasında altlık-üstlük ilişkisinin kurularak bir hiyerarşi oluşturulması maksadıyla değil, hatalı karar verildiği şüphesinde olan kişiye, kararın bir üst mahkemede gözden geçirilmesini isteme olanağının sağlanması içindir.

Dereceli yargılamanın amacı bu şekilde olmakla birlikte, anayasal bir hak olup olmadığı konusu Türk Hukuku'nda uzun süredir tartışma konusudur. Konunun anayasal boyutu; hukuk devleti ilkesi, yüksek mahkemelerin Anayasa'da düzenlenme şekli, adil yargılanma hakkının kapsamı ile hak arama özgürlüğü, açısından ele alınmakta ve bu ilkelerle ilişkilendirilerek açıklanmaya çalışılmaktadır.¹⁶

Konunun, Uluslararası hukukta da çeşitli düzenlemelerle ele alındığı görülmektedir. Söz gelimi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1984 tarihli ve 7 no.lu Ek Protokol'ün 2. maddesiyle ceza yargılamasında verilen mahkumiyet kararına karşı bireye, hükmün bir üst mahkeme tarafından incelenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Söz konusu maddeyle, bireye yalnızca ceza davaları sonucunda verilen mahkumiyet kararına karşı üst mahkemeye başvurma hakkı tanınması gerektiği ifade edilmekte, aynı gerekliliğin hukuk

¹⁵ ÖZAY, (1991), s. 117; ÜSTÜNDAĞ, s. 816; BİLGE, s. 7.

¹⁶ AKİL, s. 225-226.

davaları ve idari davalar için söz konusu olduğuna dair ise bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sözleşmenin yanında, 1995 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hukuki ve Ticari Davalarda Kanun Yolu Sistemleri ve Usulleri İşlevinin Geliştirilmesi Hakkında 5 sayılı Tavsiye Kararı'nda, üst mahkemece inceleme usullerinin sadece ceza davaları için değil, aynı zamanda hukuk davaları ile ticari davalar için de kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Adil yargılanma hakkının düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ise, çok dereceli yargılamanın adil yargılanma hakkı için zorunlu bir unsur teşkil etmediğini; ancak, kanun yollarına başvurma hakkı taraf devletlerce tanınmışsa, bu durumda adil yargılanma için öngörülen esasların kanun yolları aşamasında da uygulanması gerektiği belirtilmiştir.¹⁷ Başka bir ifadeyle, AİHS'nin taraf devletleri çok dereceli yargılama usulünü kabul etmekle zorunlu tutmadığı; ancak, kanun yollarının düzenleme altına alınması halinde bu yollara başvuracak tarafların da her mahkemece ve derecede adil yargılanma hakkından yararlandırılması bakımından devletin yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmiştir.¹⁸

B. Hukuk Devleti İlkesi Bakımından

Türk Hukuku'nda dereceli yargılamanın anayasal bir hak olup olmadığı meselesi, öncelikle hukuk devleti ilkesinden yola çıkarak açıklanmalıdır. Başka bir ifadeyle, dereceli yargılamanın hukuk devleti olmanın bir gereği olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Anayasamız, Cumhuriyetin nitelikleri başlığı altında yer alan 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğunu hüküm altına almış; ancak, hukuk devleti ilkesinin esaslarının neler olduğunu belirtmemiştir. Bu ilkenin içinin doldurulması kimi zaman yargı organlarınca, kimi zaman doktrin tarafından gerçekleştirilmiştir. Hukuk devleti ilkesi Danıştay'ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: *“Hukuk devleti, insan hak ve özgürlüklerini ön planda tutan, bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm Devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yönetenlerin her türlü işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi olan bir Devlettir.”*¹⁹

¹⁷ YILDIRIM, (2000), s. 15.

¹⁸ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 312; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 231.

¹⁹ D. 11. D., E: 2012/6819, K: 2015/4223, T. 17.09.2015. **Danıştay Dergisi**, S. 141, 2016, s. 286.

Hukuk devleti; vatandaşların hukuki güvenliğe sahip olduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuka bağlı olduğu devlettir.²⁰ O halde bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için birtakım unsurları ihtiva etmesi gerekmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, kanuni idare ilkesinin geçerli olması, idarenin yargısal denetiminin mevcut olması, kuvvetler ayrılığı, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi, suç ve cezaların şahsi olması, devletin mali sorumluluğu bulunduğu kabul edilmesi ve demokrasinin yönetim biçimi olması hukuk devletinin unsurları olarak kabul edilmektedir.²¹

Hukuk devleti, devletin hukuka bağlı olduğu anlamına geliyorsa, yargı da hukuka bağlı olmak durumundadır. Nitekim yargı, devletin üç kuvvetinden birini oluşturmaktadır. Kaldı ki Anayasa'nın 11. maddesinde, yasama ve yürütmenin yanında yargının da Anayasa hükümleri ile bağlı olacağına ilişkin kural açıkça yer almaktadır. Yine Anayasa'nın 138. maddesinde hakimlerin, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar verecekleri hükme bağlanmaktadır. Buradan çıkan sonuca göre yargının, devletin bir erki olarak keyfi davranma olasılığı söz konusu olamamakta, tüm işlem ve eylemlerinde hukuka bağlı kalması gerekmektedir.²² Ancak bunun aksinin gerçekleştiği bir durumda, yani yargının hukuk sınırlarının içerisinde hareket etmediğinin iddia edilmesi halinde, bu hususun kim ya da hangi merci tarafından denetleneceği sorusu gündeme gelmektedir. Yargının bağımsız ve tarafsız bir konumda olması gereği, yasama ve yürütme tarafından denetlenmesini imkansız kılacaktır. Bu nedenle yargısal kararların kim tarafından denetleneceği sorusuna verilecek yanıt şüphesiz ki, yine kendisi; başka bir ifadeyle, bir yargı merci eliyle yapılması gerektiği şeklinde olacaktır. Dolayısıyla, üst mahkemeler eliyle yargı mercileri kendi içerisinde bir denetim yapmaktadır. Kaldı ki mahkemelerin bir uyuşmazlık hakkında karar vermesi kamu gücünün yaşama geçirilme şekillerinden biri olduğundan, bunun üzerinde kanun yolu denetiminin varlığı, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.²³

Başka bir ifadeyle; kanunların Anayasa'ya uygunluk denetimi çerçevesinde yasama faaliyetinin yargı denetimine tabi tutulması; yine idarenin yargısal denetimi bağlamında, idarenin her türlü eylem ve işlemine

²⁰ ÖZBUDUN, s. 125.

²¹ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 78 vd.

²² GÖZLER, (2019) s. 83-84.

²³ AKİL, s. 230; Yıldırım, (2000), s. 19; YILDIRIM, (2008), 89.

karşı yargı yolunun açık olduğunun Anayasa'nın 125. maddesinde hükme bağlanması, hukuk devleti anlayışının bir tezahürüdür. Yasamanın ve idarenin hukuka aykırı davranabileceğinin ve dolayısıyla denetlenmelerinin gerektiği kabulü, yargının da aynı şekilde denetlenmesi gerektiğinin kabulü sonucunu doğurmaktadır. Yargıcın da hukuka aykırılık meydana getirecek kararlar verme ihtimalinin bulunması, kararların başka bir yargıç tarafından gözden geçirilmesini hukuk devletinin bir gereği olarak sayılmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla, ilke olarak asıl varlık amacı yargının hukuka aykırılıklarını gidermek olan kanun yolu bu anlamıyla, bir uyumsuzluğu çözen yargının kararının hukuka uygun olup olmadığının kontrolü için yargılama usullerinde kabul edilmiştir.

Konu özellikle idari yargılama hukukunda özel bir öneme sahiptir. Şöyle ki, idari yargıda iptal davalarıyla amaçlanan, hukuka aykırı bir idari işlemin iptal edilerek idarenin hukuk sınırları içerisinde kalmasını sağlamaktır. Bu sayede hemen hemen tüm faaliyetlerinde temel hak ve hürriyetler ile yakın ilişki içinde bulunan idarenin, yapmış olduğu işlem ile birlikte aslında kendisi denetlenmektedir. Nitekim bu, hukuk devleti ilkesinin temel bir gereğidir. Başka bir ifadeyle, hukuk devleti ancak idarenin yargısal yolla denetimi sayesinde gerçekleşebilmekte, hukuk devletinin en somut şekilde görünümü bu yargısal yolla sağlanmaktadır.²⁴ Bu nedenle idari yargıda kanun yolları, mahkeme kararının üst yargı yerince incelenerek hakkın yerine getirilmesini sağlamaktan öte bir anlam taşımaktadır. Dolayısıyla ilk derece mahkemelerince verilen bir kararın doğru ve hakkaniyete uygun olup olmadığının denetlenmesi amacına hizmet eden kanun yolları, idari yargı için ayrıca önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁵

Gerçekten hukuk devleti ilkesi ve geleneği, ilk derece mahkemelerince verilen kararların, kanunla düzenlenen denetim yargılaması çerçevesinde incelemeye açık olmasını gerektirir. Mahkemeler tarafından verilen nihai kararların hukuka aykırı olarak verilmesi durumunda, söz konusu hukuka aykırılık nedeniyle kişilerin haklarının ya da hukuken korunan yararlarının zarar görmesini engellemek, ihlali sona erdirmek için verilen kararın bir kez daha incelenmesi imkanını kişilere tanımak hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.²⁶

²⁴ ÖZAY, (2017), s. 16.

²⁵ AYDINOĞLU, s. 392.

²⁶ ÖZTÜRK., s. 537.

C. Yüksek Mahkemelerin Anayasal Konumlarının Gereklere Bakımından

Türk Anayasası'nda idari yargılama hukuku açısından, mahkeme kararlarının bir üst yargı merci tarafından kontrol edilmesi gerektiğine, başka bir ifadeyle dereceli yargılamanın anayasal hak olduğuna ilişkin düzenleme, Anayasa'nın 155. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu madde, Anayasa'da yüksek mahkeme olarak ifade edilen Danıştay'a ilişkindir. Anayasa'da yüksek mahkemelerin düzenlendiği hükümlerden dereceli yargılamanın anayasal bir hak olduğu yargısına ulaşmak mümkün görünmektedir.²⁷ Anayasa 155. maddesinde, Danıştay'ın işlevini şu şekilde hüküm altına almıştır: “*Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.*”

Söz konusu hüküm, mahkeme kararlarının bir üst mahkeme tarafından kontrol edilmesi zorunluluğunu açıkça düzenlemektedir. Hükümlerde yer alan “*karar ve hükümlerin son inceleme mercii*” ifadesi, dereceli yargılamanın bulunması gerektiğini ve bunun anayasal bir hak olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca “*kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı*” ifadesiyle, kanun koyucunun ilk derece mahkemesi kararlarının incelenmesi görevini, Danıştay dışında başka bir üst mahkemeye bırakabileceği anlatılmak istenmektedir.²⁸ Nitekim Türk Hukuk Sistemi'nde, Danıştay yanında; bölge idare mahkemeleri de kanun yolu incelemesinde görevli merciler olarak karşımıza çıkmaktadırlar.

Bu düzenlemeden çıkan sonuca göre, ilk derece mahkemesi kararlarının ya başka bir üst mahkemede ya da Danıştay'da kontrol edilmesi gerekmektedir. Bu, Anayasa'nın gereğidir. Başka bir ifadeyle, dereceli yargılamanın anayasal temellerinden biri de bahsi geçen hükümlerdir. Her ne kadar Anayasa'nın 142. maddesinde mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin, işleyişlerinin ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği; başka bir ifadeyle bu konuda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğu düzenleme altına alınmış olsa da kanun koyucunun yapacak olduğu düzenlemelerde, Anayasa'nın 155. maddesini tamamıyla göz ardı etmemesi gerekir.²⁹ Bu bakımdan kanun koyucunun, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen tüm kararlara

²⁷ ALANGOYA, (2004), s. 30.

²⁸ AKKAYA, s. 45.

²⁹ AKİL, s. 231.

karşı kanun yolunun kapalı olacağı şeklinde yapacak olduğu düzenlemeler Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir.³⁰ Bu şekildeki bir düzenleme, Yüksek Mahkemenin konumuna Anayasal bir koruma getiren 155. madde hükmünün içinin boş kalmasına; başka bir ifadeyle, Anayasa'nın 155. maddesinde hüküm altına alınan Yüksek Mahkeme'nin ya da kanun yolu incelemesinde kendisine kanunla görev verilen başka bir yargı merciinin varlığının bir anlamının kalmamasına neden olacaktır. Ancak belirtilmelidir ki; mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi anayasal gereklilik olmakla birlikte, Anayasamızda kanun yolunun kaç dereceli olması gerektiği konusunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır.³¹

D. Hak Arama Hürriyeti ile Adil Yargılanma Hakkı Bakımından

Dereceli yargılamanın anayasal bir gereklilik olduğu konusunda dayanak alınabilecek diğer bir düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüdür. Hükme göre, *"herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* Hak arama özgürlüğü; Anayasa, uluslararası metinler ve kanunlarla kişilere tanınan hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi durumunda, bu hakların gerçekleştirilebilmesi ve korunabilmesi için etkili bir yargısal denetim sunulmasını isteme imkanının tanınmasıdır.³² Bu etkili yargısal denetimin kapsamına kanun yolunun da girip girmeyeceğinin tespiti aynı zamanda, kanun yoluna başvurma hakkının hak arama özgürlüğünün bir parçası olup olmadığını tespitini yapmak demektir.

³⁰ AKİL, s. 232. Ancak Anayasa Mahkemesi 2001 tarihinde, ifade ettiğimiz husustan farklı bir karar vermiştir. Karar, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un bu Kanun uyarınca verilen idari para cezalarına karşı yetkili idare mahkemesine yapılan itiraz neticesinde verilen kararların kesin olmasının Anayasa'nın 155. maddesine aykırı bir yönü olmadığına ilişkindir. Söz konusu kararda mahkeme şu değerlendirmeleri yapmıştır: *"Ayrıca, Anayasa'da tüm mahkeme kararlarının temyiz edileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Öğretide bu yönde bir zorunluluk olduğu kabul edilmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları da, kamu yararı gerektirdiğinde ve hukuk devleti kavramı ile bağdaşmayacak sonuçlara yol açma olasılığının bulunmadığı durumlarda kimi kararlar için kanun yollarına başvurmanın önlenebileceği yönündedir. Yargı denetiminde sonsuzluk olamayacağından, bunun bir yerde kesilmesi gerekir. Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler kamu yararı ile sınırlanabilir. İtiraz konusu kuralla, kanun yoluna başvurulmasına olanak vermeyecek biçimde hak arama özgürlüğüne kamu yararı amacı ile getirilen sınırlamada, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık bulunmamaktadır. Anayasanın Danıştay, idare mahkemelerince verilen kararların son inceleme mercii olarak tanımlayan 155. maddesinde, tüm kararların mutlak olarak Danıştay incelemesinden geçirileceği konusundan bir kural yer almamaktadır."* AYM, E: 2001/232, K: 2001/89, T. 23.05.2001, R.G. 19.01.2002/24645. ALANGOYA, (2004), s. 27.

³¹ ÖZEKES, s. 2153.

³² ATALAY, s. 449.

Hak arama özgürlüğünün temelinde, hakları ihlal edilen kişilerin, ihlalin sonlandırılması ve ihlalin yarattığı olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması amacıyla yargı makamlarına başvurabilmesi ve bu hakkın kullanılabilmesi başvuru mekanizmalarının kişilere sunulması amacı yatmaktadır.³³ Kanun yolunun amaçlarından biri ve belki de en önemlisi, yargı yerlerince verilen kararlardaki hukuka aykırılıkların incelenmesi suretiyle somut olaylarda adaletin gerçekleşmesinin sağlanmasıdır. Bu doğrultuda kanun yolu incelemesi neticesinde verilen yargı kararları tarafları tatmin eder biçimde, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı ortadan kaldıracağından adalet anlayışı içinde haklar dağıtılmış olacaktır. Bu husus ise, yukarıda işlevinden bahsedildiği üzere hak arama özgürlüğünün gereği olarak ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla kanun yollarına başvuru hakkının, hak arama özgürlüğünün kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.³⁴ Kaldı ki; hak arama özgürlüğü, ihlal edilen hakkın temini için yargı yerlerine başvurmak olduğuna göre, söz konusu ihlal yargı yerleri tarafından da yapılmış olabileceğinden, ilgili tarafın hakkının etkin bir şekilde korunabilmesi için kanun yoluna başvuru hakkının hak arama özgürlüğü içinde değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesinde 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış, fıkraya adil yargılanma hakkı da eklenmiştir. Başka bir ifadeyle 36. maddede hak arama özgürlüğü ile birlikte adil yargılanma hakkı da anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Adil yargılanma hakkı sadece Anayasamızda değil, iç hukukumuzda uygulanma etkisine sahip olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de yer almaktadır. Anayasamızda ve Sözleşmede adil yargılanma hakkının tanımına ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa da, adil yargılanma hakkının kapsamına dahil olan unsurların neler olduğunun belirlemesi Sözleşmede yapılmıştır. Buna göre adil yargılanma hakkının unsurları; kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma ve bu mahkeme önünde yargılanma, makul süre içinde yargılanma, aleni olarak yargılanma, hakkaniyete uygun olarak yargılanma şeklinde belirtilmektedir.³⁵

Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan mahkemeye başvuru hakkının, kanun yollarına başvuru açısından da geçerli olup olmadığı hususu ele alınması gereken bir diğer konudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

³³ GÜL/BİRTEK, s. 6.

³⁴ YILMAZ, (1988), s. 142.

³⁵ TANRIVER, s. 213.

adil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddesine bakıldığında, istinaf ya da temyiz gibi bir üst mahkemeye başvuru hakkının adil yargılanmanın zorunlu bir güvencesi olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte iç hukukta böyle bir yol öngörülmüşse üst mahkeme aşamasında adil yargılanmanın gereklerine uyulmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukukta temyiz ya da istinaf gibi bir kanun yolu genel olarak kişilere tanınmış; fakat, bazı dava türleri için bu yol kapatılmış ise, bu durumda adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye başvuru hakkının ve bunun yanında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini kabul etmektedir.³⁶

Mahkemeye başvurma hakkı kişilere, iddialarını bir yargı merciine sunabilmesi imkanının tanınması ve kişilerin bu imkanın kendilerine sağlanmasını isteme anlamına gelmektedir.³⁷ Başka bir ifadeyle, bir kimsenin hakkını etkili biçimde elde edebileceği yargısal bir kuruluşa ulaşmasını ifade etmektedir.³⁸ Buna göre mahkemeye başvurma hakkı bir kimsenin hakkını elde etmesi için kendisine usuli imkanların tanınmasını gerektirdiğinden, bu kapsamın içine kanun yoluna başvurma hakkı da girmektedir. Bu nedenle, ilk derece mahkemesindeki yargılamada hakkı ihlal edilen kişi açısından dereceli yargılama aynı zamanda adil yargılanma hakkının da bir gereğidir.

Anayasa Mahkemesi 2014 tarihinde verdiği bir kararında, kanun yoluna başvurma hakkının hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kapsamı içinde yer aldığını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu kararında şu değerlendirmelere yer vermiştir: *‘Anayasa’nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, kanun yoluna başvurma hakkı da, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kapsamındadır.’*³⁹

Anayasa Mahkemesinin yine kanun yoluna başvuru hakkının adil yargılanma hakkı kapsamında olduğuna ilişkin verdiği bir kararında da şu

³⁶ İNCEOĞLU, s. 117.

³⁷ AYDIN, s. 272.

³⁸ AKINCI, s. 131.

³⁹ AYM, E: 2014/142, K: 2014/182, T. 04.12.2014, R.G: 13.03.2015/29294.

ifadelere yer vermiştir: “...*Kanun yolu, bir yargı yeri tarafından verilen ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir kararın, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından incelenmesini sağlayan hukuki yoldur. Kanun yolunun amacı, yargı yerleri tarafından verilen kararların, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkan tanımak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmaktır. Kanun yoluna başvuru hakkı, adil yargılanma hakkının kapsamı içindedir*”.⁴⁰

Nihayetinde söyleyebiliriz ki, dereceli yargılama hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu noktada dereceli yargılamanın Türk Hukuku açısından anayasal temelleri bulunmakta olup, dolayısıyla kanun yoluna başvurmak anayasal bir haktır. Ayrıca kanun yoluna başvurma hakkı; Yüksek Mahkemelerin Anayasa’da düzenlenişi itibariyle, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının bir gereği olarak da Anayasa ile tümüyle uyumludur.

III. KANUN YOLLARINA BAŞVURU HAKKININ NE ÖLÇÜDE SINIRLANDIRILABİLECEĞİ MESELESİ

Kanun yoluna başvuru hakkının anayasal bir hak olduğunun kabulü, bu hakkın nasıl ve ne ölçüde sınırlandırılabilmesi hususunun değerlendirilmesini gerektirmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin esaslar, Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “*temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*”

Anayasa’da 2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde, bir temel hak ve hürriyetin sınırlandırılabilmesi için, o hak ve hürriyetin düzenlendiği maddede belirtilen sebeplerin mevcudiyeti gerekir. Başka bir ifadeyle, kamu yararı gibi genel birtakım sebeplere bağlı olarak hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması mümkün değildir. O halde öncelikle, kanun yolunun anayasal temelini oluşturan Anayasa’nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesinde, bu hakka ilişkin sınırlama sebeplerinin öngörülüp öngörülmediğine bakılmalıdır. Ancak, hak arama özgürlüğünün düzenlendiği maddede söz konusu hak bakımından herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmediği görülmektedir. Bu durum karşısında kanun yoluna başvuru hakkına hiçbir şekilde sınırlama getirilmesi mümkün değil midir?

⁴⁰ AYM, E: 2014/164, K: 2015/12, T. 14.01.2015, R.G. 22.05.2015/29263.

Bahsi geçen husus doktrinde tartışmalıdır. Kimi yazarlar, maddede belirtilenlerin dışında başka bir sınırlama sebebine dayanılarak hakların sınırlandırılmasının mümkün olmadığını; bu noktada, maddede herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemişse sınırlandırmanın söz konusu olamayacağını ifade etmektedir.⁴¹ Başka bir görüş, Anayasa’da bir temel hak ve özgürlüğü düzenleyen maddede herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülme hallerde dahi o hak ya da özgürlüğün “pratik uyum ilkesi” gereğince sınırlandırılabilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir.⁴² Söz konusu görüşün dayandırıldığı ilke uyarınca, ‘*bir temel hakkın başka bir temel hak ya da anayasanın koruduğu başka bir hukuki değerle çatışması halinde, öyle bir çözüm bulunmalıdır ki, gerek temel hak gerekse anayasanın koruduğu hukuki değer varlık ve etkilerini optimal düzeyde korusun.*’⁴³ Buna göre hak arama özgürlüğünün hiçbir şekilde sınırlanamayacağı kabul edilirse, Anayasa’nın koruduğu başka bir hukuki değer etkisiz hale gelebilir. Söz gelimi, Anayasa’nın 141. maddesi davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu ifade etmiştir. Bu bakımdan hak arama özgürlüğünün hiçbir şekilde sınırlandırılmasının mümkün olmadığından bahisle tüm yargı kararlarına karşı kanun yoluna başvuru hakkının tanınması, davaların süratle çözüme kavuşturulmasının etkisiz hale gelmesine yol açabilmektedir. Başka bir ifadeyle, hak arama özgürlüğü kapsamında tüm yargı kararlarına karşı kanun yolunu açık tutmak, yargının iş yapabilirliliği hususunda engel teşkil edebilmektedir. Dolayısıyla, yargının iş yapamaz duruma gelmesi halinde; yargının fonksiyon yapabilirliliğinin muhafazası için belirli ölçütlere uymak suretiyle, hak arama özgürlüğünde sınırlandırma yapılabilmesi mümkündür.⁴⁴

⁴¹ Bahsi geçen değerlendirme için bkz: GÖZLER, (2001), s. 53-67.

⁴² Anayasa Mahkemesi’nin yakın tarihli kararlarında da, özel sınırlama nedeni öngörülmediği halde hak arama özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi ifade edilmektedir: ‘*Anayasa’nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Maddede, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir.*’ AYM, E: 2015/96, K: 2016/9, T. 10.02.2016, R.G. 23.02.2016/29633. Benzer bir karar için bkz: AYM, E: 2013/148, K: 2014/62, T. 27.03.2014, R.G. 23.05.2014/29008.

⁴³ SAĞLAM, s. 40.

⁴⁴ ALANGOYA, (2004), s. 36.

Söz konusu görüş doğrultusunda, kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılabilmesi kabul edilse dahi, bu sınırlamaların ölçülülük ilkesine uygun olmak suretiyle yapılması gerekmektedir. Ölçülülük, başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu amaç açısından gerekli bulunması ve araç ile amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade etmektedir.⁴⁵ Bu bakımdan, kanun koyucuların kanun yoluna başvuru hakkına getirecek oldukları sınırlamalarda serbestiye sahip olmadıkları aşıkardır. Dolayısıyla, sınırlandırma keyfi olamaz. Sınırlandırmanın da sınırı olup; bu açıdan, meşru bir amacın bulunması ve hakkın özüne dokunulmaması gerekir. Söz konusu sınırlamalardaki ölçü bakımından; kamu yararı, işin esasına uygunluk, yargının görev yapabilmesine imkan verme kriterleri esas alınmalıdır.⁴⁶

Türk Hukuku'nda ise, kanun yoluna başvuru hakkının genel olarak meblağ sınırı getirilmek suretiyle sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu bakımdan uyuşmazlığın parasal değeri esas alınarak yapılan sınırlamada, hakkını alamadığı kanaatinde olan kişilerin dikkate alınması, kaybedilen ekonomik değerın kolayca vazgeçilebilir nitelikte olması ve bu şekilde amacın hissedilebilir bir şekilde gerçekleşebilmesi şartlarının varlığı gerekmektedir.⁴⁷ O halde yargının iş yapabilirliğinin sağlanması amacıyla kanun yoluna başvuru hakkına sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Buradaki sorun, getirilecek meblağın miktarının tespitinin doğru bir şekilde yapıp yapılmadığıdır. Şöyle ki, sırf yargının iş yükünün hafifletilmesi pahasına, ekonomik sebeplerden ötürü toplumun büyük bir çoğunluğunun kanun yoluna başvuramayacağı nicelikteki bir parasal değer, sınırlandırmanın ölçüsüz olduğu anlamına gelecektir. Bu, aynı zamanda Anayasa'da hüküm altına alınan sosyal devlet ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.⁴⁸ Bu bakımdan kanun yoluna başvuruda ağır parasal sınırlar getirmek, ekonomik açıdan güçsüz olan kişileri, adillik konusunda şüpheye düşmeleri halinde haklarını dava yoluyla aramaktan caydırabilecek; bu husus ise, sosyal devlet ilkesinin gereklerine aykırı olma sonucunu doğuracaktır. Nitekim sosyal devlet kavramının anlamlandırılması, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak suretle sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli

⁴⁵ SAĞLAM, s. 114.

⁴⁶ ALANGOYA, (2004), s. 39.

⁴⁷ ÖKÇESİZ, s. 77-78.

⁴⁸ ALANGOYA, (1981), s. 4.

şartları hazırlamaya çalışmak ödevinin yerine getirilmesinin sağlanması ile mümkündür.⁴⁹

Anayasa Mahkemesi'nin 1986 tarihli bir kararında da yukarıda ifade edilen ilkeler açısından, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı kanun yollarının kapatılmasının ne şekilde mümkün olabileceği tartışılmıştır. Söz konusu olayda, HUMK'un 427. maddesi gereğince belli bir meblağı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin ilk derece mahkemelerince verilen kararların kesin olacağı; başka bir ifadeyle, bu kararlara karşı kanun yollarına başvurunun mümkün olmamasının, Anayasa'nın hukuk devleti, eşitlik, sosyal adalet ilkelerine ve hak arama hürriyetine aykırılık oluşturduğu iddiası bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını; kamu yararı gerektirdiğinde bazı hükümler için kanun yollarına başvurmanın önlenmesinin mümkün olduğunu, kanun koyucunun Anayasa'nın 142. maddesi gereğince yargılama usullerini belirleme konusunda takdir yetkisi bulunduğunu, itiraz konusu kuralla davaların süratlendirilmesi ve Yargıtay'ın iş yükünün bir ölçüde azaltılmasının amaçlandığını, diğer temel hak ve hürriyetler gibi hak arama özgürlüğünün de kamu yararı dikkate alınarak sınırlandırılabileceğini, itiraz konusu kuralda varlıklı kimseler ile ekonomik bakımdan güçsüz olan kimseler bakımından bir ayırım yapılmadığını ve herkesin aynı hükme tabi tutulduğunu; bu bakımdan eşitlik ilkesine ve sosyal devlet ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığını, mahkeme kararlarının tümünün kanun yollarına tabi olma zorunluluğunu doğuran bir anayasal hüküm olmadığını, keza her mahkeme kararının kanun yoluna tabi olması zorunluluğunun hakimlere güvensizliğin bir işareti olabileceği ve yargı denetiminde sonsuzluğun olamayacağı bir yerde kesinleşmesi gerektiğini bu nedenle söz konusu hükmün bu gerekçelerle Anayasa'ya aykırı olmadığını ifade etmiştir.⁵⁰

⁴⁹ ÖZBUDUN, s. 139.

⁵⁰ AYM, E: 1985/23, K: 1986/2, T. 20.01.1986, R.G: 16.04.1986/19080. Benzer kararlar için bkz: AYM, E: 2004/43, K: 2008/56, T. 07.02.2008, R.G. 19.03.2008/26821; E: 2006/65, K: 2009/114, T. 23.07.2009, R.G. 07.10.2009/27369; E: 2014/146, K: 2015/31, T. 19.03.2015, R.G. 13.06.2015/29385. Anayasa Mahkemesi'nin ilk derece mahkemelerince verilen bazı hükümlere karşı kanun yollarının kapalı olması hususundaki iptal/itiraz başvurularına ilişkin verdiği kararların gerekçeleri genel olarak benzerdir. Yüksek Mahkeme, kanun koyucunun Anayasa'nın 142. maddesi gereğince yargılama usullerini düzenleme konusunda takdir yetkisi bulunduğunu, Anayasa'da kanun yoluna başvuru hakkı konusunda zorunluluk getiren bir düzenleme bulunmadığını, mahkemelerin iş yükünün bir ölçüde azaltılmasının amaçlandığını, getirilen sınırlamaların kamu yararına yönelik olduğunu ve dolayısıyla mahkemelerce verilen bazı hükümlere karşı kanun yollarının kapalı olmasının Anayasa'ya aykırı bir yönünün olmadığını ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında kamu yararının gerektirdiği durumlarda, yüksek mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi amacıyla, hak arama özgürlüğü bakımından kanun yollarına başvuru hakkına sınırlamalar getirilebileceğini ifade etmekteyse de; mahkemelerin iş yüklerinin ne pahasına olursa olsun hafifletilmesi meşru görülmemelidir. Burada kişilerin hak arama özgürlüğünden kaynaklanan menfaatleri ile yüksek mahkemelerin iş yüklerinin hafifletilmesinin sağlayacağı kamu menfaati arasında dengenin kurulması önemlidir.⁵¹ Esasen bu dengenin kurulabilmesi, hak arama özgürlüğü bağlamında kanun yollarına başvuru hakkına getirilecek sınırlamaların, ölçülülük ilkesi içerisinde olabilmesine olanak sağlaması bakımından da son derece önem arz etmektedir.

Kanun yoluna başvuru hakkının somut anayasal dayanağı olan hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasında kıstas alınması gereken bir diğer husus, hakkın özüne dokunma yasağıdır. Temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunma yasağına göre, yapılacak sınırlamalar bu temel hak ve hürriyeti kullanma imkanını tamamen ortadan kaldırmamalı; başka bir ifadeyle, hakkı tümüyle kullanılamaz hale getirmemelidir.⁵² Bu bakımdan mahkeme kararlarının tümüne karşı kanun yoluna başvuru hakkı tanınması, kararların kontrolünü olumsuz yönde etkilediği ve hak arama özgürlüğünün uygulanmasında olumsuz durumlar yaratması ihtimalinin hukuk devletinin temel koşullarından olan, yargının işlevini yerine getirmesi ilkesini zarara uğratabileceği durumlarda sınırlamaya gidilmesi mümkündür. Böyle bir durum, hak arama hürriyetini ortadan kaldırmak anlamına gelmeyecektir. Zira kişilerin ilk derece mahkemeleri önünde hak arama hürriyetlerinin varlığı devam etmektedir.⁵³ Dolayısıyla, hak arama özgürlüğünün özü ortadan kalkmış olmamaktadır. Kanun yollarına başvurunun meblağ sınırları gereğince mümkün olmaması hallerinde hakkın sınırlandırılması söz konusu ise de özüne dokunulmamaktadır.⁵⁴

Yargılama usullerine göre kanun yollarının kapalı olduğu mahkeme kararlarının sınırlama ölçütleri bakımından değerlendirilmesi, pozitif hukuktaki düzenlemelerin hukuka uygunluğunun tespitinin ortaya konulabilmesi açısından önemlidir. Yargılama usulüne ilişkin çeşitli kanunlarda, ilk derece mahkemesinde kesinleşen kararlar düzenlenmiştir. Bu kararlar verildikleri

⁵¹ ÖKÇESİZ, s. 75.

⁵² GÖZLER, (2019), s. 130.

⁵³ ALANGOYA, (2004), s. 36.

⁵⁴ KÖKÜSARI, s. 173-174.

an kesin hüküm halini almış olan kararlardır. Başka bir ifadeyle, bunlar için kanun yoluna başvuru yolu kapatılmıştır. Söz konusu düzenlemeler hem İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinde 2014 yılında, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde itiraz kanun yolu kaldırılarak, istinaf kanun yolu ihdas edilmiştir. İstinafa tabi ilk derece mahkemesi kararları sayma suretiyle belirtilmiş değildir. Kural olarak ilk derece mahkemelerince verilen kararlar istinaf kanun yoluna tabi tutulmuştur. Bu nedenle, idari yargılama hukukunda değişiklik sonrasında istinaf, genel kanun yolu olma özelliğine sahip olmuştur.⁵⁵ Ancak maddede, konusu yedi bin Türk Lirasını geçmeyen⁵⁶ vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararların kesin olduğu hükme bağlanmıştır. Bu kararlar, ilk derece mahkemelerinde verildikleri an kesin olup kanun yoluna başvuru konusu yapılamamaktadır.

Kanun yoluna başvuru, anayasal bir haktır. Bu hakkın temel dayanaklarından biri ise, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenleme altına alınan hak arama hürriyetidir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ise, Anayasa'nın 13. maddesinde belli esaslara tabi tutulmuştur. Buna göre, sınırlamaların yapılması Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak kanun ile mümkündür. Ancak söz konusu sınırlamanın sınırları vardır. Bu sınırlar, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük ilkesine uygundur. Konuya idari yargılama hukuku açısından bakılacak olursa, ilk derece mahkemelerince verilen kararların kanun yoluna tabi olmasının şartı yedi bin Türk Liralık parasal sınırın aşılmış olmasıdır. Aksi halde tarafın, kanun yoluna başvurma hakkı bulunmamaktadır. Kanun yoluna başvurulabilmesi için böyle bir sınırın getirilmesi, hak arama özgürlüğü bakımından ne kadar ölçülü bir sınırlamadır? Şüphesiz ki, böyle bir sınırın getirilmemesi ve değeri her ne olursa olsun ilk derece mahkemesinin her türlü kararına karşı kanun yoluna başvuru hakkının tanınması üst derece mahkemelerinin iş yükünü çok arttıracıydı. Fakat burada asıl önemli olan husus, getirilen meblağ sınırının

⁵⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 851.

⁵⁶ 2020 yılı için geçerli olan bu parasal tutar, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298'inci maddesi hükümleri uyarınca Hazine ve Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Ancak bu şekilde belirlenen sınırların bin Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz. (İYUK Ek Madde 1).

çok yüksek olmaması gereğidir.⁵⁷ Bu açıdan üst derece mahkemelerinin iş yükünü azaltmak bakımından, kesinlik sınırının çok yüksek tutulması, gerçekleştirilmesi istenen yararlar, kişilerin haklarının götürülmesi sonucunu doğurabilmektedir. İdari yargılama hukuku açısından getirilen yedi bin Türk Liralık meblağ sınırının tespitinde ise; hangi kıstasların kullanıldığı, neden bu değer belirlendiği noktasında kanun gerekçesinde de herhangi bir açıklama mevcut değildir.⁵⁸ Bu meblağ ile hak arama özgürlüğüne getirilen sınırlamaların ölçülü olabilmesi için ülkede, tespit edilebildiği kadarıyla, en alt gelir grubunu oluşturan kesim düşünülerek en azından asgari ücret düzeyinden daha düşük bir sınırlamanın getirilmesi uygun olacaktır.⁵⁹ Bu sayede hak arama özgürlüğünün ölçülülük ilkesine uygun sınırlandırıldığından bahsetmek mümkün hale gelebilecektir.

IV. SONUÇ

Kanun yollarının, fonksiyonları bakımından birçok işlevi yerine getirdiğini söylemek mümkündür. Buna göre kanun yollarının varlığı, kendisi hakkında hukuka aykırı karar verildiği kanaatinde olan tarafın tatmin edilmesi yanında, uyuşmazlığın taraflarının ve giderek tüm toplumun adalet duygusunun güçlendirilmesine katkı sağlamaktadır.⁶⁰ Bu bakımdan kanun yolları, somut olayda hukuka uygun bir şekilde ve adil karar verilip verilmediğinin denetiminin yapılması bakımından hak ve özgürlükleri koruyucu bir işleve sahip olmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde de belirtildiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Dolayısıyla, hukuk devleti olmanın gereklerine uyulmak zorundadır. Bu gereklerden biri olan devletin üç erkinin hukuka bağlı olma zorunluluğu karşısında, yargının da hukuka bağlı olması gerekmektedir. Söz gelimi hakim bir uyuşmazlık hakkında karar verirken; hukuka, kanuna, vicdana göre karar verip vermediği, kararlarında hakkaniyet ilkesini gözetip etmediği, bağımsız ve tarafsız davranıp davranmadığı denetlenmelidir. Yargının, yasama ve yürütme karşısında bağımsız olması gerektiği prensibinden hareketle denilebilir ki, bu denetimin yine yargı içinde yapılması hukuk devletine en uygun olanıdır. Dolayısıyla bu durum kanun yollarının,

⁵⁷ YILMAZ, (2005), s. 60.

⁵⁸ 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un gerekçesi için bkz: <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf>. (E.T. 08.01.2020).

⁵⁹ YILMAZ, (2005), s. 60.

⁶⁰ ÇAĞLAYAN, s. 6.

başka bir ifadeyle dereceli yargılamanın gereğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, hukuk devletinin bir gereği olarak dereceli yargılama bir haktır.

Anayasa'nın 36. maddesi, herkesin hak arama özgürlüğüne ve adil yargılanma hakkına sahip olduğunu hüküm altına almıştır. Kanun yolları da bir hak ve özgürlüğün koruyucusu niteliğinde olduğundan ve taraflara haklarını temin yolu tanıdığından, dereceli yargılama hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı kapsamında yer almaktadır. Bunların dışında, Anayasa'nın Danıştay'ı düzenlediği 155. maddesi, Danıştay'ın idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu düzenleme gereğince, ilk derece mahkemelerince verilen kararlara karşı kanun koyucunun takdirine bağlı olarak ya Danıştay'a ya da başka bir üst mahkemeye kanun yoluna başvuru imkanının kişilere tanınması zorunludur. Dolayısıyla, bu hüküm gereğince de dereceli yargılamanın bir hak olduğunu söylemek mümkündür.

Tüm bu açıklamalar ışığında söylenebilir ki; kanun yoluna başvuru hakkı, hukuk devletinin, hak arama özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının bir parçasıdır. Bu hakkın sınırlanması mümkün olsa da bunun Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen esaslara uygun olarak yapılması gerekmektedir. Sınırlama yapılırken ölçülülük ilkesinin gereklerine göre hareket edilmelidir. Genel olarak yargılama hukukumuza bakıldığında, tüm yargı kollarında kanun yoluna başvuru hakkının sınırlandırıldığı ve sınırlamanın da uyuşmazlığın miktar ve değerine bağlı olarak yapıldığı görülmektedir. Burada önemli olan husus, getirilecek meblağ sınırının çok yüksek tutulmamasıdır. İdari yargılama hukuku için konuya bakacak olursak; burada söz konusu sınır, yedi bin Türk Lirasıdır. Bu değer altında kalan uyuşmazlıklar, ilk derece mahkemelerince verildikleri an kesinleşecektir. Başka bir ifadeyle, kanun yoluna başvuru hakkı bu davalarda mümkün olmayacaktır. Bu rakam, hak arama özgürlüğünü büyük ölçüde kısıtlamaktadır. Bu meblağın altında kalan davalarda kanun yolunun kabul edilmemesi demek, ilk derece mahkemesinin birçok kararının yanlış bir şekilde kesinleşmesine ve böylece adaletin zarar görmesine neden olmak demektir. Bu durum, toplumun adalet anlayışını zedeleyecek ve yargıya olan güveninin kırılmasına da yol açacaktır. Şüphesiz ki, ülkemizde yargı yerlerinin büyük bir iş yüküyle karşı karşıya kaldığı gerçeği bulunmaktadır. Bu nedenle, her türlü yargı kararının üst denetime tabi tutulması gerekmektedir. Fakat bu rakamın idari yargı açısından bugün olduğu gibi yedi bin Türk Lirası değil, daha düşük tutulması gerekmektedir. Yargının iş yapabilirliğinin yanında kişilerin hak arama hürriyetlerinin feda edilmesi söz konusu olmamalıdır. Bu

nedenle her iki husus arasındaki dengenin kurulması şart olup, sınırlamaların yerindeliği çok iyi araştırılmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Müslüm: **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- AKİL, Cenk: **İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- AKKAN, Mine: ‘‘Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma’’, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 6, 2007, s. 29-68.
- AKKAYA, Tolga: **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/Kaya, Cemil: **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ALANGOYA, Yavuz: ‘‘Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi (1983 Milletlerarası Usul Kongresinin Bir Konusu)’’, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 1, Sa. 2, 1981, s. 1-4.
- ALANGOYA, Yavuz: ‘‘Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkanı’’, **Türkiye Barolar Birliği Yayınları: Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara, 2004, s. 17-48.
- ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009.
- ATALAY, Esra: ‘‘Yargısal Temel Haklar’’, **Prof. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan**, İzmir, 1997, s. 437-454.
- AYDIN, Bihter: ‘‘Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı’’, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 4, S. 15, 2013, s. 271-296.
- AYDINOĞLU: Zeynep Nihal: ‘‘İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri’’, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 9, S. 34, 2018, s. 387-423.
- BİLGE, Necip: **Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.

- ÇAĞLAYAN, Ramazan: **İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları)**, 2. Baskı, Asil Yayıncılık, Ankara, 2008.
- ÇİFTÇİ, Murat Özgür: **Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- DEREN YILDIIRM, Nevhis: “Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler”, **Türkiye Barolar Birliği Yayınları: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI**, Ankara, 2008, s. 3-17.
- GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman: **İdare Hukuku**, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2013.
- GÖZLER, Kemal: “Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3-4, 2001, s. 53-67.
- GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 24. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ: Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (AİHM İnceleme ve Yargılama Yöntemi)**, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut: **İdari Yargılama Hukuku**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- GÜL, Cengiz/BİRTEK, Fatih: “Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, S. 1-2, 2007, s. 3-41.
- İNCEOĞLU, Sibel: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal İlkeler)**, 4. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2013.
- KÖKÜSARI, İsmail: “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, S. 1, 2011, s. 163-208.
- ODYAKMAZ, Zehra: **Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1993.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin: “Yargıtay’ın İş Yükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı Olarak HUMK’nun 427. Maddesi Üzerine”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 2, 1987, s. 75-78.

- ÖZAY, İlhan: “Kendine Özgü Bir Hukuk Devleti”, **Danıştay Yayınları: I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap: İdari Yargı)**, Ankara, 1991, s. 115-137.
- ÖZAY, İlhan: **Günişğında Yönetim**, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/KORKMAZ, Hülya: **Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku C. III**, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- SAĞLAM, Fazıl: **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **Makalelerim I**, Asil Yayıncılık, Ankara, 2005.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, R. Murat: **İnsan Hakları El Kitabı**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: **Medeni Yargılama Hukuku C. I-II**, 6. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997.
- YILDIRIM, M. Kamil, “İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespiti”, **Türkiye Barolar Birliğı Yayınları: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI**, Ankara, 2008, s. 89-131.
- YILDIRIM, M. Kamil: **Hukuk Devletinın Gereğı İstinaf**, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.
- YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge: **İdare Hukuku**, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- YILMAZ, Ejder: “Hukuk Davalarında Yasa Yollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliğı Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliğı Dergisi**, S. 1, 1988, s. 131-155.
- YILMAZ, Ejder: **İstinaf**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ALMAN VE TÜRK MAHKEME KARARLARI VE DOKTRİN IŞIĞINDA OLASI KAST- BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI*

Esma Nur TURHAN**

ÖZ

Bu Çalışmada esas itibariyle suç teorisinin en zor ve tartışmalı konularından bir olan olası kast ve bilinçli taksir ayrımı ele alınmaktadır. Çalışmada önce kast ve taksirin kanundaki tanımına ve olası kast - bilinçli taksir ayrımına ilişkin Alman suç teorisinde ileri sürülen görüşler kısaca değinilmektedir. Arkasından olası kast – bilinçli taksir ayrımında Alman suç teorisinde çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine yol açan “Lederriemenfall/Deri Kemer Olayı” olarak meşhur olan olay ve bu olay ile ilgili Federal Yüksek Mahkemesinin kararı incelenmektedir. Daha sonra olası kast – bilinçli taksir ayrımında yine yoğun tartışmalara yol açan AIDS Olayı ile ilgili Federal Yüksek Mahkemenin kararı ve bu konudaki tartışmaları tekrar alevlendiren Berlin Yasadışı Araba Yarışı olayı ilgili Berlin Eyalet Mahkemesi Kararı ve Federal Yüksek Mahkeme kararı doktrinde ileri sürülen görüşler açısından değerlendirilmiştir.

Çalışmada karşılaştırma yapmak açısından olası kast – bilinçli taksir ayrımının tartışmalı olduğu üç Türk Yargıtay kararı örnek alınarak, bu kararlar, Alman doktrinde ileri sürülen görüşler ve Alman Federal Yüksek Mahkeme kararları ışığında incelenmiştir. Alman uygulamasının aksine, Türk uygulamasında öncelikle bilme unsuru açısından sıkıntılar bulunduğu görülmektedir. Kararlarda failin olay anındaki mevcut bilgisi dikkate alınmamıştır. Olası kast – bilinçli taksir ayrımı açısından isteme unsurunun varlığı ise Yargıtay kararlarında ve ilk derece mahkemesi tarafından neredeyse hiç tartışma konusu yapılmadığı görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Kast, taksir, olası kast- bilinçli taksir ayrımı, yasadışı araba yarışları ve olası kast, Lederriemen-Fall, AIDS Olayı*

* Bu Çalışma, Eylül 2019’da Freiburg Albert-Ludwigs Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Prof. Dr. WALTER PERRON’un danışmanlığında hazırladığım ve Eylül 2019 tarihinde başarılı bulunarak kabul edilen “**Vorsatz und Fahrlässigkeit im deutschen und türkischen Strafrecht- Der Vorsatzbegriff und die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit im deutschen und türkischen Strafrecht**” adlı yüksek lisans tezime dayanmaktadır. Çalışma, Tezdeki konulara dayanmakla birlikte, bazı konular güncellenmiş, Tez Danışmanının önerileri doğrultusunda düzeltmeler ve eklemeler yapılmıştır.

** Tübingen Eberhard Karls Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi **e-posta:** esmaturhan32@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-6237-0272

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775438

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 31/04/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06/05/2020

**DIE ABGRENZUNG ZWISCHEN BEDINGTEM VORSATZ UND
BEWUSSTER FAHRLÄSSIGKEIT UNTER BERÜCKSICHTIGUNG
DER ENTSCHEIDUNGEN DER TÜRKISCHEN UND DEUTSCHEN
GERICHTE UND LEHRE**

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Beitrag befasst sich im Wesentlichen mit einer der schwierigsten Fragen der Strafrechtslehre nämlich mit der Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Zunächst werden die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit und die Abgrenzungstheorien in der deutschen Strafrechtslehre kurz dargestellt. Anschließend wird der berühmte "Lederriemenfall", welcher in der deutschen Strafrechtslehre als Ausgangsfall der Abgrenzungstheorien zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit angenommen wird und die Entscheidung des Bundesgerichtshofes darüber untersucht. Danach wird die Entscheidung des Bundesgerichtshofes über den HIV-Fall, der wieder heftige Kontroverse über die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit auslöste, der Berliner Raser Fall, der diesbezügliche Diskussionen wieder aufflammen ließ und die Entscheidung der ersten Instanz und des Bundesgerichtshofes unter Heranziehung der Strafrechtslehre analysiert.

Aus dem rechtsvergleichenden Aspekt werden in diesem Beitrag drei Entscheidungen des türkischen Kassationshofes, in denen die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit umstritten ist, als Beispiel genommen und diese Entscheidungen werden unter Heranziehung der in der deutschen Lehre vertretenen Meinungen sowie der BGH Entscheidungen diskutiert. Die Erörterung der türkischen Fälle zeigt, dass im Gegensatz zur deutschen Praxis in den türkischen Entscheidungen vorerst die Feststellung des Wissenslements problematisch ist. Die tatsächliche Kenntnis des Täters bei Begehung der Tat wurde nicht hinreichend festgestellt. Über das Wollenselement wurde in den Entscheidungen kaum diskutiert.

Schlüsselwörter: *Vorsatz und Fahrlässigkeit, Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, illegaler Autorennen, Lederriemen Fall, HIV-Fälle*

**THE DISTINCTION OF CONDITIONAL INTENT AND ADVERTENT
NEGLIGENCE IN THE LIGHT OF THE GERMAN AND TURKISH
COURTS JUDGEMENTS AND DOCTRINE**

ABSTRACT

This research mainly deals with one of the most difficult and controversial issues of criminal law, specifically; the distinction between "conditional intent" and "advertent negligence". In this research, the definition of "intent" and "negligence" of the German Criminal Code and the distinction between conditional intent and advertent negligence in German criminal theory will be examined. The renowned

case titled “Lederriemenall” which leads discussions on the distinction between conditional intent and advertent negligence will be examined in terms of discussions in both doctrine and German Federal Court of Justice. After that the decision of the German Court of Justice about the HIV case, which has blazed a heavy dispute about the delimitation between conditional intent and advertent negligence, Berliner Car Race Case released another controversy to analyze the decision in consideration of the German Court of Justice and in German doctrine.

Based on comparative research, this research will include three decisions of the Turkish Court of Cassation, in which the distinction between conditional intent and advertent negligence are controversial. These examples and decisions will be discussed using the opinions represented in German doctrine and the BGH decisions. Contrary to German practice, Turkish controversial cases shows that the “knowledge element” of ‘intention’ is problematic in the practice. Moreover, the existence of “desire element” in terms of the distinction between eventual intent and culpable negligence has not been adequately discussed at both decisions on Trial Court and Turkish Court of Cassation.

Key Words: intent, negligence, distinction between conditional intent and advertent negligence, illegal car race, Lederriemen Case, AIDS Cases

I. Giriş

Alman ceza hukukçusu Hans Welzel’in söylediği gibi, olası kast ve bilinçli taksir ayrımı ceza hukukunun en zor ve en tartışmalı konularından biridir.¹ Aradan geçen zaman Welzel’in bu konuda ne kadar haklı olduğunu göstermiştir.²

Hem Türk hem de Alman ceza hukukunda kast merkezi bir öneme sahiptir; çünkü taksirle işlenen suçlar yalnızca kanunda açıkça düzenlendiği takdirde cezalandırılır (TCK m. 22/1, Alman Ceza Kanunu = Alman CK § 16). Buna ek olarak kast - taksir ayrımının diğer sonuçlarına kısaca değinmek gerekir. Taksirle işlenen suçlarda teşebbüs mümkün olmadığı gibi (TCK m. 35/1; Alman CK § 22), suça iştirak da ancak kasten işlenen suçlar bakımından mümkündür (TCK m. 40/1; Alman CK § 26, § 27).³ Kast ve taksir

¹ WELZEL, s. 69.

² RUPPENTHAL, s. 15.

³ Alman Ceza Kanunu’nun Türkçe çevirisi için Bkz. YENİSEY/PLAGEMANN, Alman Ceza Kanunu.

ayrımındaki en önemli sonuçlardan biri de kasten işlenen suçlar için taksirle işlenen suçlara göre daha yüksek bir ceza öngörülmüş olmasıdır. Hatta bazı durumlarda taksirle işlenen suçlar cezasız kalmaktadır. Tüm bunlar kast ve taksir ayrımının ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.⁴

Alman Ceza Kanununda ne “kast” ne de “taksir” tanımlanmamıştır. Kanun bu konuya ilişkin sadece kısmi düzenlemeler içermektedir.⁵ Alman Ceza Kanununda kasta ilişkin yer alan esas düzenleme şu şekildedir: “*Füili işlediği sırada suçun kanuni tanımındaki (tipiklikteki) bir unsuru bilmeyen kişi kasten hareket etmiş olmaz.*” Görüldüğü gibi kanunda kastın tanım ve kastın çeşitlerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman Kanun koyucu kasttan ve taksirden ne anlaşılması gerektiği hususunu böylece uygulama ve doktrine bırakmıştır.⁶

Buna karşın Türk Ceza Kanununda hem “kast” hem de “taksir” tanımlanmıştır (TCK m. 21, 22). Ancak olası kasta ilişkin kanundaki düzenleme, olası kastı bilinçli taksirden ayırmak bakımından oldukça problemlili gözükmektedir.

Alman doktrininde genel kabul gören kısa tanıma göre kast, “*tipikliğin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” veyahut aynı anlama gelen “*tipikliğin tüm maddi unsurlarının gerçekleştirilmesinin bilinmesi ve istenmesi*”dir.⁷ Bu kısa formül Türk Ceza Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrasında yer alan kast tanımı ile örtüşmektedir. TCK m. 21 f. 1’e göre “*kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*”.⁸ Bu tanımlara göre kast, “bilme unsuru” (Wissenselement) ve “isteme unsuru” (Wollenselement) olarak iki unsurdan oluşmaktadır. Bu iki unsur olası kast ve bilinçli taksir ayrımı açısından önemli bir rol oynamaktadır.⁹ Ancak Türk doktrininde kastın tanımına ilişkin m. 21 f. 1 hükmü bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Örneğin, Özgenç’e göre, bu düzenlemede ceza hukukundaki

⁴ Bu konuda bkz. SATZGER, Jura 2008, s. 112; AKBULUT, s. 428 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 145-146; HAKERİ, s. 263-264.

⁵ VOGEL, Leipziger Kommentar (LK), StGB, 12. Bası, Vor § 15, Kenar numarası (Kn.) 10.

⁶ KÜHL, AT, § 5 Kn. 6; SATZGER, Jura 2008, s. 112.

⁷ KÜHL, AT, § 5 Kn. 6; SATZGER, Jura 2008, s. 113; HEINRICH, AT, § 12 Kn. 264; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, 24. Bası, StGB § 15 Kn. 9.

⁸ KÜHL, AT, § 5 Kn. 6; SATZGER, Jura 2008, s. 113; HEINRICH, AT, § 12 Kn. 264; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, 24. Bası, § 15 StGB, Kn. 9.

⁹ JOECKS, Studienkommentar, StGB, 12. Bası, § 15 Kn. 7.

klasik görüş etkili olmuştur. Yazara göre, “*istemek, kastın bir unsurunu oluşturmamaktadır. Yani, kişi işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise, bunların gerçekleşmesini istemese bile, kasten hareket etmiştir.*” Yazara göre, “*kastta isteme unsurundan söz edilmesi doğru değildir.*”¹⁰ Özgenç’e göre, doğrudan kast ile olası kast arasındaki ayrım da isteme unsuruna göre değil, failin maddi unsurlar hakkındaki bilgisine göre yapılmalıdır.¹¹ Farklı gerekçelerle *Koca/Üzülmez* de bu tanımları eleştirmektedirler.¹² Yazarlara göre, istemek kastın bir unsuru değildir ve bu nedenle kanundaki kast tanımında isteme unsurundan söz edilmesi doğru olmamıştır.¹³ Ancak Türk doktrinindeki çoğunluk görüşü, kastın bilme ve isteme olmak üzere iki unsurdan oluştuğu yönündedir.¹⁴ TCK m. 21 f. 1’deki tanımın doktrinindeki hakim görüşü yansıttığı söylenebilir.

Olası kastta (bedingter Vorsatz) bilme ve isteme unsuru kastın diğer çeşitleri olan **maksat** (Absicht) ve **doğrudan kast** (Wissentlichkeit) da olduğu kadar belirgin değildir.¹⁵ Maksatta isteme unsuru, doğrudan kastta ise bilme unsuru baskındır. Olası kast ise hem bilme hem de isteme unsurunun en zayıf olduğu kast çeşididir.¹⁶ Olası kastta ne neticenin gerçekleşeceğine yönelik doğrudan kastta olduğu gibi kesin bir bilgi bulunmakta, ne de maksatta olduğu gibi neticenin gerçekleşmesi çabalanmaktadır. Olası kastta fail korunan hukuki değer tehlikeye düştüğünün farkındadır.¹⁷

Olası kast - bilinçli taksir ayrımı Alman ceza hukuku doktrininde oldukça tartışmalıdır. Alman hukukundaki görüş ayrılıklarının merkezinde olası kasttaki isteme unsurunun vazgeçilebilirliği bulunmaktadır.¹⁸ Bu konuda

¹⁰ ÖZGENÇ, s. 252-253.

¹¹ ÖZGENÇ, s. 253

¹² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 156 vd.

¹³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 158; AKBULUT, 398.

¹⁴ Bkz. ARTUK/GÖKÇEN, s. 323 vd.; HAKERİ, s. 232 vd.; ÖZBEK/KORAY/BACAĞIZ/TEPE, s. 238 vd.; DEMİRBAŞ, s. 372 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 365 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 259 vd.

¹⁵ WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, §7 Kn. 333

¹⁶ KREY/ESSER, AT, § 12 Kn. 386; SATZGER, Jura 2008, s. 116: Alman Hukukunda kast, maksat (Absicht), doğrudan kast (Wissentlichkeit) ve olası kast (bedingter Vorsatz) olarak üç kategoride incelenmektedir. Maksatta isteme unsuru, doğrudan kastta ise bilme unsuru yoğundur. Maksatta (Absicht) failin hareketinin amacı tipik neticenin gerçekleştirilmesine yönelik olmalıdır. Doğrudan kastta (Wissentlichkeit) ise fail hareketinin tipik neticeyi gerçekleştireceğini bilmektedir veya kesin olarak öngörmektedir.

¹⁷ JESCHECK/WEIGEND, AT, § 29, s. 299.

¹⁸ KÜHL, AT, § 5 Kn. 54 vd.; JAKOBS, AT, § 8 Kn. 8.

Türk doktrini de Alman doktrininden çok da farklı değildir.¹⁹ Türk doktrininde bazı yazarlar olası kastta isteme unsurunun söz konusu olmadığı görüşünü savunmaktadır.²⁰ Bu çalışmada Alman suç teorisindeki görüşler esas alınarak olası kast bilinçli taksir ayrımı incelenecektir.

Olası kastın kabul edilebilmesi için asgari olarak failin neticenin gerçekleşebileceğini mümkün olarak görmesi aranmaktadır. Bilme unsurundaki bu koşul Alman doktrininde kabul görmektedir. Tartışmalı olan bilme tarafındaki bu koşulun nitelendirilmesi, diğer bir ifade ile hangi özellikleri taşıması gerektiğidir. Olası kastın varlığı için isteme unsurunun eklenmesi gerekip gerekmediği de tartışmalıdır.²¹ Alman doktrinindeki baskın görüşe göre olası kast ile bilinçli taksir bilme alanında birbirleriyle kesişmektedirler. Zira her ikisinde neticenin gerçekleşeceği fail tarafından mümkün olarak görülmektedir.²²

Alman doktrinindeki olası kastın tanımına ilişkin görüşler iki grupta incelenebilir: **“bilme teorileri” (“Wissenstheorien”)** ve **“isteme (irade) teorileri” (“Willenstheorien”)**.²³ İlk grup olası kastı sadece bilme unsuruna göre tanımlarken, ikinci grup bilme unsuruna isteme unsurunu da dahil etmektedir.²⁴ Konunun daha iyi anlaşılması açısından bu farklı teoriler aşağıda Alman hukukundaki teorik tartışmaların başlangıcı olan meşhur Deri Kemer Olayı (Lederriemenfall) üzerinden ortaya konacaktır.

Olası kast ve bilinçli taksir ayrımı sadece Alman doktrini ve uygulamasında değil Türk doktrini ve uygulamasında da oldukça tartışmalıdır. Bu zor ayrım sorunu bu çalışmada Alman ve Türk uygulamasındaki mahkeme kararları ışığında daha yakından incelenmeye çalışılacaktır.

¹⁹ Bu konuda bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, 15. Bası, s. 262 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 155 vd.; AKBULUT, s. 411 vd.

²⁰ Örneğin, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 155. Yazarlara (s. 155) göre, “olası kastta da neticenin istenmesi aranmamaktadır. Aksine neticenin gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen fiilin işlenmesi yeterli görülmektedir.”

²¹ SATZGER, Jura 2008, s. 117.

²² HEINRICH, Strafrecht AT, § 12 Kn. 295 vd.

²³ Bkz. SATZGER, Jura 2008, s. 117; HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 1 vd.; KÜHL, AT, § 5 Kn. 46: “Vorstellungstheorien” ve “Willenstheorien”.

²⁴ KÜHL, Strafrecht AT, § 5 Kn. 54 vd.; KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 11 vd.

II. Kast ve Taksir ayrımına ilişkin Alman Uygulamasından Örnekler

1. Deri Kemer Olayı

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin “Deri Kemer Olayı” (“Lederriemenfall”) hakkında verdiği karar yayınlandığı tarihten bugüne kadar ders kitaplarında olası kasta ilişkin emsal karar olarak yer verile gelmiştir.²⁵ Federal Yüksek Mahkemenin bu konudaki görüşü hala içtihatları etkilemektedir.²⁶

O zamanlar Alman ceza hukukçusu Karl Engisch, Federal Yüksek Mahkemenin bu kararının kastın sınırları hakkında yeni tartışmaların başlangıç noktası olabileceğini söylemekte haklıydı; ki, öyle de oldu.²⁷ Bu sebeple ilk önce bu kararın incelenmesi yerinde olacaktır. Olayın oluş şekli şu şekildedir:

K ve J, en az birer elbise ve kiralari için gerekli parayı elde etmek amacıyla ortak tanıdıkları M’yi gasp etmeye karar verirler. Bu amaçlarına ulaşmak için M’ye karşı güç kullanarak onu karşı koyamayacak hale getirip evindeki eşyaları rahatça almak istemektedirler.

M’nin karşı koymasını önlemek için ne yapabileceklerini düşünürler ve ilk olarak ona uyku hapi verip uyutma fikri akıllarına gelir. Ancak bu girişimleri başarısız olur. Daha sonra K, deri bir pantolon kemeri ile M’nin boğazını sıkmayı, onu bağlamayı ve ağzını tıkamayı önerir. J de bu öneriyi kabul eder. Her iki fail de mağdurun boğazını bu şekilde sıkarak M’nin bilincini kaybetmesinin de ötesinde ona ciddi zararlar verebileceklerini, hatta M’nin ölümüne sebebiyet verebileceklerini öngörürler.

8 Şubat 1954 tarihindeki ziyaret sırasında K, J’nin de bulunduğu sırada, planlarını gerçekleştirmek ister. Fakat cesaret edemez ve kemeri J’ye verir. Ancak J’de bir şey yapmaz.

Sanıklar planlarından tam olarak vazgeçmezler. Ancak J, M’nin boğazını deri kemerle sıkılmaları gerektiğini söyler. Çünkü sanıklar, M’nin sadece bilincini kaybetme tehlikesini değil, aynı zamanda ölebileceği tehlikesini de öngörmüşlerdir. Bu sebeple J, M’yi kum torbasıyla bayıltma fikrini öne sürer ve K da bu teklifi kabul eder. Her iki sanık da kum torbasının mağdurun kafasına çarpmasıyla kafasının şeklini alacağından ve bu yüzden de mağdurda ciddi yaralanmalar meydana gelmeyeceğini düşünürler.

²⁵ BGHSt 7, 363 = NJW 1955, 1688.

²⁶ PUPPE, HRRS 2018, s. 393.

²⁷ ENGISCH, NJW 1955, s. 1688.

15 Şubat 1954 günü akşamı sanıklar M'yi ziyaret eder. J kum torbasını cebine koymuş, K da, J'nin haberi olmadan kendi kararıyla her ihtimale karşı deri kemeri yanında getirmiştir. Sanıklar o gece M'de kalmak için ricada bulunurlar; M'de bu ricayı kabul eder. K, M'nin odasında, J ise diğer bir odada uyurlar.

Sabaha karşı saat 4'e doğru J, K'nın yanında kum torbasıyla M'nin kafasına kuvvetli bir şekilde iki kez vurur. Darbeler istenen etkiyi göstermez ve M uyanır. Bir sonraki vuruşta ise kum torbası patlar. M yataktan kalkar ve J ile boğuşmaya başlar. K bu sırada deri kemeri getirir. K, M'ye arkadan yaklaşır ve deri kemeri arkadan onun kafasına geçirir. Kemer önce M'nin çenesine takılır. Bu ana kadar M, K'nın da saldırının içinde olduğunu bilmemektedir. J kendisinin de önceden deri kemer ile ilgili bildiği plana yardım etmek için M'nin ellerini ve kollarını bastırmasıyla M'yi beraber yatağa atarlar.

Burada J, M'nin kollarını tutarken K kemeri tekrar M'nin kafasına geçirir ve kemer bu defa M'nin boynuna takılır. Sonra her ikisi de kemerin birer ucundan tutarak tüm güçleriyle, M'nin kolları düşünceye kadar çekerler. M kalkmaya çalışırken J, M'nin üzerine sırtıyla atlar ve onu aşağı doğru bastırır. K, M'nin boğazını tekrar kemer ile sıkarak, K, M hareket etmeyi bırakıncaya ve ses çıkaramayıncaya kadar kemeri sıkmaya devam eder. J bunu fark edince, K'ya bırakması için bağıırır. Bunun üzerine K, M'nin boğazını sıkmayı bırakır. M'nin ellerini bağlayan sanıklar arkasından mağdurun kıyafetleri ve eşyalarında arama yapmaya başlarlar. Sonrasında tekrar M'ye bakarlar ve M'nin hayatta olup olmadığı konusunda endişeye kapılırlar. Mağduru yeniden canlandırmaya çalışırlarsa da bu işe yaramaz. Arkasından evden ayrılırlar.

Failler olayda mağdurun ölümünü amaçlamadıkları gibi kesin olarak ölümün gerçekleşeceğini de bilmemektedirler. Bu nedenle faillerin, ne maksatla (Absicht) ne de doğrudan kast ile (Wissentlichkeit) ile hareket etmeleri söz konusu değildir. Olayda kast ve taksir arasında sınırda kalan bir durum söz konusudur. Burada tartışılan sorun olayda faillerin olası kastla öldürme ile mi, yani Alman CK § 211'e göre kasten öldürmenin nitelikli hali mi, yoksa § 222'ye göre taksirle öldürme ile mi hareket ettikleri hususuydu.

Federal Yüksek Mahkemesi'nin olay hakkında verdiği kararın gerekçesine geçmeden önce, olayı Alman doktrinindeki farklı çözüm yollarına göre inceleyeceğiz. Yukarıda da bahsedildiği gibi olası kasta ilişkin görüşler **“bilme” (Wissenstheorien)** ve **“irade” (Willenstheorien)** teorileri olarak ikiye ayrılmaktadır. Bilme teorileri de temelde **“imkan teorisi”**

(Möglichkeitstheorie), “ihtimal teorisi” (Wahrscheinlichkeitstheorie) ve “risk teorileri” (Risikotheorien) olarak üçe ayrılmaktadır.²⁸ Yukarıda da bahsedildiği gibi bilme teorileri olası kastı sadece bilme unsuru açısından ele almaktadırlar.

Olayda **imkan teorisi (Möglichkeitstheorie)**²⁹ ve **ihtimal (olasılık) teorisi (Wahrscheinlichkeitstheorie)**³⁰ benzer sonuca varmaktadır. Olası kastın varlığı için en az koşulu imkan teorisi aramaktadır.³¹ Bu teoriye göre fail, neticenin gerçekleşmesini **mümkün olarak görmüş** olmasına rağmen hareketi icra etmesi halinde olası kast bulunmaktadır. Ancak failin neticenin gerçekleşmesini soyut olarak mümkün görmesi yeterli olmayıp, **somut olarak mümkün görmesi** gerekir.³² Fail neticenin gerçekleşme ihtimalini somut olarak kavramış ve yine de fiili işleme kararını gerçekleştirmiş ise, ayriyeten özel bir iradi fiil aranmaksızın korunan hukuki değere karşı karar vermiştir.³³ Somut olarak mümkün görmeden bahsedebilmemiz için ise; failin, neticenin gerçekleşeceğine dair belirli dayanak noktaları bulunmalıdır. Bu görüşe göre; olası kastta isteme unsurunun önemi yoktur.³⁴ Ancak fail, bilinçli taksirde de neticenin gerçekleşmesini mümkün olarak gördüğü için imkan teorisini esas alarak olası kastı bilinçli taksirden ayırmak oldukça zordur.³⁵

Olayımızda failler neticenin ölüm ile sonuçlanabileceği somut ihtimalini öngörmüşlerdir. Ancak bu durum onları mağdurun boğazını deri kemer ile sıkmaktan alkoymamıştır ve böylece imkan teorisine göre failler kasten (olası kast ile) hareket etmişlerdir.

İhtimal teorisi (Wahrscheinlichkeitstheorie), imkan teorisine (Möglichkeitstheorie) kıyasen olası kastın bilme tarafında daha yüksek

²⁸ KÜHL, Strafrecht AT, § 5 Kn. 45

²⁹ Türk hukukunda bu teori ile ilgili olarak bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 173; BOZBAYINDIR, s. 289 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 265, bu teoriyi “olanak teorisi” olarak adlandırmaktadır.

³⁰ Türk hukukunda bu teori için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, 12. Bası, s. 173; BOZBAYINDIR, Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları, s. 123; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 265. Türk hukukunda bu teori, BOZBAYINDIR tarafından “ihtimal teorisi“, ÖZTÜRK/ERDEM tarafından ise “olasılık teorisi” olarak adlandırılmaktadır.

³¹ KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 14

³² SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, s. 241 vd.; KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 16; Freund, Strafrecht AT, § 7 Kn. 70.

³³ SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, s. 241, 249.

³⁴ KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 16; ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 41 vd.

³⁵ JESCHECK/WEIGEND, AT, § 29, s. 302.

koşullar arayarak imkan teorisini geliştirmeye çalışmaktadır.³⁶ Buna rağmen iki teori birbirinden çok da uzak değildir. Aralarındaki fark daha ziyade terminolojik anlamdadır.³⁷ İhtimal teorisine göre fail, neticenin gerçekleşmesini **muhtemel (wahrscheinlich)** olarak görmesi (addetmesi) halinde olası kast ile hareket etmiştir. “Muhtemel” (“wahrscheinlich”) terimi, “mümkün görme”den (“möglich”) daha yoğun, “kuvvetle muhtemel”den (“überwiegend wahrscheinlich”) daha hafif olarak anlaşılmalıdır.³⁸ Olayımızda failler neticenin meydana gelebileceğini sadece mümkün olarak değil, mümkünden daha fazla yani muhtemel olarak görmüşlerdir. Bu netice, faillerin mağdurun ölümünü engellemek yönündeki çabalarından anlaşılmalıdır. Dolayısıyla sonuç olarak ihtimal teorisi de Deri Kemer Olayında faillerin olası kast ile fiili işlediklerini kabul etmektedir.³⁹

Bilme teorilerinde son grup olarak “**risk teorileri**” (“**Risikothorien**”) de bu olayda olası kast sonucuna ulaşmaktadır. Risk teorileri altında birçok farklı görüşler bulunmaktadır. Burada hepsini incelemek oldukça uzun olacağından çalışmamızda bazılarına değinilmekle yetinilecektir. Bu görüşü savunanlardan **Herzberg**'e göre fail, neticenin gerçekleşmesi açısından **müsaade edilmeyen/ izin verilmeyen (unerlaubt)** ve aynı zamanda **korumasız (unabgeschirmt) tehlikeyi** öngörmüş ve yine de hareketi icra etmiş olması halinde olası kast ile hareket etmiştir.⁴⁰ Yazara göre, fiilin işlenmesi sırasında veya işlenmesinden sonra neticenin gerçekleşmemesi için şans veya tesadüfün tek başına veya büyük bir oranda araya girmesi gerekiyorsa ancak bu durumda bir tehlike “korumasız” (“unabgeschirmt”) olarak kabul edilebilir.⁴¹

Yukarıdaki olayda da failler, mağdurun boğazını sıkılamakla tipikliğin gerçekleşmesini öncesinden kendilerinin de bildiği, korumasız bir tehlike (unabgeschirmt Gefahr) oluşturmuşlardır. Buna rağmen hareketlerine devam etmişler ve bu yüzden de olası kast ile hareket etmişlerdir.⁴²

Diğer taraftan **isteme teorileri (Willenstheorien)**, bilme teorilerinden (Wissenstheorien) farklı olarak kast ile taksiri birbirinden ayırırken kastın sadece bilme unsurunu değil, aynı zamanda isteme unsurunu

³⁶ SATZGER, Jura 2008, s. 117.

³⁷ KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 17.

³⁸ MAYER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, s. 121.

³⁹ Bkz. ROXIN, JuS 1964, s. 55; HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 1 vd.

⁴⁰ HERZBERG, JZ 1988, s.639.

⁴¹ HERZBERG, JZ 1988, s. 642.

⁴² HERZBERG, JuS 1986, s. 251 vd.

da dikkate almaktadırlar.⁴³ İsteme teorileri, **kayıtsız kalma teorisi (Gleichgültigkeitstheorie)**, **ciddiye alma teorisi (Ernstnahmetheorie)**, **razı olma (kabullenme) teorisi (Billigungstheorie)** ve **neticeyi önleme teorisi (Vermeidungstheorie)**'dir.⁴⁴

Kayıtsız kalma teorisi, failin neticenin gerçekleşmesine yönelik olan içsel tutumlarına (tavırlarına), yani failin neticenin gerçekleşmesine karşı **kayıtsızlığına (gleichgültig)** dayanır. Bu teoriye göre; gerçekleşmesi mümkün olarak görülen netice karşısında failin korunan hukuki değere karşı kayıtsız kalarak göze alması halinde olası kast vardır.⁴⁵ Bu teori çok dar, tek taraflı ve fazla duygulara bağlı olarak olası kastı bilinçli taksirden ayırmaya çalıştığı için Alman doktrininde eleştirilmektedir.⁴⁶ Doktrinde, “netice karşısındaki kayıtsızlığın” failin neticeyi kabul ettiğine dair indikatör olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir.⁴⁷ İncelediğimiz olaya geri dönecek olursak; K ve J, M'nin ölümü karşısında kayıtsız (ölürse ölsün) değildiler. Aksine M'nin ölümü her ikisi için de istenmeyen bir durumdur. Bu sonuca mağduru yeniden canlandırmaya çalışmalarından ve başta kum torbası ile denemeleri ve işe yaramaması sebebiyle son çare olarak mağdurun boğazını deri kemer ile sıkmalarından ulaşılmaktadır. Dolayısıyla bu teoriyi takip edersek, olayda faillerin olası kast ile değil bilinçli taksirle hareket ettiklerini söyleyebiliriz.^{48,49}

Diğer taraftan Alman doktrininde ağırlıkta olan **ciddiye alma teorisi (Erstnahmetheorie)** olası kastın varlığı için bilme unsurunda, failin neticeyi sadece öngörmüş olmasını yeterli görmeyip, aynı zamanda neticeyi “**ciddi olarak mümkün görmesini**” (**ernstlich für möglich halten**) de aramaktadır.⁵⁰ Bu görüşe göre, bilme unsuru açısından fail, tehlikenin büyüklüğünü ve

⁴³ Bkz. KÜHL, Strafrecht AT, § 5 Kn. 54 vd.; KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 11 vd.

⁴⁴ Bu teorilerin Türkçe karşılıkları için bkz. KARAASLAN, s. 216; HEINRICH, Ceza Hukuku Genel Kısım – I, Editör, Yener Ünver, Ankara 2012, s. 189-190.

⁴⁵ STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: Schönke/Schröder, 24. Bası, § 15 StGB, Kn. 84; ENGISCH, NJW 1955, s. 1689.

⁴⁶ Bkz. RENGIER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 24 vd.; ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 40; WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht AT, § 7 Kn. 338.

⁴⁷ ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 40.

⁴⁸ ENGISCH, NJW 1955, s. 1689 vd.; ayrıca bkz. ROXIN, JuS 1964, s. 54, 56.

⁴⁹ ROXIN (Strafrecht AT, § 12 Kn. 40), ENGISCH'in, Deri Kemer Olayında kayıtsız kalma teorisini esas alarak bilinçli taksire ulaşmasını eleştirmektedir.

⁵⁰ KREY/ESSER, AT, § 12 Kn. 391; GEPPERT, Jura 2001, s. 57.

yakınlığını tanımış, öngörmüş olmalıdır.⁵¹ İsteme unsuruyla ilgili olarak da failin, neticeyi **kabullenmiş (sich abfinden)** olması aranmaktadır. Fail, amaçladığı hedefine ulaşmak için hareketinin sonuçlarını kabullenir ve gerçekleşip gerçeklemeyeceği tam belli olmayan neticeye katlanır. Buna karşın bilinçli taksirde ise fail, neticenin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen neticenin gerçekleşmeyeceğine **ciddi olarak güvenmektedir (fest vertrauen)**.⁵²

Buradaki olayda failler, deri kemer ile M'nin boğazını sıkmakla onun ölümüne yol açabilecekleri ihtimalinin açıkça farkındadırlar. Bu sebeple ilk önce daha az tehlikeli bir yol olan kum torbasını kullanmayı seçmişlerdir. Ancak bu başarısız olunca eski planları olan deri kemere geri dönmüşlerdir. Failler, yağmadan vazgeçmek istememişler ve mağdurun eşyalarını ne pahasına olursa olsun almak istemişlerdir. Mağdurun ölümü onlar için rahatsız edici olsa da bu muhtemel neticeyi tercih ederek kabullenmişlerdir.⁵³ Bu gerekçe ile ciddiye alma teorisi de olayda olası kastın varlığı sonucuna ulaşmaktadır.

Neticeyi önleme teorisi (Vermeidungstheorie) olası kastı bilinçli taksirden, failin neticenin gerçekleşmesini mümkün olarak görmesi ve aynı zamanda neticeyi önlemek için **önleme iradesi (Vermeidungswille)** ile karşı tedbirler (gegenwirkende Faktoren) alıp almamasına göre ayırmaktadır. Ayrımdaki kriter **“ciddi anlamdaki önleme çabaları”dır (“ernsthafte Vermeidensbemühungen”)**.⁵⁴ Failler de Deri Kemer Olayı'nda mağduru öldürmeyi değil, sadece mağdurun karşı koymasını önlemek (bilincini kaybetmesini) istemişlerdir. M'nin ölümünden kaçınmak için de kemer ile boynunu sıkarken ölmeyecek şekilde ayarlayarak sıkmışlardır. Bu şekilde boğmanın dozunu ayarlamaları önleme iradesi olarak kabul edilip olayda bilinçli taksire ulaşıp ulaşılamayacağı tartışmalıdır. Bir taraftan faillerin boğmanın dozunu boğulmayı engelleyecek şekilde ayarladıklarına inandıkları yani en azından önleme iradelerini gösterdikleri savunulabilir. Çünkü faillerin hareketleri ölüm neticesini (Nebenfolge) önlemeye yönelikti.⁵⁵ Bu gerekçe ile neticeyi önleme teorisi takip edildiğinde olayda bilinçli taksirin

⁵¹ JESCHECK/WEIGEND, AT, § 29, s. 299 vd.

⁵² WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht AT, § 7 Kn. 339 vd.; JESCHECK/WEIGEND, AT, § 29, s. 299 vd.; KREY/ESSER, AT, § 12 Kn. 391.

⁵³ JESCHECK/WEIGEND, AT, § 29, s. 300, ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 21 vd.; ROXIN, JuS 1964, s. 59.

⁵⁴ KAUFMANN, ZStW 70 (1958), s. 64 vd., 74; KÜHL, § 5 Kn. 81; ROXIN, § 12 Kn. 53 vd.

⁵⁵ STRATENWERTH, ZStW 71 (1959), s. 62.

kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Öte yandan failer neticeyi önlemeye yönelik karşı tedbirler almış ve boğmanın dozunu neticenin gerçekleşmeyeceği şekilde ayarlamaya çalışmış olsalar da, önleme çabalarının muhtemelen başarısız olacağına farkındaydılar. Dolayısıyla diğer bir görüşe göre; olayda failerin olası kast ile öldürmeden dolayı sorumlu tutulması gerekir.⁵⁶ Burada da görüldüğü gibi neticeyi önleme teorisindeki önerilen kriterler, her olayda doğru bir sonuca ulaştırmayabilir. Çünkü failin, her olayda neticeyi önleme imkanı olmayabilir. Alman doktrinindeki bazı yazarlara göre neticeyi önleme teorisindeki önerilen kriterler olası kastın belirlenmesinde indikatör olarak dikkate alınabilir. Bu kapsamda failin neticeyi önleme çabası neticeyi kabullenip kabullenmediğine ilişkin bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁷

Federal Yüksek Mahkeme olayla ilgili 22.04.1955 tarihli kararında failerin olası kast ile hareket ettiği sonucuna varmıştır.⁵⁸ Federal Yüksek Mahkeme'ye göre olayın oluş şekli M'nin ölümünün failer için oldukça istenmeyen/arzu edilmeyen bir durum olduğu görülmektedir. Federal Yüksek Mahkeme önceki kararlarındaki gibi olası kast ve bilinçli taksiri birbirinden ayırıcı kriter olarak **“razı olma”(billigen) kriterini** kabul etmiş olsa da razı olmanın neticenin failin isteklerine uygun olması anlamına gelmeyeceğini vurgulamıştır. Olası kast, netice fail tarafından arzu edilmediğinde de kabul edilmelidir. Sonuç olarak Federal Yüksek Mahkemeye göre olayda failer neticeye **hukuki anlamda razı olmuşlardır (billigen im Rechtsinne)**. Federal Mahkeme hukuki anlamda razı olmayı bu kararda ilk defa şu şekilde formüle etmiştir: Eğer fail, istediği hedefe ulaşmak için, gerektiğinde, yani hedefe başka türlü ulaşamayacaksa, hareketinin aslında istemediği (arzu etmediği) bir neticeye sebep olmasına da razı olur (sich damit abfindet) ve bununla neticenin ortaya çıkmasını istemiş olduğu kabul edilir. Mahkemeye göre olası kast ile bilinçli taksir arasındaki fark, bilinçli taksirde failin neticenin meydana gelmeyeceğine güvenmesidir.⁵⁹

Sonuç olarak Federal Yüksek Mahkeme'ye göre failer her ne pahasına olursa olsun M'nin değerli eşyalarını elde etmek istemişlerdir. Her ne kadar

⁵⁶ KÜHL, AT, § 5 Kn. 83; ROXIN, Strafrecht AT, § 12, Kn. 54; HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 12.

⁵⁷ ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 53.

⁵⁸ BGH (Federal Yüksek Mahkeme), 22.04.1955 – 5 StR 35/55 = BGHSt 7, 363; NJW 1955, 1688.

⁵⁹ BGHSt 7, 363 = NJW 1955, 1688.

bunu M'ye en az zarar verecek şekilde yapmak isteseler de, bu işe yaramayınca en sonunda tehlikeli yolu seçmek yoluna gitmişlerdir. Kum torbasını deneyip başarısız olunca önceden hayati tehlikeyi bildikleri kemer ile boğma yoluna başvurmaya karar vermişlerdir. Öncekinin (kum torbasının) aksine mümkün olarak gördükleri neticenin gerçekleşmeyeceğine dair güvenlerinden değil, M'nin ölümüne yol açsa dahi hiçbir şekilde eşyalardan vazgeçmek istememelerinden dolayı bu yola gitmişlerdir. Federal Yüksek Mahkeme bu gerekçeye dayanarak olayda faillerin ölüm neticesine razı oldukları ve olası kast ile hareket ettikleri sonucuna varmıştır.

Doktrinde Federal Yüksek Mahkemenin Deri Kemer Olayı'ndaki bu kararı ile olası kast - bilinçli taksir için belirleyici kriter olarak "razı olma"den vazgeçmemesi eleştirilmiştir.⁶⁰ Öte yandan "neticenin arzu edilmesi"nin (Erwünschtheit des Erfolges) Federal Yüksek Mahkemece olası kast – bilinçli taksir ayırımında artık bir kriter olarak kabul edilmemesi doktrinde neredeyse herkes tarafından olumlu karşılanmıştır.⁶¹

Neredeyse kayıtsız kalma teorisi haricindeki tüm teoriler Deri Kemer Olayı'nda - farklı gerekçelere dayandırarak da olsa - olası kastı kabul etmişlerdir. Ancak biz burada Alman doktrinindeki ağırlıklı görüş olan ciddiye alma teorisini takip etmenin daha doğru olduğu görüşündeyiz. Yukarıda belirtildiği üzere ciddiye alma teorisi bilme unsuru açısından failin neticenin meydana gelmesini **ciddi olarak mümkün görmesini** ve isteme unsuru açısından da failin bu neticeyi **kabullenmiş** olmasını aramaktadır.

2. AİDS Olayları

1980'lerin sonunda AİDS-kararları, Deri Kemer Olayından sonra olası kast bilinçli taksir arasındaki ayırım ile ilgili tartışmaları yeniden başlatmıştır.⁶²

Federal Yüksek Mahkemenin 1988'deki ilk AİDS kararındaki sorun, HIV virüsü taşıdığını bilmesine rağmen başkalarıyla korunma tedbiri olmaksızın cinsel ilişkiye giren kişinin ceza sorumluluğu idi. Olaya ilişkin görüşler öldürmeye teşebbüsten cezasızlığa kadar uzanıyordu. Hangi suç tipinin gerçekleştiği tartışmalarının yanı sıra bir diğer sorun, olayda öldürme veya yaralama kastının bulunup bulunmadığı hususuydu. Doktrinindeki bilimsel

⁶⁰ Bkz. ROXIN, JuS 1964, s. 56.

⁶¹ KÜHL, AT, § 5 Kn. 58.

⁶² Bu konudaki Federal Yüksek Mahkeme kararları için bkz. BGH 4.11.1988 – 1 StR 262/88, BGHSt 36, 1; BGH 12.10.1989 – 4 St R 318/89, BGHSt 36, 262.

tartışmaların yanında, bu kararda suç politikasına ilişkin görüşler de etkili olmuştur.⁶³

Federal Mahkeme 04.11.1988 tarihli kararıyla, korunmasız cinsel ilişkide bulunduğu için AİDS virüsü (HIV) taşıyan failin, **kasten yaralamanın nitelikli haline teşebbüsten** cezalandırılmasını kabul etmiştir. İlk AİDS kararında olayın oluş şekli kısaca şu şekildedir⁶⁴:

Sanık 1989 yılında kendi isteği ile yaptırdığı AİDS testinde kendisine HIV-Virüsü bulaştığını öğrenir. Fail, doktor tarafından, tedbir almaksızın, yani korunmaksızın cinsel ilişkiye girmesi durumundaki bulaşma riski hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilir. Doktor ayrıca hayatının sonuna kadar virüsün bulaşıcı olduğu, partneriyle korunmasız ilişkiye girmemesi gerektiği hususlarında da sanığı bilgilendirir.

Tüm bunlara rağmen fail, hastalığı hakkında karşı tarafı bilgilendirmeksizin homoseksüel partnerle ilk başta korunmasız ancak ereksiyondan önce korunmalı olarak cinsel ilişkiye girer. Daha sonrasında yapılan muayenelerde partnerlerinde HIV-Virüsüne rastlanmaz.⁶⁵

Deri Kemer Olayında olduğu gibi Federal Yüksek Mahkeme bu olayda da arzu edilmeyen neticenin de istenebileceği sonucuna varmıştır.⁶⁶ Federal Yüksek Mahkemenin olası kast ve bilinçli taksir ayırımındaki süreklilik arz eden içtihadına göre fail, suçun kanuni tanımda yer alan neticenin gerçekleşmesini mümkün ve gerçekleşmesi ihtimalinin çok uzak olmadığını öngörmüş ve bu neticeyi, gerçekleşmesini göze alarak veya en azından ulaşmak istediği hedef için kabullenerek onaylamışsa fail olası kast ile hareket etmiştir; neticenin meydana gelmesinin bizatihi arzu edilmemiş olması sonucu değiştirmeyecektir. Buna karşılık fail, mümkün olarak gördüğü neticeyi kabullenmemiş ve sadece belli belirsiz bir şekilde değil (nicht nur vage), ciddi olarak gerçeklemeyeceğine güvenmiş (ernsthaft vertrauen) ise artık bu durumda bilinçli taksirin varlığı kabul edilmelidir.

Bu olayda öldürme kastını ilk derece mahkemesi gibi Federal Yüksek Mahkeme de kabul etmemiştir. Federal Yüksek Mahkeme gerekçesinde; öldürme kastı açısından yaralama kastına göre aşılması gereken daha yüksek

⁶³ FRISCH, JuS 1990, s. 362 vd.; SCHÜNEMANN, JR 1989, s. 89 vd.

⁶⁴ BGHSt 36, 1= NJW 1989, s. 781.

⁶⁵ Olay için bkz. ROXIN, (HRR), Olay No. 8; PUPPE, AT, § 9, Kn. 22.

⁶⁶ KÜHL, AT, § 5, Kn. 58.

bir psikolojik eşik (eine viel höhere Hemmschwelle) bulunduğu işaret etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme olayda bu psikolojik sınırın aşıldığını tespit edememiştir. Mahkeme kararında, AİDS'in değişiklik gösteren ve duruma göre uzun bir kuluçka döneminden sonra ortaya çıkması, sanığın, birçok AİDS hastası gibi, AİDS'in bu süre içinde tedavisinin bulunacağı ve kendisinde ve bulaştırmış ise partnerinde tedavinin bulunmasından sonra AİDS hastalığının ortaya çıkacağı ümidini taşıması gerekçeleri ile ölümcül bir neticenin sanık tarafından onaylanmış olduğunu şüpheli bulmuştur. Yukarıda belirtildiği gibi kasten yaralamaya teşebbüsü kabul etmiştir.

Federal Yüksek Mahkemenin bu kararı doktrinde yoğun bir şekilde eleştirilip tartışılmıştır. Öldürme kastından önce burada öncelikle incelenmesi gereken husus, sonradan ortaya çıkan geç neticelerin faile objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği sorunudur. Doktrindeki bir görüşe göre; sonradan ortaya çıkan bu neticenin faile isnadı, korunma tedbirlerinin gereklerine uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığına bakılarak karar verilmelidir. Olayda fail, ilişkinin sonuna doğru ereksiyondan önce korunma tedbirine başvurduğu ve bu nedenle gerekli tedbirleri özenli ve eksiksiz bir şekilde yerine getirmediği için netice, daha doğrusu tehlike, faile objektif olarak isnad edilebilecektir.⁶⁷

Olayda öldürme kastının reddi doğrudur; çünkü düşük enfeksiyon ihtimaline karşı olası kastın kabul edilmesi oldukça çok ağır olurdu.⁶⁸ Bununla birlikte, Federal Yüksek Mahkemenin ret gerekçesine tam olarak katılmak zor gözükmektedir. Çünkü öldürme kastına ulaşmak için daha yüksek bir eşığe dayanılması (höhere Hemmschwelle)⁶⁹ burada yerinde değildir; öyle ki HIV virüsünün bulaşması halinde muhtemelen her zaman ölüm ile

⁶⁷ KNAUER, GA 1998, s. 439 vd.

⁶⁸ PUPPE, AT, 4. Bast, § 9 Kn. 25.

⁶⁹ Federal Yüksek Mahkemenin takip ettiği **eşik teorisine (Hemmschwellentheorie)** göre öldürme suçlarında kastın ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Zira öldürme kastında, yaralama kastı (Verletzungsvorsatz) ve tehlikeye düşürme kastına (Gefährdungsvorsatz) göre aşılması gereken daha yüksek bir eşik bulunmaktadır. Esasında eşik teorisi, öldürme (olası) kastının aceleye getirerek kabulünü engellemek amacı ile kabul edilmiştir. Ancak bu durum uygulamada, sınırdaki olaylarda çoğunlukla öldürme kastının, özenli ve kapsamlı bir delil değerlendirmesi sonucuna göre değil, söz konusu yüksek eşığe genel bir atıfla reddine yol açmıştır. Doktrinde eşik teorisi ve uygulanması eleştirilmiştir. Federal Yüksek Mahkeme 22.03.2012 tarihi kararıyla Eşik Teorisinin anlam kapsamını oldukça daraltmıştır. Eşik teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. KREY/ESSER, AT, § 12 Kn. 389 vd.; BGH NStZ 1983, 407; BGH NStZ-RR 1996, 97; BGH StV 1982, 509; BGHSt 57, 183 (189) = BGH NStZ 2012, 384 (386); WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, §7 Kn. 345 vd. Bu konuda eleştiriler için bkz. GEPPERT, JURA 2001, s. 55 vd.; PUPPE, GA 2006, s. 65.

neticelendiğinden öldürme ve yaralama kastı (failen) birbiriyle çakışır. Öte yandan Federal Yüksek Mahkemeye göre; failin AİDS'e çare bulunacağını ummuş olması, o zamanın araştırmalarına göre oldukça belirsiz/dayanaksız bir umuttur ve süreklilik arz eden içtihatlarla göre kastı kabul etmemek için yeterli değildir.⁷⁰ Bugüne kadar da AİDS'e bir çare bulunamamıştır. Failin bir kez bile dayanmadığı ve ileri sürmediği bu durum oldukça belirsiz ve dayanaksız bir umuttur.⁷¹

Karardaki bir diğer sorun, olayda failin yaralama kastının bulunup bulunmadığına ilişkindir. Burada kasten değil de taksir ile yaralamanın kabul edilmesi halinde, yani failin muhtemel bir enfeksiyonu öngörmüş olması halinde, büyük ihtimalle fail cezasız kalacaktır. Çünkü pratikte enfeksiyonun kaynağını bulmak neredeyse imkansızdır. Olayımızda da virüs (enfeksiyon) failin partnerlerinde bulunmamıştır. Bu durumda teşebbüs açısından sorumluluk gündeme gelmektedir ve taksir ile işlenen filler açısından teşebbüs mümkün olmadığı için de fail cezasız kalacaktır.⁷²

Korunmasız cinsel ilişkiye girilmesi halinde AİDS virüsünün bulaşma riski o zamanki araştırmalara göre % 0.1'den % 1'e kadardır.⁷³ Buna karşılıklı bulaşma halinde ölüm ile neticelenmesi olasılığı ise oldukça yüksektir.⁷⁴ Bu düşük bulaşma riskine rağmen kastın bulunduğunu söylemek zordur. Burada failin her şeyin iyi gideceğine güvenmiş olduğunu kabul etmek daha uygun düşmektedir.

Olayı **imkan teorisine** (Möglichkeitstheorie) göre incelediğimizde olası kastın varlığı sonucuna ulaşılabilecektir. Çünkü bilme unsuru açısından bakıldığında, fail, doktoru tarafından bulaşma riski hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilmiştir; fail virüsün bulaşmasını mümkün olarak görmüştür. Diğer taraftan bir kerelik cinsel ilişki sonucunda virüsün bulaşma ihtimali yüksek olmadığı için ve fail virüsün bulaşmasını muhtemel olarak görmediği için **ihtimal teorisine** (Wahrscheinlichkeitstheorie) göre ise olası kast bulunmamaktadır.⁷⁵

⁷⁰ ROXIN, Strafrecht AT, § 12, Kn. 84.

⁷¹ ROXIN, Strafrecht AT, § 12, Kn. 84.; PUPPE, AT, § 9, Kn. 24

⁷² RENGIER, JURA 1989, s. 228; karşılaştır, PUPPE, AT, Kn. 24.

⁷³ PUPPE AT, § 6, Kn. 23; KNAUER, GA 1998, s. 440 vd.: Kondom kullanılması halinde virüsün bulaşma ihtimali (riski) sıfıra yakındır.

⁷⁴ SCHÜNEMANN, JR 1989, s. 93.

⁷⁵ HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 12.

Bu kararın risk teorisi açısından da incelenmesi yararlı olacaktır. Risk teorilerinin bir çeşidi olan **Puppe** tarafından geliştirilen **kast tehlikesi teorisine (Lehre von der Vorsatzgefahr)** göre, olası kast bilinçli taksir arasındaki ayırıcı kriter “*makul bir üçüncü kişinin değerlendirmesine tabi olarak farkına varılan tehlikenin boyutu*”dur. Bu görüşe göre bir tehlike, kendi içinde bakıldığında neticeyi meydana getirmeye elverişli bir yöntem ise kast tehlikesi (Vorsatzgefahr) olarak kabul edilmelidir.⁷⁶ Kast tehlikesi teorisi, burada düşük bulaşma olasılığını elverişli bir yaralama yöntemi olarak görmemektedir. Makul bir fail dahi neticenin meydana gelmesini kabullenmeden bu tehlikeyi göze alabilir. Sonuç olarak bu görüş olayda olası kastın varlığını kabul etmemektedir. Bu görüşe göre, Federal Yüksek Mahkemenin bu kararı eleştirel olarak ele alınmalıdır; çünkü kararda doktorun faile yaptığı bilgilendirme ve ikazlar kastın kabulünde tek emare (Indiz) olarak alınmıştır.⁷⁷

Buna karşın **Herzberg**, Federal Mahkeme gibi, olayda failin olası kast ile yaralamaya teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. Fail, partnerine hastalığı hakkında bir şey söylemeksizin korunmasız cinsel ilişkiye girmiştir. Böylece, korunmasız bir tehlikeye yol açmıştır. Ancak **Herzberg**'e göre sonradan ortaya çıkan geç neticeler burada faile isnat edilemez ve bu nedenle de fail öldürme suçundan sorumlu tutulamaz.⁷⁸

Mevcut olayda virüsün partnerine bulaşması karşısında fail kayıtsız (umursamaz) değildi. İlişkinin sonuna doğru da olsa koruyucu tedbire başvurması bunu göstermektedir. Bu nedenle **kayıtsız kalma teorisine (Gleichgültigkeitstheorie)** göre fail, olayda olası kast ile değil, bilinçli taksir ile hareket etmiştir.⁷⁹

Neticeyi önleme iradesi teorisine (Vermeidungstheorie) göre fail, kendisinden beklenebilen ve neticenin gerçekleşme riskini azaltmada oldukça etkili olan tedbirleri bilinçli olarak yerine getirmemesi, yani neticeyi önlemek için harekette bulunmaması sebebiyle olayda olası kastın varlığı kabul edilmelidir.⁸⁰

⁷⁶ PUPPE, NK, StGB, 5. Bası, § 15, Kn. 69.

⁷⁷ PUPPE, AT, § 9, Kn. 28 vd.

⁷⁸ HERZBERG, JuS 1987, s. 778 vd.

⁷⁹ HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 11 vd.

⁸⁰ HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 12; ayrıca bkz. KÜHL, AT, § 5 Kn. 81 vd.

Fail burada, ilişkinin sonuna doğru koruyucu tedbire başvurmuş olsa da bu hareketi (kondom kullanması) onun korunan hukuki değerini olası ihlalini reddeden kişisel bir karar içerisinde olduğunu gösteren bir indikatör olarak ele alınmalıdır.⁸¹ “İndikatör” (gösterge) den ne anlaşılması gerektiği hususu bu noktada ayrıca ele alınmalıdır. Zira olası kastın belirlenmesinde, failin dışı vurduğu davranışlarından iç dünyasındaki katılımının tespit edilmesi oldukça zordur. Burada kastın belirlenmesinde, hakime çeşitli indikatörlerin (İndikatoren) yardımcı olması gerektiği belirtilmektedir. Bu bahsedilen indikatörler, bilme ve isteme unsuru açısından farklılık göstermektedir. Olası kasttaki bilme unsurunun varlığının tespitindeki indikatörler şu şekilde sayılmaktadır: hareketin objektif tehlikeliliği ve failin bu tehlikeliliği öngörmesindeki zekası, olayın kişi tarafından öngörülebilirliği ve kestirilebilirliği, hareketi icra eden kişinin olayı idrak edebilmesi için sahip olduğu zaman. Karşı indikatör olarak, kişinin idrak yeteneğini etkileyen alkol veya uyuşturucu maddeler, kişinin somut olaydaki duygusal yükü gibi durumlar örnek olarak gösterilmektedir. İsteme unsuru için gösterilen indikatörler ise şunlardır: failin gerçekleştirdiği neticeyi önlemeye yönelik davranışları, failin kendisinin de yaralanma ihtimali, fail ile mağdur arasındaki duygusal yakınlık (mağdurun failin için önemli biri, sevdiği biri olması gibi), mağduru yeniden canlandırmaya çalışmak gibi olaydan sonra yapılan spesifik hareketler. Federal Yüksek Mahkeme, olaya bakan hakimlerden suçun maddi ve manevi unsurlarının tamamının birlikte dikkate alınmasını⁸² istemektedir.⁸³ İncelediğimiz olayda ise failin korunma tedbirine başvurması, olası kastın isteme unsuru açısından failin neticeyi kabul etmediğine dair bir indikatördür. Burada kişi, neticenin gerçekleşme (virüsün bulaşması) ihtimalini öngörmüş, ancak ciddiye almamış ve bu nedenle de neticeyi kabullenmemiştir; fail düşüncesiz (leichtsinig) bir şekilde virüsün bulaşmayacağına güvenmiştir. Bu gerekçeye dayanarak **ciddiye alma teorisine** (Ernstnahmetheorie) göre fail olayda olası kast ile değil bilinçli taksirle hareket etmiştir.⁸⁴

Özet olarak mevcut olayda, olası kast ile yaralamanın kabulü oldukça zor gözükmektedir. Failin, riskleri ve sonuçlarının farkında olmasına rağmen korunmasız cinsel ilişkiye girmesi tek başına failin bunları kabullendiği sonucuna varılması için yeterli değildir. Olası kastın kabulü için daha fazla

⁸¹ CANESTRARI, GA 2004, s. 226 vd.

⁸² “eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände”

⁸³ KÜHL, AT, § 5 Kn. 87.

⁸⁴ ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 27, 85; krş. KÜHL, AT, § 5, Kn. 75 vd.

bir gerekçelendirme gayretine ihtiyaç vardır.⁸⁵ Federal Yüksek Mahkeme neticenin gerçekleşmesi ihtimalinin çok daha yüksek olduğu olaylarda olası kastın varlığını kabul etmezken, burada neden kabul ettiğini anlamak zordur.⁸⁶ Mevcut olaydaki gibi olaylarda cezasızlık pek tatmin edici olmasa da, ceza hukukundaki bu boşluklar ceza hukuku dogmatikini manipüle ederek doldurulmaya çalışılmamalıdır.⁸⁷

3. Berlin Yasadışı Araba Yarışı Olayı

Son yıllarda, Almanya genelinde “yasadışı araba yarışları” gittikçe artmış ve bu yarışlar, yarışla ilgisi olmayan birçok üçüncü kişilerin yaralanması veya ölmesi ile neticelenmiştir.⁸⁸ Özellikle Berlin’de gerçekleşen yasadışı araba yarışı olayı tüm Almanya’da gündem olmuştur. Berlin Eyalet Mahkemesi (Landgericht) bu olay ile ilgili verdiği 27.02.2017 tarihli kararda, ilk defa bir yasadışı araba yarışında sürücüleri kasten öldürmenin nitelikli halinden ömür boyu hapis cezasına mahkum etmiştir.⁸⁹ O zamana kadar ki gerçekleşen diğer yasadışı araba yarışlarında, failer yalnızca taksirden dolayı sorumlu tutulmuşlardı.⁹⁰ Ancak yakın zamanda (01.03.2019) Federal Yüksek Mahkeme Hamburg’daki bir yasadışı araba yarışında, olayın gerçekleşme durumu Berlin olayından farklı olmakla birlikte, ilk defa yasadışı araba yarışı sürücüsü hakkında kasten öldürmenin nitelikli halinden kurulan mahkumiyet hükmünü onamıştır.⁹¹

⁸⁵ SCHNEIDER, in: MüKo-StGB, Cilt 4, 3. Bası, § 212 Kn. 56.

⁸⁶ ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 83; SCHNEIDER, in: MüKo-StGB, Cilt 4, 3. Bası, § 212 Kn. 56; PUPPE, AT, § 9, Kn. 28. Örneğin, Federal Yüksek Mahkeme 1987 yılında verdiği bir kararında, iş ile ilgili bir tartışma sırasında failin, mağdurun (yetişkin bir erkek) kafa, boyun ve ensesine 23 kez çekiçle vurduğu olayda olası kastın varlığını reddetmiştir: StV (Strafverteidiger) 1987 92.

⁸⁷ RENGIER, JURA 1989, s.229.

⁸⁸ Olayın kronolojisi için bkz. <http://www.berliner-zeitung.de/berlin/chronologie--tote-und-verletzte-bei-illegalen-autorennen-24693064>, erişim tarihi 26.02.20; Türk Yargıtayın yasadışı araba yarışları ile ilgili kararı için bkz. CK 29.03.2016, E. 2014/12-585, K. 2016/50; 12. CD, 02.03.2017, E. 2017/248, K. 2017/1603; 12. CD, 06.11.2014, E. 2013/26403, K. 2014/22089; 12. CD, 30.04.2014, E. 2013/18930, K. 2014/10543.

⁸⁹ LG Berlin (Berlin Eyalet Mahkemesi), NStZ 2017, s. 471 vd.

⁹⁰ AG Köln, 12.1.2016 tarih ve 643 Ls 308/15 10 Js 22/15 sayılı Kararı; LG Köln, 14.4.2016 tarih ve 117 KLs19/15 sayılı Kararı; LG Köln, 23.5.2016 tarih ve 113 KLs 34/15 sayılı Kararı; Köln Eyalet Mahkemesinin bu karar Federal Alman Yüksek Mahkemesinin (BGH) 22.11.2016 tarih ve 4 StR 501/16 sayılı Kararı ile onanmıştır: bu konuda bkz. LG Berlin, NStZ 2017, s. 473.

⁹¹ BGH, 01.03.19 tarih ve 4 StR 345/18 sayılı Kararı.

Berlin'deki bu olay, AİDS olayında olduğu gibi, dikkatleri tekrar kast doktrinine yöneltmiştir.⁹² Olayla birlikte olası kast- bilinçli taksir ayrımı hakkındaki tartışmalar tekrar güncel hale gelmiştir.⁹³

Çalışmada öncelikle Berlin Eyalet Mahkemesinin olaya ilişkin kararı, ardından da Federal Yüksek Mahkemenin kararı ele alınacaktır. Olayın oluş şekli Eyalet Mahkemesinin tespitlerine göre şu şekildedir:

N. arabasıyla 01.02.2016 gecesi saat 0:30 sıralarında yan koltukta oturan kız arkadaşı K.'yı eve götürmek için yolda olduğu sırada, arabasıyla yolda olan H. ile kırmızı ışıkta yan yana dururlar. Pencereyi açıp birbirlerine baktıklarında daha önceden birbirlerini yasadışı araba yarışlarından tanıdıklarının farkına varırlar. Kısa bir konuşmadan sonra, jest ve gaz pedallarına basarak Kurfürstendamm ve Tauentzienstrasse boyunca sürecek bir yarış için anlaşılırlar.

Araba yarışı için anlaşıldıktan sonra H., anlaşıldıkları hedefe en hızlı şekilde ve N.'den önce ulaşmak için kırmızı ışıkları hiçe sayarak yüksek hızla arabasını sürmeye başlar. N. ise ilk önce iki kırmızı ışıkta durur; ancak daha sonrasında izin verilen hız sınırını açıkça/oldukça aşarak ve kırmızı ışıklarda durmadan geçerek H.'yi takip etmeye başlar. N., H.'ye mümkün olduğunca çabuk yetişme ve her şeyden önce yarışı birinci olarak bitirme ve aynı zamanda trafik kurallarını dikkate almama konusunda karar verir. N. en geç Uhlandstraße'de H.'ye yetişir. Yarışın devamında araçlar kazanın gerçekleştiği kavşağı da kırmızı ışıkta geçerler; araçların saatteki hızları o esnada en az 170 km'dir. H, o anda kendisine yeşil yanan ve kavşağın sağından gelerek kavşağa giren W.'nin aracı ile şiddetli bir şekilde çarpışır. H.'nin aracı N. nin aracıyla da çarpışır. Mağdur W.'nin aracı çarpışmanın etkisiyle 70 m. ileriye sürüklenir. W., daha olay yerinde hayatını kaybeder. N.'nin kız arkadaşı K. da ağır yaralanır. Diğer taraftan N. ve H. ise hafif yaralanır.

Yapılan yargılama sonunda Berlin Eyalet Mahkemesi, her iki sürücüyü de olası kastla öldürmeden sorumlu tutarak Alman CK § 211'e göre kasten öldürmenin nitelikli halinden (Mord) müebbet hapse mahkum etmiştir. Eyalet Mahkemesi kararını şu şeklide gerekçelendirmiştir: Sanıklar en geç o anda (kazanın gerçekleştiği kavşağa girerken) Nürnberger Straße (kazanın gerçekleştiği kavşaktaki W.'nin geldi yol) üzerinden kendisine

⁹² KUBICIEL/WACHTER, HRRS 2018, s. 335.

⁹³ Türk hukukundaki tartışmalar için bkz. KARAASLAN, s. 203 vd.

yeşil ışık yanan sürücülerin (ve araçta olabilecek diğer kişilerle) kendilerinin sürdükleri araçlarla çarpışabileceklerini ve çarpışmanın etkisiyle kişilerin sadece yaralanabileceklerinin değil, çok yüksek hızla araç kullanmaları sebebiyle yarışın büyük ihtimalle kişilerin ölümüyle de sonuçlanabileceğinin farkına varmışlardır. Sanıklar, sebebiyet verebilecekleri kaza sonucunda başkalarının – N.'nin aracındaki K.'da dahil olmak üzere- bedensel zararlara uğramaları karşısında kayıtsızdılar ve bir veya birden fazla diğer araçlarla kavşak bölgesinde bir çarpışmanın meydana gelmesini rastlantıya, şansa bırakmışlardır. Sanıklar, kavşağın yakınında yürüyen yayaların ve başkalarının etrafta uçan enkaz parçaları ile zarar görmesi veya ölmesini de göze almışlardır (billigend in Kauf nehmen).

Sanık H, kavşağı kırmızı ışıkta geçmesi, yüksek hız ile kavşak alanına girmesi ve yapısal sebeplerle sağ taraftaki yoldan (Nürnberger Straße'den) gelebilecek bir aracın görülme ihtimalinin olmaması nedeniyle –hiçbir şekilde tepki vermeye imkanı olmadan (absolut unfähig noch zu reagieren)- kavşağın orta noktasında, Nürnberger Straße tarafından gelen ve kurallara uygun bir şekilde yeşil ışıkta kavağa giren mağdur W.'nin arabası ile çarpışmıştır.

Eyalet Mahkemesi, Federal Yüksek Mahkemenin olası kast bilinçli taksir ayırımına ilişkin içtihatlarını dikkate alarak olayda sanıkların olası kast ile hareket ettikleri sonucuna varmıştır.

Eyalet Mahkemesine göre yarış, şehrin dışında az kişinin oturduğu kırsal alandaki bir yolda veya hız sınırının olmadığı bir otoyolda değil, gece vaktinde de zaman zaman otobüslerden, taksilerden, araçlardan ve yayalardan oluşan trafik yoğunluğu olan Berlin'nin merkezindeki bir alanda gerçekleşmiştir. Çarpışma noktasından (kaza noktasından) önce sanıklar araçlarını saatte 100 km'den fazla bir hızla sürmüşler, yer yer kırmızı ışıklarda durmadan geçmişlerdir.

Eyalet Mahkemesine göre sanıklar büyük, açık ve somut bir yaşam tehlikesi oluşturmuşlar, olayın ölüm ile neticelenmesini kabullenmişler ve en ağır sonuçları göze almaya hazırdılar. Sanıklar ağır sonuçlar karşısında kayıtsızdılar ve onlar için yarışını birinci olarak bitirmek daha önemlidir. Kavşağa giriş anından itibaren artık ciddi şekilde her şeyin iyi gideceğine güvenmeleri mümkün değildi ve olayın gidişatını tesadüfe, şansa bırakmışlardı. O andan itibaren objektif olarak kazayı önleyecek bir hareket, bir direksiyon veya fren manevrası yapılmaları da artık mümkün değildi.

Eyalet Mahkemesi, üçüncü bir kişinin ölümü ile sonuçlanabilecek bir kaza düşüncesinin kural olarak failin kendisinin de muhtemelen ölümü ile

sonuçlanabilecek bir yaralanma düşüncesini de içerdiğini ve bu nedenle failin bir nevi kamikaze düşüncesi ile hareket ettiğinin varsayıldığı iddiasını (Mitsch, Die Strafbarkeit illegaler Rennen de lege lata et ferenda, DAR 2017, s. 70) da tartışmıştır. Yine Eyalet Mahkemesi, failin, kutsalı gibi gördüğü arabasına kural olarak zarar gelmesini istemediği eleştirisinin (Preuß, Die Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen de lege lata und de lege ferenda, NZV 2017, s. 106) de değerlendirildiğini belirtmiştir. Eyalet Mahkemesi bu eleştirilere şu gerekçe ile cevap vermiştir: Sportif olarak kullanılan bu tür araçlar özel bir güven hissi vermektedir. Bu araçların sürücüleri, tonlarca ağırlıktaki, çok kısa sürede hızlanabilen, kapsamlı bir güvelik teknolojisi ile donatılmış otomobillerinde kendilerini korumalı, güçlü ve bir tankta veya kalede gibi güvende hissetmekte ve kendilerine yönelik her türlü tehlikeyi görmezden gelmektedirler.

Mahkemenin tespitlerine göre sanıklar, kavşak alanındaki sürüş şekillerinin sonucu olarak başka bir araç sürücüsünün ölümünü mümkün olarak öngörmüş ve bu sonucu da göze almışlardır. Eyalet Mahkemesi olayda sanıklar hakkında Alman CK § 211'e göre kasten öldürmenin nitelikli halinden (cinayet = Mord) hüküm kurmuştur. Mahkemeye göre sanıklar mağduru genel tehlike oluşturan bir araçla (mit einem gemeingefährlichen Mittel) öldürmüşlerdir. Mahkeme, her iki sanığın olayda müşterek fail olarak hareket ettiklerini kabul ederek ikisini de müebbet hapse mahkum etmiştir.

Federal Yüksek Mahkeme 01.03.2018 tarihli kararı ile Berlin Eyalet Mahkemesinin bu kararını birçok noktadan hukuka aykırı bularak bozmuştur. Federal Yüksek Mahkeme kararında olası kast ve bilinçli taksir ile ilgili yerleşik içtihatlarını tekrarlayarak teyit etmiştir. Federal Yüksek Mahkemeye göre; neticenin gerçekleşmesi karşısında fail, kayıtsız ve netice fail için arzu edilmemiş olabilir. *“Kast veya (bilinçli) taksirin bulunup bulunmadığının incelenmesi özellikle öldürme ve yaralama suçlarında, suçun maddi ve manevi unsurlarının tamamının birlikte dikkate alınmasını gerektirir. (Olası) kastın isteme unsurunun değerlendirilmesinde olaya bakan hakim, öncelikle, failin kişiliğini detaylı olarak incelemeli ve failin olayın icrası sırasındaki psikolojik durumunu, saikini (Motivation) ve olayla ilgili önemli koşulları - özellikle somut saldırı şeklini - dikkate almalıdır Burada hareketin objektif tehlikeliliği olası kastın hem bilme hem de isteme unsuru için önemli bir indikatördür. ... Ancak hareketin tehlikeliliği ve neticenin gerçekleşme olasılığının derecesi tek başına olası kastın kabulü için belirleyici kriterler değildir; oldukça tehlikeli fiillerde daha ziyade somut olayın özellikleri önem arz etmektedir. ... Bunu yaparken olaya bakan hakim, somut olayda*

söz konusu olabilecek kastın varlığını şüpheye düşürebilecek durumları göz önünde bulundurmalıdır.”⁹⁴

Kararın devamında Federal Yüksek Mahkeme, Eyalet Mahkemesi'nin kararındaki olayın ortaya konuluş şeklinin öldürme kastının kabulü için yeterli olamayacağını belirtmiştir. Gerekçe olarak ise Mahkeme, olası kastın fiilin icrası sırasında (Begehung der Tat) bulunduğu için yeterli bir şekilde tespit edilmemiş olmasını göstermiştir. Eyalet Mahkemesinin kararına göre failler, kavşağa girdiklerinde ancak yarışın trafikteki bir kişinin ölümü ile sonuçlanabileceğini öngörmüş ve bunu kabullenerek göze almışlardır. Aynı zamanda Eyalet Mahkemesi, kararının devamında faillerin o anda artık çarpışmayı önlemek için herhangi bir imkanlarının bulunmadığını ve hiçbir şekilde tepki verme imkanlarının olmadığını belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre ise bu sebepten dolayı, o esnada sanıkların olası öldürme kastının olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Eyalet Mahkemesi faillerin kazanın gerçekleştiği kavşağa girmeden önce öldürme kastı ile hareket ettiklerini ortaya koyamamıştır.

Federal Yüksek Mahkeme kastın aranacağı zaman ile ilgili eleştirisinin yanında, trafikteki riskli davranışlarda kasıtlı hareket ile ilgili olarak önemli bir hususun da altını çizmiştir. Federal Yüksek Mahkemeye göre – bu olayda da olduğu gibi - failin kendisinin de zarar görmesinin yakın (muhtemel) olduğu durumlarda, şu prensiplerden hareket edilmesi gerekir: İlk etapta bir başkasını yaralama veya bir kazaya neden olma düşüncesiyle hareket edilmediği için trafik güvenliği için tehlikeli (riskli) davranışlarda, failin kendisine de bir zarar gelebileceğini öngörmesi, failin her şeyin iyi gideceğine güvendiğini gösterir ve dolayısıyla öldürme kastının kabulü aleyhine bir durum oluşturur. Eyalet Mahkemesi ise olayda faillerin kendilerini arabalarında güvende hissettikleri ve böylelikle kendilerinin de zarar görmesi riskini göz ardı ettikleri gerekçesiyle böyle bir durumun olmadığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre, sanıklar yan koltukta oturan K.'nin yaralanmasını da göze almışlardır. Federal Yüksek Mahkemeye göre, Eyalet Mahkemesi, faillerin burada tonlarca ağırlığa sahip, oldukça hızlı ve kapsamlı güvenlik teknolojisi ile donatılmış araçlarında genelde kendilerini bir tank veya kalede gibi güvende hissettiklerini belirtmiştir ki, böyle bir genel hayat tecrübesi kuralı bulunmamaktadır.

⁹⁴ Federal Yüksek Mahkemenin (BGH) 01.03.2018 tarih ve 4 StR 399/17 sayılı Kararı: Deutsches Autorecht (DAR) 2018, 217.

Son olarak Federal Yüksek Mahkeme olayda her iki araba sürücüsünün müşterek fail olarak sorumluluğunu da kabul etmemiştir. Federal Yüksek Mahkemeye göre faillerde trafikteki diğer bir kişinin olası kast ile öldürmesini kapsayan birlikte suç işleme kararı bulunmamaktadır.

Kamuoyunda Eyalet Mahkemesi'nin kararı yasadışı araba yarışlarına karşı açık bir uyarı olarak memnuniyetle karşılanırken, Federal Yüksek Mahkemenin kararı bozması ise eleştirilmiştir.⁹⁵

Berlin'de gerçekleşen bu yasadışı araba yarışında faillerin olası kastla mı yoksa bilinçli taksir ile hareket ettiklerinin belirlenmesinin failler hakkında hükmedilecek yaptırım açısından çok önemli hukuki sonucu bulunmaktadır. Alman Ceza Kanununa göre, olayda bilinçli taksir kabul edildiği takdirde failler hakkında hükmedilecek cezanın üst sınırı en fazla beş yıldır. Buna karşın olayda olası kastın varlığı kabul edildiği takdirde, faillerin ömür boyu hapis cezasına⁹⁶ mahkum edilmeleri söz konusu olacaktır. Ancak sanıkların ölümle sonuçlanan yasadışı bir araba yarışından dolayı ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmesi hayata karşı işlenen diğer kasıtlı suçlarla, özellikle de öldürmenin nitelikli halin, yani cinayet ile kıyaslandığında oldukça orantısız gözükmektedir.⁹⁷ Diğer taraftan böyle bir olayda beş yıllık bir hapis cezası da tatmin edici değildir.

Belirtmek gerekir ki, Berlin yasadışı araba yarışı olayında sadece isteme unsuru değil, aynı zamanda bilme unsuru da tartışmalı olduğu için yukarıda incelediğimiz Deri Kemer ve AİDS olaylarından ayrılmaktadır. Zira Deri Kemer Olayı'nda failler hareketlerinin sonucunda muhtemel somut ölüm neticesini öngörmüşlerdir. Kum torbası ile olan denemeleri başarısız olunca, önceden öngördükleri ve tartıştıkları hayati tehlikeye rağmen, deri kemer ile mağduru etkisiz hale getirme yoluna gitmişlerdir. AİDS olayında ise fail, görevli doktor tarafından, özellikle gerekli korunma tedbirleri ve enfeksiyonun bulaşma tehlikesi hakkında detaylı olarak bilgilendirilmiştir.

⁹⁵ VAN LIJNDEN, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 01.03.2018 (<http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/mord-urteil-im-fall-der-berliner-raser-aufgehoben-15473572.html>, erişim tarihi 26.04.2019)

⁹⁶ Alman ceza hukukunda ömür boyu hapis cezasından anlaşılan özgürlüğün belirli olmayan bir süre için kısıtlanmasıdır. En erken 15 yıl cezaevinde kaldıktan sonra hükümlü koşullu salıvermeden yararlanabilir. Bu durumda koşullu salıvermedeki deneme süresi 5 yıldır. (Alman CK § 57a), bu konuda bakınız; https://de.wikipedia.org/wiki/Lebenslange_Freiheitsstrafe, erişim tarihi, 26.12.2010.

⁹⁷ KUBICIEL/HOVEN, NStZ 2017, 439; WALTER, NJW 2017, 1350.

Tüm bunlar dikkate alındığında her iki olay bilme unsuru açısından sıkıntılı değildir; failler neticeyi mümkün olarak görmüşlerdir. Her iki olayda esas tartışmalı olan isteme unsuruydu. Öte yandan, Berlin yasadışı araba yarışı olayında faillerin, daha kazanın gerçekleştiği kavşağa girmeden önce yarışın ölümle neticelenebileceği ihtimalini öngörüp öngörmedikleri dolayısıyla bilme unsuru şüphelidir. Bu bağlamda diğer bir sorun ise failler bu neticeyi öngörmüşlerse, ne zamandan itibaren öngördüklerinin tespit edilmesidir. Öngördükleri kabul edildiği takdirde, cevaplanması gereken diğer soru ise; faillerin kendilerini de tehlikeye sokmalarına rağmen ölüm neticesini kabullenip kabullenmediklerinin tespiti hususudur. Araba yarışlarına katılanların genellikle kemer dahi takmamaları onların herhangi bir kaza gerçekleşmeyeceğine olan güvenlerini göstermektedir. Çünkü onlara göre kemer takan kişi kaza yapacağını düşünmektedir.⁹⁸ Bu hususun faillerin ölüm neticesini kabullenmediğini gösteren bir indikatörü olarak dikkate alınması gerekir.

Tüm bu soruları araştırmadan önce kastın fiilin icrası sırasında bulunup bulunmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Eyalet Mahkemesinin tespitlerine göre, olayda failler en geç kazananın gerçekleştiği kavşağa girdiklerinde olası kastın kabulü için gerekli olan yarışın diğer araç kullanıcıları için ölüm ile sonuçlanabileceğini öngörmüş ve göze almışlardır. Ama aynı zamanda Mahkeme, o anda faillerin kesinlikle başka türlü hareket edebilecek durumda olmadıklarını ve bu yüzden de çarpışmayı önleme imkanlarının da olmadığı tespitini yapmıştır. Federal Yüksek Mahkeme ise bozma gerekçesinde, yerinde olarak fiilin icrası sırasında bulunması gerekli olan kastın bulunmadığı sonucuna varmıştır. Alman CK § 16'ya göre kast, "fiilin icrası sırasında" bulunmalıdır.⁹⁹ Buna göre kastın belirlenmesinde, fiilin işlenmesinden önceki kast (dolus antecedens) ve aynı şekilde fiilin işlenmesinden sonraki kast (dolus subsequens) dikkate alınmaz.¹⁰⁰ Ancak Eyalet Mahkemesinin tespitlerinden hareket edilirse, olay anındaki kastın değil, fiilin işlenmesinden sonraki kastın varlığını kabulü gerekir. Olayın akışı

⁹⁸ WALTER, NJW 2017, 1351.

⁹⁹ Alman CK § 16 f. 1 şu şekildedir: "Fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan bir durumu [maddi unsuru] bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilme saklıdır": Bkz., YENİSEY/PLAGEMANN, Alman Ceza Kanunu.

¹⁰⁰ ROXIN, Strafrecht AT, § 12, Kn. 89 vd.; SATZGER, Jura 2008, s. 118. Türk Hukuku için bkz. AKBULUT, s. 357; KOCA/ÜZÜLMEZ, 12. Bası, s. 165; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 257 vd.; KARAASLAN, s. 232 vd.

(Kausalverlauf) failin elinden çıktıktan sonra, netice hakkındaki istek (Wille) kastın belirlenmesinde dikkate alınmaz. Eyalet Mahkemesinin görüşüne göre faillerin neden daha öncesinde değil de tam kazanın meydana geldiği kavşak yakınında kast geliştirdikleri anlaşılır değildir. Diğer taraftan faillerin, kavşak alanına girmeden önce de olası kast ile hareket ettikleri hususu tamamen ihtimal dışı değildir. Ancak olayda, somut bağlantı noktaları bulunmaması sebebiyle faillerin hangi andan itibaren kasten hareket ettiklerinin tespitinin kolay olmadığını da belirtmek gerekir.¹⁰¹

Olayı kastın unsurları açısından incelemeye geçtiğimizde, ilk önce olası kastın bilme unsuru tartışılmalıdır. Alman hukukundaki ağırlıklı görüş, failden normal bir kişinin bilmesi gerekeni bilmesini istememekte, ondan bunu beklememektedir. Bundan ziyade mahkemelere (hakime), failin gerçek bilgisini (tatsächliche Kenntnis), diğer bir ifadeyle olay anındaki mevcut bilincini (Bewusstsein) araştırma görevini yüklemektedir. Mahkemenin (hakimin), failin iç dünyasına (Psyche) doğrudan erişme imkanı yoktur ve failin kendisi de geriye dönüp baktığında bile, suçun icrası sırasında gerçekten kafasının içindekileri söylemesi çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Bu nedenle mahkemeye, objektif vakıaların (Tatsache) yardımı ile failin icrası sırasındaki failin muhtemel bilgisini yeniden kurgulayarak ortaya koymaktan (rekonstruieren) başka bir yol kalmamaktadır. Federal Yüksek Mahkemeye göre, mevcut bilginin ispatlanması gerekmemekte, herkesin ulaşabileceği genel hayat tecrübesi kapsamındaki ortak bilince göre neticenin gerçekleşme ihtimalinin bulunması yeterlidir. Buna ek olarak, sanığın neticenin meydana geleceğini öngörmediği yönündeki savunmalarını mahkeme, olaydaki fail aleyhindeki maddi unsurlara atıfta bulunarak çürütebilir.¹⁰²

Failin, yasadışı araba yarışı sırasındaki “şiddetli heyecanından” (“affektnahe Erregung”) dolayı yaptığı davranışın tehlikesini kavrama imkanının ortadan kalktığı durumda, az önce bahsettiğimiz husus dikkate alınmamalıdır. Gerçekten de Alman yargı içtihatları, psikolojik (olarak) istisnai bazı durumların, kişilerin mantıklı ve akla yatkın düşüncelerini arka plana atmasına sebep olduğunu ve hatta en basit sebep sonuç ilişkisini düşünmeyi bile imkansız kıldığını kabul etmektedir. Bu gibi durumlarda fail, kendisinin sebep olduğu tipikliğe ilişkin (önemli) tehlike hakkında bilgisi zaten yoktur ve bunun sonucu olarak da gerçekleşen neticeyi kabullenmesi

¹⁰¹ JÄGER, JA 2018, s. 470; HÖRNLE, NJW 2018, s. 1577; BECHTEL, JuS 2019, s. 114 vd.

¹⁰² KUBICIEL/HOVEN, NStZ 2017, s. 441.

da söz konusu değildir. Ancak faillerin Berlin araba yarışı olayında şiddetli ve ani bir heyecan nedeniyle istisnai bir durumda olduklarını kabul etmek zor gözükmemektedir. Çünkü olayda yarışçılardan biri olan N., yarışın başında iki kırmızı ışıkta durduktan sonra diğer ışıklarda durmadan yarışa devam etmiştir. Bu durum faillerin yarışa düşüncesiz (kafasız) bir şekilde başlamadıklarını göstermektedir. Ayrıca yarışın devamında araçlarını önemli bir süre sürüş açısından riskli durumlarda dahi iyi bir şekilde sürmüşlerdir ki, bu durum da aynı şekilde faillerin olağan dışı psikolojik bir durumun içinde olmadıklarını göstermektedir. Sonuç olarak tüm bu hususlar faillerin yarış sırasında mevcut çok yakın bir tehlikeyi fark etmelerini imkansız hale getirecek psikolojik bir durumda olmadıklarını göstermektedir.¹⁰³

Diğer taraftan Eyalet Mahkemesi, faillerden birinin kazanın gerçekleşmesinden hemen sonra sürekli tekrar ettiği “bu nasıl olabilir, bu nasıl olabilir” şeklindeki cümleyi dikkate almamıştır. Olaydan sonraki bu sözler failin, yarışın ölümle sonuçlanabileceğini öngörmediğine işaret edebilir. Sanığın, neticenin gerçekleşmesinden sonraki bu davranışı, sadece bilme unsuru açısından değil aynı zamanda isteme unsuru açısından da dikkate alınmalıdır.¹⁰⁴

Olası kastın isteme unsuru açısından olayı incelediğimizde, öncelikle Eyalet Mahkemesinin ileri sürdüğü hususun yani, faillerin kapsamlı güvenlik teknolojisi ile donatılmış araçlarının kendilerine belirli bir güven duygusu verdiğini ve böylece kendilerine yönelik risk ve tehlikeleri göz ardı ettiklerine ilişkin tespitinin de incelenmesi gerekir. Zira yukarıda bahsedildiği gibi; kişinin kendisinin de neticenin gerçekleşmesi ile zarar görme ve yaralanma ihtimalinin bulunduğu durumlar, isteme unsuru açısından failin neticeyi kabullenmediğine ve her şeyin iyi gideceğine dair güvenini gösteren bir indikatör olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁵ Olası kastın kabulü için öncelikle bu hususun çürütülmesi ve aksinin ortay konması gerekmektedir. Eyalet Mahkemesinin, faillerin kapsamlı tekniklerle donattıkları arabalarında güvenli hissettikleri yönündeki bir genel tecrübe kuralının varlığını kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir genel tecrübe kuralı bulunmamaktadır.¹⁰⁶ Eyalet Mahkemesinin kararındaki diğer bir çelişki ise H. ’nın arkadaşı K. ’nın

¹⁰³ KUBICIEL/HOVEN, NStZ 2017, s. 441 vd.

¹⁰⁴ JÄGER, JA 2018, s. 471; Ayrıca bkz. JÄGER, JA 2017, s. 787 vd.

¹⁰⁵ Bkz. s. 18.

¹⁰⁶ JÄGER, JA 2018, s. 470 vd.; aynı yönde HÖRNLE, NJW 2018, s. 1576

yaralanması ile ilgili tespitidir. Mahkeme kararında bir taraftan faillerin kendilerine yönelik tehlikeyi görmezden geldikleri belirtilirken, diğer taraftan faillerin yan koltukta oturan sürücünün arkadaşı K'nın yaralanmasını göze aldıkları ileri sürülmektedir.¹⁰⁷

Doktrinde *Puppe*, faillerin böyle yüksek bir kaza tehlikesine yol açarak “akılsızca” (*unvernünftig*) davrandıklarını belirtmektedir. Yazara göre olayda failler bir kazanın gerçekleşmesini istememişlerdir. Ancak fail, aklı başında bir insanın yapmayacağı böylesine büyük, apaçık ve kontrol edilemeyecek başkasını tehlikeye atan bir davranışa kalkışıyorsa, neticeyi istemiş gibi kabul edilmelidir. *Puppe*'ye göre, olaydaki büyük, apaçık ve kendileri açısından kontrolsüz kaza tehlikesi göz önüne alındığında faillerin artık her şeyin iyi gideceğine güvendiklerinden söz edilemez.¹⁰⁸

Federal Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş olsa da, Eyalet Mahkemesinin olayda tekrardan olası kastın varlığını kabul etmesinin önünü tamamen kapatmamıştır. Ancak bunun için ilk derece mahkemesinden faillerin neticenin gerçekleşmesiyle kendilerinin de zarar göreceklarini görmezden geldiklerini ve kazanın meydana geldiği kavşağa girmeden önce başka insanları tehlikeye sokmayı göze aldıklarını tespit etmesi gerekmektedir.¹⁰⁹ Federal Yüksek Mahkemenin Hamburg'da gerçekleşen bir olayında ilk defa bir failin kasten öldürmenin nitelikli halinden (cinayetten) sorumlu tutulduğu kararı onaylaması da Berlin'deki yasa dışı araba yarışında faillerin olası kast ile hareket ettiklerinin kabulünün hala mümkün olabileceğini göstermektedir.¹¹⁰ Federal Yüksek Mahkemenin bozma kararından sonra yapılan yeniden yargılama sonucunda Berlin Eyalet Mahkemesi 26.03.2019 tarihinde verdiği kararda, önceki kararında olduğu gibi, olası kastın varlığını kabul ederek, failleri tekrar kasten öldürmenin nitelikli halinden (cinayet)

¹⁰⁷ JÄGER, JA 2018, s. 471.

¹⁰⁸ PUPPE, ZIS 2017, s. 441.

¹⁰⁹ HÖRNLE, NJW 2018, s. 1578.

¹¹⁰ Burada kısaca Hamburg'daki yasa dışı araba yarışındaki olayın meydana gelişine kısaca yer vermek gerekmektedir. Bu olay, Berlin'deki olaydan bazı noktalardan ayrılmaktadır. Hamburg Eyalet Mahkemesi 2018 Şubat ayında verdiği kararda faili cinayet ve cinayete teşebbüsten dolayı müebbet hapse mahkum etmişti. Olayda fail Mayıs 2017'de, alkollü olarak ve çaldığı taksi ile polisten kaçmaktadır. Fail, gidiş yönünün tersinden giderken aracın kontrolünü kaybederek 130 km/h hızla karşı yönden gelen bir başka taksi ile çarpışmıştır. Karşı taksidedeki bir kişi olay yerinde hayatını kaybetmiş, olayda iki kişi de ağır yaralanmıştır. Federal Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesinin kararını 01.03.2019 (4 StR 34/18) tarihli Kararı ile kararı onamıştır.

sorumlu tutup müşterek fail olarak mahkum etmiştir. Basına yansıyan haberlere göre Eyalet Mahkemesi yeni kararında, faillerin “önemsiz sebepten dolayı kişilerin hayatlarıyla oynadıklarına”, faillerin, sadece kendilerini düşündüklerine ve düşüncesiz olduklarına” ve “araçlarını da taparcasına sevdiklerine” vurgu yapmıştır.¹¹¹

Eyalet Mahkemesinin bu kararının Federal Yüksek Mahkemece onaylanıp onaylanmayacağını hep beraber göreceğiz. Bu çalışmanın tamamlanması aşamasında Eyalet Mahkemesinin gerekçeli ikinci kararı henüz yayınlanmamıştı. Bu nedenle Eyalet Mahkemesinin kararının Federal Yüksek Mahkemenin bozma gerekçelerini karşılayıp karşılamadığı hususu çalışmada değerlendirilememiştir.

Ayrıca belirtelim ki, Federal Yüksek Mahkeme, Berlin Eyalet Mahkemesinin kararını bozduğu aynı gün 20 yaşındaki bir sanık hakkında benzer bir olayda taksirle ölüme neden olmadan kurulan bir ilk derece mahkeme kararını da bozmuştur.¹¹²

Berlin yasadışı araba yarışı olayı öldürme kastının, özellikle de kasttaki isteme unsurunun, ispatının ne kadar zor olduğunu açıkça göstermektedir. Zira faillerin her şeyin iyi gideceğine güvenip güvenmediklerini tespit etmek için faillerin kafasının içine bakmak mümkün değildir.¹¹³ Alman kanun koyucu artan yasadışı araba yarışlarından dolayı, 2017 yılında yasadışı araba yarışlarıyla ilgili olarak Ceza Kanununa §. 315d hükmü ile yeni bir suç tipi eklemiştir. Yasadışı araba yarışlarında kastın ispatındaki zorluk nedeniyle eklenen § 315d hükmü, özellikle de 5. fıkrasında netice sebebiyle ağırlaşmış halinde kişinin ölümüne sebebiyet verilmesi durumunda on yıla kadar hapis cezasının öngörülmesi, doktrinde yerinde bir düzenleme olarak karşılanmıştır.¹¹⁴ Alman kanun koyucunun bu düzenlemesi ile ileride gerçekleştirilecek olan yasadışı araba yarışlarında öldürme kastının ispatı artık çok problemlili olmasa da, objektif olarak tehlikeli olan fillerdeki olası kast - bilinçli taksir ayrımına ilişkin problem tartışmalı olarak kalmaya devam etmektedir. Olası kastın ispatındaki zorluk nedeniyle Alman doktrinindeki bazı yazarlar çözüm olarak klasik kast

¹¹¹ Bu konuda bkz. <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffdstraf%2F2019%2F415202.htm&pos=1&hlwords=on>, erişim tarihi 26.02.20.

¹¹² Federal Yüksek Mahkemenin, 01.03.2018 tarihli Kararı: DAR 2018, s. 377.

¹¹³ STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: Schönke/Schröder, 24. Bası, § 15 StGB, Kn. 80; ayrıca bkz. PERRON, in: Nishihara FS, s. 145 vd.

¹¹⁴ Bkz. JÄGER, JA 2018, s. 471; PUPPE, ZIS 2017, s. 443 vd..

ve taksir şeklindeki ikili ayrımın yerine, özellikle de objektif tehlikeli fiiller açısından, Anglosakson Hukukundaki “kayıtsızlık” (recklessness) şeklinde üçüncü bir kategorinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.¹¹⁵

Berlin’deki olay, Alman Ceza Kanunu 15. ve 16. paragraflarının ya çok ağır ya da çok hafif olduğunu göstermiştir. Çünkü tüm kast çeşitlerini eşit gördüğü için fazla ağırdır; bilinçli taksirde ceza artırımı kabul etmediği için de fazla hafiftir.¹¹⁶ Çünkü, kanundaki söz konusu düzenlemelere göre, burada tartışılan olayda taksirin kabul edilmesi halinde faile verilebilecek ceza en fazla 5 yıla kadar hapis cezasıdır; olayda kastın kabul edilmesi halinde ise ömür boyu hapis cezasına kadar giden bir ceza verilebilmektedir.

III. Kast ve Taksir Ayrımına İlişkin Türk Uygulamasından Örnekler

Alman hukukuna ilişkin incelemeler olası kastın ispatının, özellikle de isteme unsurunun, uygulamada ne kadar zor olduğunu göstermektedir. Konu bu yönü itibarıyla Türkiye’deki uygulamanın ele alınması gerektirmektedir. Ancak ilk önce olası kast ve bilinçli taksirin kanuni tanımları kısaca ortaya konacaktır. Olası kastın tanımının Türk Ceza Kanununa alınmasının gerekçesi olarak, TBMM Alt Komisyonunda, genel kast, bilinçli ve bilinçsiz taksir tanımlarının kanuna alınması gösterilmiştir.¹¹⁷

Türk Ceza Kanununun 21. maddesinin 2. fıkrasına göre; “*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*” Bu tanımla, Türk kanun koyucunun olası kastın tanımına isteme unsurunu almaktan imtina ettiği görülmektedir. Ancak bu durum olası kastı bilinçli taksirden ayırmayı oldukça zorlaştırmakta ve birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. Ceza Kanununun 22. maddesinin 2. fıkrasında ise bilinçli taksir şu şekilde tanımlanmıştır: “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde*

¹¹⁵ Bkz. HÖRNLE, NJW 2018, s. 1578; BOZBAYINDIR, s. 275 vd.; KARAASLAN, s. 240.

¹¹⁶ WALTER, NJW 2017, s. 1352.

¹¹⁷ TCK Tasarısı ile ilgili olarak TBMM Adalet Komisyonu bünyesinde yürütülen çalışmalara akademisyen olarak katılan ÖZGENÇ (Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, s. 266), bilinçli taksire ilişkin bir hükmün Tasarıya eklenmesinin doğru olmadığını belirtmesine rağmen, Adalet Alt Komisyonunda bu hükmün Kanun metninde muhafazasının kabul edildiğini belirterek, “şayet ‘bilinçli taksir’ konusunda Kanuna bir hüküm konulacaksa, olası kast konusunda da konması gerektiği yönünde bir itirazda” bulunduğunu, itirazı üzerine Alt Komisyonunda Kanun metninde olası kast konusundaki hükmün konmasının kabul edildiğini belirtmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 170; YILDIZ, s. 35 orada dipnot 93.

bilinçli taksir vardır.” Bilinçli taksirin bu tanımında, olası kasttan farklı olarak isteme unsuruna (neticenin istenmemesi) yer verilmiştir. Olası kastta ayırıcı bir unsura yer verilmediği için iki kavramın birbirinden ayrılmasında belirsizlikler söz konusu olmaktadır.¹¹⁸ Olası kastın bu şekildeki tanımı nedeniyle bilinçli taksirin bulunduğu olayların olası kasta dahil edilmesi tehlikesi bulunmaktadır.¹¹⁹

Türk kanun koyucu madde gerekçesinde bu ayırımın zorluğunu gidermeye çalışmıştır. Maddenin gerekçesi şu şekildedir: “*Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir.*”¹²⁰ Buna göre fail neticenin gerçekleştirmesini öngörmesine rağmen hareketine devam ederse ve neticeyi kabullenirse olası kast ile hareket etmiştir. Böylece olası kastın isteme tarafında “kabullenmek” aranacaktır.¹²¹ Buna rağmen Türk doktrininde ayırım probleminin gerekçedeki bu açıklama ile çözülemeyeceği ileri sürülmektedir.¹²² Çünkü sadece suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesinden kabullenmenin bulunduğu sonucuna varılamaz. Bu sorun ancak sistematik bir yorumla giderilebilir. Şöyle ki, 21. madde 1. fıkrasındaki kastın temel tanımında isteme unsuruna yer verilmiştir. Böylece sistematik bir yorum yaptığımızda, kastın bir çeşidi olan olası kastın da aynı şekilde bir isteme unsuru içerdiği sonucuna varılabilir.¹²³ Doktrinde olası kastın kanuni tanımına isteme unsurunun eklenmesi konusunda görüşler vardır.¹²⁴ Doktrinde sonuç olarak TCK’daki olası kast tanımını, Alman

¹¹⁸ SÖZÜER, ZStW 119 (2007), s. 721; ROXIN/ISFEN, GA 2005, s. 235; YILDIZ, s. 34 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.170 vd. Ancak KOCA/ÜZÜLMEZ’e göre (s. 170), “ileride yapılacak bir değişiklikle, bilinçli taksire ilişkin tanım Kanundan çıkartıldığında, mevcut olası kast tanımı hiçbir boşluk doğurmayacaktır.”

¹¹⁹ YILDIZ, TCK, s. 36.

¹²⁰ Bkz. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 448 vd.

¹²¹ KARAASLAN, s. 227: “Ancak bu, fail tarafından öngörülmesine rağmen arzu edilmeyen her türlü neticenin olası kastın kapsamı dışında kalması demek değildir; zira isteme unsuru günlük dildeki arzu etme veya hoşuna gitme demek değildir, aksine sadece ve sadece hukuki anlamda bir kabullenme demektir.”

¹²² YILDIZ, s. 35 vd.

¹²³ ROXIN/ISFEN, GA 2005, s. 234 orada dipnot 34.

¹²⁴ İlgili kanun maddeleri ile ilgili değişiklik önerisi için bkz. ROXIN/ISFEN, GA 2005, s. 235: **Madde 21 f. 2 Cümle 1:** “Bir kimse, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlerse, eğer fail neticeyi göze almışsa, olası kast vardır.” **Madde. 22 f. 3:** “Fail tarafından meydana gelmesi öngörülmüş, ancak

doktrinindeki teoriler ışığında değerlendirdiğimizde, TCK'nın bilme ve risk teorilerinden ziyade - her ne kadar madde metnine tam olarak geçirilememiş olsa da - Alman doktrinindeki isteme teorilerine yaklaştığı söylenebilir.¹²⁵

Alman Ceza Kanunundan farklı olarak Türk Ceza Kanununda olası kastın varlığı halinde doğrudan kasta göre zorunlu ceza indirimi (m. 21 f. 2) ve bilinçli taksir halinde bilinçsiz taksire göre zorunlu ceza artırımı (m. 22 f. 3) kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın süre gelen içtihatlarında olası kast bilinçli taksir ayrımı şu şekilde ifade edilmektedir: “*Gerek olası kast, gerekse bilinçli taksirde netice fail tarafından öngörülmektedir. Bilinçli taksirde, öngörülen neticenin gerçekleşmeyeceği ümit edilmekte, olası kastta ise bu netice fail tarafından göze alınmakta ve kabullenilmektedir. Olası kastta fail öngördüğü neticenin meydana gelmesini kabullenerek, sonucun meydana gelmemesi için herhangi bir önlem almazken, bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmesine rağmen, şansa veya başka etkenlere, hatta kendi bilgi veya becerisine güvenerek öngörülen sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir.*”¹²⁶ Yargıtay bu kriterlere diğer birçok kararlarında da yer vermiştir.¹²⁷

Yargıtay'ın bu kriterleri, temelde Alman Federal Yüksek Mahkemesinin takip ettiği razı olma teorisine (Billigungstheorie) ve doktrinindeki ağırlıklı görüş olan ciddiye alma teorisine (Ernstnahmetheorie) karşılık gelmektedir.¹²⁸ **Bozbayındır**'a göre Yargıtay, olası kastın kabulü için isteme tarafında neticenin kabul edilmesini aradığı için razı olma teorisine (Billigungstheorie) yaklaşmıştır; ancak uygulamada failin neticeyi içsel olarak arzu edip etmediğine pek bakılmamaktadır.¹²⁹

Yine de Türk uygulaması bazı noktalarda Alman uygulamasından ayrılmaktadır. Alman uygulaması olası kastın bilme tarafında, failin neticenin meydana gelmesinin öngörülmesi; isteme tarafında ise, failin neticenin meydana gelmesini göze almasını ve kabullenmesini aramaktadır. Bilinçli

gerçekleşmeyeceğine güvenilmiş bir netice meydana gelirse, bilinçli taksir vardır.”

¹²⁵ Ayrıca bkz. KARAASLAN, s. 224

¹²⁶ Bkz. CGK, 23.09.2014, E. 2014/1- 314, K. 2014/389.

¹²⁷ Bkz. CGK, 07.06.2011, 54-120; CGK 06.07.2010, 51- 162); CGK. 31.03.2015, E. 2014/619, K. 2015/80; CGK. 07.11.2017; E. 2017/860, K. 2017/454.

¹²⁸ Bkz. BOZBAYINDIR, s. 339 vd.

¹²⁹ BOZBAYINDIR, s. 384.

taksirde ise öngörülen neticenin gerçeklemeyeceği ümit edilmektedir. Alman doktrinindeki ağırlıklı görüşten ve Alman uygulamasından farklı olarak Yargıtay failin neticenin gerçekleşmeyeceğine sıkı bir şekilde güvenmesini (fest vertrauen) aramamaktadır. Alman doktrininde “**ümit etmek**” (hoffen) ve “**güvenmek**” (vertrauen) kavramlarının aynı şey olmadığı ve arasında fark bulunduğu belirtilmektedir. Alman doktrinine göre; neticenin meydana gelmesini ciddiye alan ve her şeyin yolunda gideceğine (bir şey olmayacağına) güvenmeyen fail, yine de şansının yaver gideceğine ve hiçbir şeyin olmayacağını ümit etmeye devam edebilir. Buradaki „**ümit etmek**“, işi “**oluruna bırakmak**” (Daraufankommenlassen) olarak anlaşılmalıdır ve olası kastın varlığını engellemez.¹³⁰ Ancak bu konuda Yargıtay, kavramlar arasında herhangi bir ayrıma gitmemektedir. Diğer taraftan Yargıtay, failin, neticenin meydana gelmemesi için önlem alıp almamasını da olası kast bilinçli taksir ayırımında bir kriter olarak kabul etmektedir. Böylece Yargıtay’ın, neticeyi önleme teorisini (Vermeidungstheorie) de dikkate aldığı söylenebilir. Ancak bu teorisinin takip edilmesi uygulamada zorluklara yol açabilir; zira failin her olayda neticeyi önlemeye yönelik hareketlerde bulunma imkanı olmayabilir.

1. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.10.2010¹³¹ Tarihli Kararı

Türkiye’de kişilerin yaralanması ve ölümüyle sonuçlanan trafik kazalarının sayısının fazla olması sebebiyle, Türk uygulamasında bu gibi olaylarda olası kast - bilinçli taksir ayrımı sıkça tartışılmaktadır.

Yargıtay’ın 05.10.2010 tarihli kararına esas teşkil eden olayın oluş şeklinde ilk derece mahkemesi ve Yargıtay hemfikirdir. Olayın meydana geliş şekli özet olarak şu şekildedir:

Sanık Y. ve kız arkadaşı, otomobil ile yolda seyir halindedir. O sırada A. ve kuzeni B. A.’nın kullandığı motosiklet ile karşı yönden gelmektedir. A. olayın gerçekleştiği sırada 18 yaşının altındadır. İki araç yolda karşılaştıkları sırada Y., A. ve B.’nin kendisine el hareketi yaparak bir şey söylediğini görür. Y. bu hareketi küfür olarak algılar ve U dönüşü yaparak motosikletin peşine düşer. Kısa süre sonra motosiklete yetişir ve motosikletin önüne geçip sağ şeritte iyice yavaşlayarak motosiklettekilere durmaları için işaret eder. Bunun üzerine A. ve B. paniğe kapılır ve A. hızını artırarak sol şeritten kaçmak ister. Y., A. ve B.’nin kaçmalarını engellemek için otomobilinin önünü sol

¹³⁰ ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 27; BOZBAYINDIR s. 152.

¹³¹ CGK, 05.10.2010, E. 2010/1-132, K. 2010/183.

şeride kırar ve bunun üzerine motosiklet otomobilin arka sol tarafına çarparak yolun sol tarafına doğru şarampole kayıp devrilir. A. ağır yaralanır. B. de yaralanır. Sanık Y., A.'yı kendi aracına alıp ambulansı beklemeden yola çıkar ve yolda karşılaştığı ambulansa A.'yı devreder. Tüm müdahalelere rağmen A. kurtarılamayarak hayatını kaybeder.

Yerel mahkeme olayda, haksız tahrik altında olası kastla öldürmekten dolayı faili TCK m. 82/1-e, 21/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca 15 yıl hapis cezasına mahkum etmiş, Yargıtay ilgili ceza dairesi de yerel mahkemenin bu kararını onamıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Y.'nin bu şekilde gerçekleşen eyleminin olası kastla öldürme değil, bilinçli taksirle ölüme sebebiyet verme suçunu oluşturduğu gerekçesiyle karara itiraz etmesi üzerine, konu Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz gerekçesi şu şekildedir: *“Somut olayda olduğu gibi bilinçli taksirde failin sonucu öngörmüş olmasının olası kast olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği sonucu ortaya çıktığından her iki eylemin karşılaştırılması gerekmektedir. Olası kastta fail neticeyi öngörmekte, ancak amacına ulaşmak onun için çok önemli olduğundan ‘olursa olsun’ demektedir. Bilinçli taksirde ise fail neticeyi öngörmekte, ancak sonucun meydana gelmeyeceği kanaatiyle veya fiili icra sırasında göstereceği maharet ya da çaba ile neticenin doğumunu önleyeceği inancıyla hareket etmektedir. Somut olayda ise sanık Y. maktul A.’nın kullandığı motosikleti sollayarak önüne geçmesi maktulün motosikleti sol şeride sürmesi ve sanığın da sol şeride geçerek önüne geçmesi olayında, sanık maktulün motosikletinin kendi arabasına çarpabileceğini ve bu sonucun meydana gelebileceğini öngörmektedir. Ancak kendi maharetine güvenerek neticenin meydana gelmeyeceğiyle inancıyla hareket etmektedir. Dosyada sanığın sonuçta ölürse ölsün mantığıyla hareket ettiğine ilişkin bir delil yoktur. Anlatılan sebeplerle sanığın eylemi olası kastla insan öldürmek suçunu değil, bilinçli taksirle ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturmaktadır.”*

İtirazı inceleyen Ceza Genel Kurulu önce kast ve taksir ayırımına ilişkin süreklilik arz eden içtihadını tekrar ettikten sonra itiraz konusu olayı ele almıştır.

Ceza Genel Kuruluna göre; *“basit taksirde, failin neticeyi bir dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle öngörememesi söz konusu iken, bilinçli taksirde fail neticeyi öngörebilmesine ve olası kasttan farklı olarak bu neticeyi kabullenmemesine rağmen, yanlış bir öngörü ile neticenin*

meydana gelmesini engelleyebileceğini ya da neticenin gerçekleşmeyeceğini zannetmektedir. Başka bir deyişle neticeyi öngörmekle birlikte, neticenin meydana gelmeyeceği yönünde yanlış bir öngörüye sahiptir. Objektif özen yükümlülüklerine aykırı davranmasından ortaya çıkabilecek neticeyi kendi yetenekleriyle engelleyebileceğini zannetmekte veya neticenin meydana gelmemesi yönünden şansına güvenmektedir.”

Yargıtay’a göre olası kastta fail suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birisinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, fiili işlemektedir. Başka bir ifade ile fail, “*muhakkak değil ama büyük olasılıkla gerçekleşecek olan neticenin meydana gelmesini kabullenmekte, göze almaktadır. Olursa olsun demektir. Neticeyi bertaraf etmek için özel bir çaba göstermemektedir.*”

Özet olarak Ceza Genel Kuruluna göre, “*muhakkak görünen neticenin failce bilinmesi halinde doğrudan kast, öngörülen olası neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda olası kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesinin istenmemesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmek suretiyle neticenin meydana gelmesinin engellenemediği ahvalde bilinçli taksir, öngörülebilen neticenin objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş olması sebebiyle öngörülemeyen hallerde ise basit taksir söz konusu olacaktır.*”

Ceza Genel Kurulu’na göre karara esas teşkil eden olayda, “*kendisine küfür edildiğini düşünen sanık, bunun nedenini sormak için motosikletin peşine düşmüş, önüne geçmiş, yavaşlayarak ve işaret ederek motosikleti durdurmak istemiştir. Bu amaçla, öncelikle sağ şeritte önlerinde yavaşlamış, sonra durmaları için işaret etmiş, buna rağmen durmayarak sol şeritten kaçmaya çalışmaları üzerine de arabasını sol şeride kırmıştır. Burada sanığın doğrudan yaralama veya öldürme kastı ile hareket etmediği açık ise de; sanık, karayolunda seyreden bir otomobil sürücüsünün yapması gereken normal davranış biçimlerini terk etmiş, adeta otomobilini maktul ve arkadaşının bulunduğu motosikleti durdurmak için bir alet olarak kullanma yolunu seçmiş, bu suretle de gerek kendisi için, gerek motosiklet için, gerekse karayolunu kullanan diğer araç ve kişiler için tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde hareketler sergilemiş, bunu yaparken de otomobilinin önünü motosikletin kaçış yönüne kırmakta bir beis görmemiştir. Dolayısıyla da, ısrarla gerçekleştirdiği eylemin ölümlü sonuçlanabileceğini öngörmüş ve bu hareketinin neticesini kabullenmiştir; başka bir deyişle “olası ölüm neticesine” kayıtsız kalmış, “olursa olsun” demiştir.” Bu gerekçeye dayanarak Yargıtay Ceza Genel*

Kurulu, olayda olası kastı kabul etmiş ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının olayda bilinçli taksir olduğuna dair itirazının reddine karar vermiştir. Ayrıca Genel Kurulu, olayda sanık tarafından “küfür” olarak algılanan hareketin sanık yönünden “haksız tahrik” oluşturacağı ve haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay’ın bu kararı öncelikle, kastın bilme unsuru açısından incelenmelidir; ancak olayda bu unsurun varlığı oldukça şüpheli gözükmektedir. Mağdurun motosikleti ile sol şeritten kaçmaya çalışması üzerine, failin arabasını sol şeride kırmada ortada kasıtlı ve tehlikeli bir hareket bulunduğu dair şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu, yine de olayda yaralama kastının (Verletzungsvorsatz) var olduğu anlamına gelmemektedir. Bu açıdan incelenmesi gereken ilk husus failin hareketi yaparken neticeyi öngörüp öngörmediğidir. Kanaatimizce olayda failin, hareketinin ölüm ile sonuçlanacağını öngördüğünü ve bunu ciddi olarak mümkün gördüğünü (ernstlich für möglich halten) söylemek zor gözükmektedir. Uygulamada kastın bilme unsuruna ilişkin kapsamlı bir araştırmadan sonra karar verilmelidir.¹³² Normal bir kişinin bilmesi gerekenler değil; failin olay anındaki mevcut bilgisi ortaya konmalıdır.¹³³ Bu olayda da failin başka bir kişinin yaralanmasını veya ölümünü mümkün olarak görüp görmediği daha fazla araştırılıp açıklığa kavuşturulmalıydı. İlk derece mahkemesinin failin şeridi değiştirip frene bastığı anda failin bilgisinin ne durumda olduğunu belirlemeyi ihmal ettiği görülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da ilk derece mahkemesinin bu konudaki eksikliğini eleştirmemiştir. Bu eksikliğin tespit edilip dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek yerine Yargıtay’ın dosya içeriğine dayanarak olayı kendisi yeniden canlandırıp değerlendirmeyi tercih ettiği görülmektedir. Kanaatimizce; Alman doktrinindeki görüşler ışığında olayı incelediğimizde olayda netice fail tarafından öngörülemeyi için bilinçsiz taksirin varlığı kabul edilebilecekken, Yargıtay Ceza Genel Kurulu olası kastın varlığını kabul etmiştir.

Olayda ölüm neticesi fail tarafından öngörülmeyi için olası kastın varlığını kabul etmek mümkün görünmemektedir. Bunun dışında Ceza Genel Kurulunun kararı bazı çelişkiler de içermektedir. Bir yandan kast ve taksir ayırımında failin neticenin meydana gelmemesi için önlem alıp almadığı ayırıcı kriter olarak sayılırken, failin, çarpışmadan sonra mağduru kendi

¹³² HEINRICH, AT, § 12 Kn. 269.

¹³³ KUBICIEL/HOVEN, NStZ 2017, s. 441.

aracına alıp ambulansa götürmesi şeklindeki neticenin meydana gelmemesi yönündeki çabası kararda dikkate alınmamıştır. Zira bu durum, failin neticeyi kabullenmediğine dair bir indikatör olarak görülebilir. Diğer bir eleştiri noktası ise - kararda da bahsedildiği gibi - fail kendisini ve kendisine yakın olan bir kişiyi tehlikeli bir duruma sokmuştur. Bu husus da failin neticeyi kabullenmediğini, neticeyi öngördüğü varsayılsa bile olası kastla hareket etmediğini gösteren bir durum teşkil etmektedir. Bu husus da kararda dikkate alınmamıştır. Diğer taraftan Türkiye’de trafikte bu tarz düşüncesiz (rücksichtslos) hareketler nedeniyle oldukça fazla kazalar meydana geldiği gözden uzak tutulmamalıdır. Buna tepki olarak mahkemeler ağır cezalar verme eğilimindedir. Ancak bu tarz olaylarda yeterli araştırma yapılmadan olası kastın kabulü de doğru değildir. Her halükarda, münferit olayla ilgili durumların esaslı ve özenli bir şekilde araştırılıp tespit edilmesinde ilk derece mahkemeleri gibi Yargıtay uygulamasında da eksiklikler bulunduğu gözlenmektedir.

2. Ceza Genel Kurulunun 23.09.2014¹³⁴ ve 25.03.2014¹³⁵ Tarihli Kararları

Aşağıda inceleyeceğimiz iki olayın oluş şekillerinin birbirine benzemesi sebebiyle, kararlar birlikte ele alınacaktır. İlginç bir şekilde her iki karar da aynı yılda verilmiştir. İlk olayda fail doldurduğunu unuttuğu av tüfeğini maktulün bacağına doğrultup tetiğe basmıştır. Tüfeğin ateş alması sonucu yaralanan mağdur, hastaneye kaldırılırken ölmüştür. İkinci olayda ise fail tabancayı mağdura şaka amaçlı doğrulttuğu sırada tabancanın bir kez ateş almasıyla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermiştir. Ateşli silahlarla ilgili bu şekildeki vakıalar Türkiye’de oldukça sık meydana gelmektedir.¹³⁶ Her iki olayda da failer silahı ateşlemek istememişlerdir. Ancak riskli hareketleri nedeniyle olayda kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettikleri sorunu gündeme gelmektedir.

23.09.2014 tarihli karara esas teşkil eden olayın meydana geliş şekli özetle şu şekildedir:

Sanık ile maktul birlikte çobanlık yapmaktadırlar. Aynı zamanda da birbirleriyle akrabadırlar. Her iki aile arasında başkalarına ait olup sahipleri

¹³⁴ CGK, 23.09.2014, E. 2014/1-314, K. 2014/389.

¹³⁵ CGK, 25.03.2014, E. 2012/3-1496, K. 2014/135.

¹³⁶ Bkz. CGK, 22.05. 2012, E. 2011/1-480, K. 2012/207; 1. CD. 13.04.2015, E. 2014/663, K. 2015/2219.

tarafından kullanılmayan arazilerde koyun otlatma meselesi nedeniyle anlaşmazlık bulunduğu belirtilmektedir. Sanık ile maktul arasında olay tarihinden otuz gün önce aynı mesele nedeniyle tartışma yaşanmıştır. Ancak aralarındaki anlaşmazlığın husumet doğuracak boyutta olmadığı tanık beyanlarından anlaşılmaktadır.

Olay günü sanık, maktul ve tanık S. arazide koyun otlatmaktadırlar. Yaktıkları ateşin başında iken, sanık maktulün yakasından tutup, daha önceden de yaptığı şakalar gibi, “ateş edeyim mi” diyerek, omzunda asılı tüfeğini indirerek çapraza almıştır. Bunun üzerine maktulün; “fişek vardır beni vurursun”, tanığın da; “mermi olabilir” şeklindeki uyarılarına rağmen sanık, “tüfekte fişek yok” diyerek tetiğe basmıştır. Ancak tüfek boş değildir; silahın ateşlenmesi sonucu maktul bacağından ağır bir şekilde yaralanır. Sanığın tetiğe bastığı sırada aralarındaki mesafe iki metreden azdır. Sanık kemeri ile maktulün bacağına bağlayıp tanık S.’yi yardım çağırmaya gönderir. Hastaneye doğru yola çıkarılan maktul tüm müdahaleye rağmen hastaneye ulaştırılmadan hayatını kaybeder.

İlk derece mahkemesi sanık hakkında olası kastla öldürmeden (TCK m.82 f. 1-e ve m. 21 f. 2) hüküm kurmuştur. Yargıtay **1. Ceza Dairesi** ise, eylemin bilinçli taksirle öldürme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek “olası kastla öldürme” suçundan hüküm kurulduğu gerekçesi ile ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir. Ceza Dairesine göre; sanığın, boş olup olmadığını kontrol etmeden, ancak boş olduğuna inanarak av tüfeği ile ateş etmesi göz önüne alındığında eylem “bilinçli taksirle öldürme” suçunu oluşturmaktadır.¹³⁷

Olayda kasten öldürme suçundan hüküm kurulması gerektiğinden bahisle, **Ceza Dairesinin iki üyesi** karşı oy kullanmıştır. İki üye gerekçe olarak şu hususu ileri sürmüşlerdir: “*Sanığın dolu olan av tüfeğinin tetiğine iradi olarak bastığı, dairemizin yerleşik içtihatlarına göre av tüfeği ile yakın mesafeden bacağa toplu saçma girişi meydana getirecek şekilde atış yapılması halinde muhakkak olan ölüm neticesinin gerçekleşeceğinin sanık tarafından bilinmesi gerektiği, nitekim maktulün ‘femoral arter ve ven’ yaralanmasından ileri gelen dış kanamadan oluşan şok nedeni ile öldüğü, bu durumda silahın etkili mesafeden vahim sonuçlar meydana getirmeye elverişli olması, atış mesafesi ve meydana gelen yaraların nitelikleri birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eylemine bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik*

¹³⁷ 1. CD, 28.12.2012, E. 2010/7384, K. 2012/10146.

olduğunun kabulüyle kasten öldürme suçundan mahkumiyeti gerektiği. ...”

İlk derece mahkemesinin ilk kararında direnerek olayda olası kast olduğundan bahisle yeniden aynı yönde hüküm kurması üzerine, uyuşmazlık Ceza Genel Kurulu önüne gelmiştir. İlk derece mahkemesi direnme kararında Yargıtay 1. Ceza Dairesi’ndeki iki üye gibi av tüfeği ile ateş edilen mesafeye değinilmiştir. Buna göre: *“Sanığın öldürücü niteliğe sahip, içinde çok sayıda saçma tanelerinin bulunduğu fişek olan av tüfeği ile etkili mesafeden maktulün bacağına ateş ettiğinin, ateş sonucu maktulün ağır yaralanacağıının, saçma tanelerinin atış mesafesine göre bacak bölgesinde parçalayıcı bir etki doğuracağıının, ciddi kan kaybına neden olabilecek arterde hasar oluşturacağıının, olay yerine ve sağlık yardımı almak için hastaneye ulaşımındaki zorluk nedeniyle doku ve kan kaybı sonucu ölümün muhtemel olabileceğinin makul herkes tarafından öngörülebilir olduğu, bu öngörüye ve maktulle tanık tarafından uyarılmasına rağmen ateş etmekten vazgeçmeyip öngördüğü neticeyi istememesine rağmen olursa olsun şeklindeki bir niyet ve iradeyle hareket ettiği gözetildiğinde, neticeyi göze aldığı ve kabullendiği, bunun sonucunda maktulün ölümüne neden olduğu olayda, eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.”*

Ceza Genel Kurulu kast ve taksire ilişkin süreklilik arz eden içtihatlarını tekrarladıktan sonra kararında olayın oluş şekline ilişkin şu tespitlerde bulunmuştur: *“Sanık ile maktulün akraba oldukları, birlikte aynı yerlerde çobanlık yaptıkları, her iki aile arasında başkalarına ait olup sahipleri tarafından kullanılmayan arazilerde koyun otlatma meselesi nedeniyle anlaşmazlık bulunduğu, sanık ile maktul arasında olay tarihinden otuz gün önce aynı mesele nedeniyle tartışma yaşandığı, ancak aralarındaki anlaşmazlığın husumet doğuracak boyutta olmadığı, sanık ve ağabeyinin köyde av tüfeği ile dolaştıkları, arkadaşlarına doğrultup şaka mahiyetinde; “seni vururum” dedikleri, bu durumun tedirginliğe yol açtığı, hatta babalarının uyarıldığı ... anlaşılmaktadır.”*

Ceza Genel Kuruluna göre; *“dosya içeriği itibarıyla sanığın maktulü doğrudan öldürmek amacıyla bilerek ve isteyerek hareket ettiğine ilişkin, her türlü şüpheden uzak, somut, yeterli, kesin ve inandırıcı delil bulunmamaktadır.”*

Ancak **Ceza Genel Kurulu** olayda **olası kastla öldürme suçunun** işlendiği sonucuna vararak ilk derece mahkemesinin direnme kararını onamıştır. Genel Kurulun olası kastın kabulüne ilişkin gerekçesi şu şekildedir: *“Kullanılan silahın niteliği, etki alanı, öldürmeye elverişliliği ile atış mesafesi*

gözönünde bulundurulduğunda; olay yerine gelmeden önce doldurduğunu unuttuğunu söylediği av tüfeğini, maktulün ve tanığın av tüfeğinin dolu olabileceği uyarılarına aldirmeden maktulün bacağına doğrultup ateş eden sanığın, saçma tanelerinin maktulün hedef alınan bacağına isabet edebileceğini ve atış mesafesine göre ölümcül bir etki meydana getirebileceğini, olay yerinin sağlık kuruluşlarına uzaklığı gözetildiğinde, hastaneye ve dolayısıyla ölümün mümkün ve muhtemel olduğunu bilmesine rağmen, ateş etmek suretiyle, öngördüğü muhtemel neticeyi istememekle birlikte göze alıp kabullendiği ve sonucunda maktulün ölümüne neden olduğu olayda, eyleminin “olası kastla öldürme” suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir.”

Çoğunluk görüşüne katılmayan **bazı Genel Kurul üyelerine göre olayda olası kast değil, doğrudan kast** bulunmaktadır: “Somut olaya gelince, sanık olay yerine gelmeden önce tüfeğine bizzat kendisi fişek sürmüştür. Olay anında tüfeğin dolu olduğunu bilmektedir. Buna rağmen çok yakın mesafeden, tüfeğin namlusunu maktule yöneltmiş, ölen ve tanık tarafından uyarılmasına rağmen, bilinçli olarak tetiğe basmıştır. Yapılan incelemede, tüfeğin hiçbir arızasının bulunmadığı anlaşılmıştır. Yargıtay I. Ceza Dairesinin yerleşmiş uygulamalarına göre, kısa mesafeden diz ile kalça arasına, (uyuk bölgesi) av tüfeği ile yapılan atışlarla ölüm husule geldiğinde kastı aşan yaralama sonucu ölüm değil, doğrudan kasıtlı öldürme suçunun olduğu kabul edilmektedir. ... öğretide ve uygulamada benimsenmiş tanımlara göre, sanığın olaydaki eylemi doğrudan kasıtlı insan öldürmedir. Yakın mesafeden karşısındaki kişinin diz ve kalça arasını hedef alarak ateş eden sanığın, ‘ben onu öldürmek istememiştim’ şeklindeki savunması dosya içeriği, tanık anlatımı ve hayatın gerçeklerine uygun düşmemektedir. Bu nedenle, sanığın olası kasıtlı değil, doğrudan kasıtlı insan öldürmekten (82/1-e) maddesi gereği cezalandırılması görüşünde olduğumuzdan, olayda olası kasıtlı öldürme suçu vardır şeklindeki sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyoruz”

Genel Kurul Başkanı ve bir Genel Kurul Üyesi ise olayda “sanığın içinde fişek bulunduğunu unuttuğu av tüfeğini şaka amacıyla maktulün bacağına doğru tutarak ateş etmesi şeklindeki eyleminin, meydana gelebilecek ölüm sonucu kabullendiğine ilişkin delil bulunmadığından **bilinçli taksirle öldürme suçunu oluşturduğu**” görüşüyle karşı oy kullanmıştır.

Somut olayda öncelikle bilme unsuru sıkıntılı gözükmektedir. Sanık av tüfeğinin boş olup olmadığını kontrol etmeden tetiği çekmiştir. Maktulün ve tanığın uyarılarını dikkate almayıp “tüfekte fişek yok” demiştir. Yargıtay kararında sanığın av tüfeğinin boş olduğuna güvendiğinden değil,

“inandığı”ndan bahsedilmektedir. Ancak kararda failin tüfeğin neden boş olduğuna inandığına ilişkin bir açıklama getirilmemiştir. Fail, av tüfeğinin boş olduğuna inanıyorsa, buradan hareketle neticenin gerçekleşmesini de mümkün gördüğü sonucuna ulaşamaz.

İlk derece mahkemesi ise kararında failin hareketi sonucunda ölüm neticesinin makul herkes tarafından öngörülebilir olduğundan bahsetmiştir. Ancak failin neticeyi öngörüp görmediği hususuna değinilmemiştir. Yukarıda da bahsedildiği gibi¹³⁸ Alman doktrinine göre; neticenin makul bir kişi için öngörülebilir olup olmadığından ziyade, fail tarafından öngörülüp öngörülmediğine bakılmalıdır. Mahkemenin buradaki görevi, failin gerçek bilgisini (tatsächliche Kenntnis), olay anındaki mevcut bilincini (Bewusstsein) araştırıp tespit etmektir.¹³⁹

Olası kast ve bilinçli taksirin isteme tarafı için failin neticenin meydana gelmesini mümkün ve çok uzak görmemesi aranmaktadır. Failin burada potansiyel bilgisi değil, o andaki bilgisi önemlidir.¹⁴⁰

Türk doktrini ve yargı kararlarında kastın fiilin icrası sırasında bulunması gerektiği hususuna yeterince değinilmemektedir. Bu sebeple incelediğimiz olayda, failin olay anındaki kastına (failin tetiği çektiği veyahut önceki kararda failin aracını sol şeride kırdığı ana) bakılmamasına şaşırılmaması gerekir. Bu durum tipikliğin manevi unsurunun tam olarak nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili oldukça ciddi bir sorundur.¹⁴¹

Fail olayda gereken dikkat ve özeni göstermemiştir. Çünkü silahların kullanımındaki genel kurallara göre, her silah her zaman dolu olarak kabul edilmelidir ve hiçbir şekilde, şaka mahiyetinde de olsa, insanlara doğrultulmamalıdır. Fail bu gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla davranışının, suçun kanuni tanımında belirtilen neticesini öngörmeyerek hareketi gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla burada failin bilinçsiz taksir ile hareket ettiğinin kabulü gerekir.

¹³⁸ Bkz. s. 18 vd.

¹³⁹ KUBICIEL/HOVEN, NStZ 2017, s. 441.

¹⁴⁰ WELZEL, AT, § 13, s. 65.

¹⁴¹ Karaaslan’a göre (KARAASLAN, Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast- Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi, TBBD 2019, s. 232), “Türk öğretisinin eş zamanlılık prensibini henüz tam anlamıyla eserlerine aktarmadığı, halen birçok eserde sonradan oluşan kast veya eklenen kast kavramlarına yer verildiği de görülmektedir.”

Buna göre, Ceza Genel Kurulunun kararı çelişkilidir. Çünkü kararda bir taraftan failin tüfeğin boş olduğuna inandığından söz edilirken diğer taraftan da failin mağdurun ölümünü öngördüğü ve bunu kabullendiği tespiti yapılmaktadır. Neticenin fail tarafından öngörüldüğünün, bunun fail tarafından kabullenildiği sonucuna varabilmek için aşağıdaki iki hususun detaylı ve tam olarak belirlenmesi gerekir.

Kararda failin ve ağabeyinin köyde av tüfeği ile dolaştıkları, arkadaşlarına doğrultup şaka mahiyetinde; “seni vururum” dedikleri, bu durumun tedirginliğe yol açtığından babaları tarafından uyarıldığından bahsedilmektedir. Öncelikle burada failin babası tarafından durumun tehlikeliliği (başkalarına şaka mahiyetinde av tüfeğini doğrultulmasının) hakkında ne derecede uyarıldığının incelenmesi gerekirdi. İkinci olarak da, failin gerçekten mağdurun ve tanıdığın uyarılarına rağmen ciddi olarak tüfeğin boş olduğuna güvenip güvenmediğinin de belirlenmesi gerekirdi. Bu iki hususun belirlenmesinden sonra failin, hareketinden kaynaklanan tehlikeyi öngörüp görmediği de belirlenmeliydi.

Ceza Genel Kurulunun bazı üyelerinin olayda doğrudan kastın bulunduğu yolundaki değerlendirmeleri de yerinde değildir. Olayda sanığın ne tipikliğin (ölümün) gerçekleşeceğine dair kesin bilgisi vardır, ne de mağduru öldürmek amacı ile hareket etmiştir. Mahkemece aksi tespit edilmeyen kendi beyanına göre sanık, tüfeğinin boş olduğunu düşünmektedir. Yukarıda da bahsedildiği gibi, olayımızda sanığın neticenin gerçekleşmesini mümkün olarak görüp görmediği (öngördüğü) de şüphelidir. Aynı şekilde sanığın olayda öldürme maksadıyla hareket etmediği de açıktır. Sadece ateş edilen mesafeden dolayı, sanığın neticenin gerçekleşeceğine dair kesin bilgisi olduğu ve doğrudan kastla hareket ettiği sonucuna varılamaz. Alman doktrinine göre; “kesinlik en yüksek olasılık derecesine eşittir”¹⁴² Sonuç olarak olayda doğrudan kastın varlığı her durumda kabul edilemez.

Yargıtay Ceza Dairesi kararında, olayda irdelenmesi gereken hususun sanığın elindeki av tüfeğini iradi olarak ateşleyip ateşlemediği noktası olduğu belirtilmiştir. Ancak failin av tüfeğini iradi olarak kendi isteğiyle ateşlediği konusunda bir şüphe yoktur. Tetiğin fail tarafından iradi olarak çekilmesi ise kastın bulunduğu anlamına gelmemektedir.

İnceleyeceğimiz **ikinci kararın** oluş şekli ilk karara benzemektedir. Olayın oluş şekli kısaca şu şekilde özetlenebilir. S. ve Ö. 20 yıllık arkadaş ve

¹⁴² ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 20.

15 yıllık komşudurlar. Olay günü S. arkadaşı Ö. ile akşam 19:30 sıralarında karşılaşırlar. S., silahını çekip Ö.'ye yönelterek; "uzun zamandır nerelerdesin, neden görünmüyorsun, senin ayaklarına sıkayım mı" şeklinde konuştuğu sırada elindeki tabanca bir defa patlar ve patlamayla mağdur karın bölgesinden hayati tehlike geçirecek biçimde yaralanır. S., Ö.'yü derhal hastaneye götürür. Ö. ifadesinde, S.'nin kendisine şaka yapmak isterken, istemeden tabancanın tetiğine dokunup yaralandığını, olayın tamamen kaza sonucu olduğunu ve S.'nin onu kasti yaralamadığını beyan eder.

Olayda **ilk derece mahkemesi**¹⁴³ ve **Yargıtay 3. Ceza Dairesi**¹⁴⁴ olası kast ile yaralama suçunu kabul etmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise olayda olası kasttan değil bilinçli taksirden ceza verilmesi gerektiği düşüncesiyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur

Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyelerinden biri olayda olası kast değil bilinçli taksir bulunduğu gerekçesi ile karşı oy kullanmıştır. Buna göre; *"Sanıkla mağdur arasında hiçbir husumetin bulunmadığı, sanığın mağduru kasten yaralama veya öldürme kastıyla üzerine doğru ve öldürücü bölgeyi hedef alacak biçimde ateş etmesini gerektirir aralarında hiçbir anlaşmazlık bulunmadığı gibi aksini gösterecek veya belirleyecek dosya içinde herhangi bir delil de olmadığı, olay öncesi ve sonrası dostluk ilişkisinin devam ettiği dosya içindeki tüm beyanlardan bariz biçimde anlaşılmaktadır. Olayın öncesine dayanan dostluk ve arkadaşlık ilişkilerinin olaydan sonra da devam ettiğine göre; mahkemesince 'bilinçli taksir veya olası kasıt' suçlarının oluşup, oluşmadığı tartışılmadan, sanığın kasıtlı biçimde mağduru yaraladığına dair verilen hükmün dosya içinde mevcut delillerle ..." örtüşmemektedir.*

Aynı şekilde **Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı** da, sanık ile mağdur arasındaki dostluk ve arkadaşlık ilişkisi olduğu, sonrasında da bu dostluk ilişkisinin devam ettiği hususunun altını çizmiştir. Yargıtay Başsavcılığına göre, failin mağduru kasten yaralamasını gerektiren hiçbir delil olmadığı gibi, yakın mesafeden öldürücü bölgeye ateş edilmesi bir husumeti gerektirmektedir. Başsavcılığa göre, bu nedenlerle olayda olası kast ile yaralama değil, bilinçli taksir ile yaralama suçu bulunmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.03.2015 tarihli kararında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabul ederek Yargıtay 3. Ceza Dairesinin

¹⁴³ Diyarbakır 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 22.1.2008 gün ve 148-34 sayılı Kararı için bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 8.2.2011 tarih ve 20032-3845 sayılı Kararı.

¹⁴⁴ Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 8.2.2011 tarih ve 20032-3845 sayılı Kararı.

08.02.2011 tarihli onama kararının kaldırılmasına, eylemin bilinçli taksirle yaralama suçunu oluşturacağı gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre, sanığın, şaka amaçlı tabancayı doğrulttuğu sırada birden patladığı yönündeki savunmasının aksini gösteren, kasten ateş ettiğini ispatlar nitelikte bir delil bulunmamaktadır. Sanığın, üzerinde taşıdığı tabancayı mağdura şaka amaçlı doğrulttuğu sırada tabancanın bir kez ateş almasıyla mağdurun batın bölgesinden hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanması ve sanık ile tanışın mağduru hemen hastaneye götürerek tedavisini yaptırması şeklinde gerçekleşen olayda, sanık ile mağdurun 20 yıllık arkadaş olup aralarında herhangi bir husumet bulunmamaktadır. Ceza Genel Kuruluna göre, sanık içerisinde mermi olan tabancayı mağdura doğrulttuğu sırada ateş alabileceğini ve mağdurun yaralanabileceğini öngördüğü halde öngörülen bu muhtemel neticenin meydana gelmesini istememesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinden neticeyi engelleyemediği için **bilinçli taksirden** sorumlu tutulmalıdır.

İlk olayda olduğu gibi burada da fail tabancayı şaka amacıyla mağdura doğrultmuştur. Ancak iki olay bazı noktalardan birbirinden ayrılmaktadır. Bu olayda fail ilk olayın aksine tabancanın dolu olduğunu bilmektedir. Fail tabancayı mağdura doğrulttuğu anda aniden silah ateş almıştır.

Olayda fail, tabanca elindeyken şaka amacıyla da olsa gereken dikkat ve özeni göstermemiştir. Burada sorun önceki olaylarla aynı olup failin, kendi davranışının başkalarını tehlikeye atabileceğini ve dolayısıyla tehlikeli neticeyi öngörüp öngörmediğine ilişkindir. Bu olayda da failin tehlikeli neticeyi öngörmüş olmasına şüphe ile yaklaşılması gerekir. Zira tabanca failin elindeyken şaka yaptığı sırada ateş almıştır.

Kanaatimizce olayda olası kastın varlığını kabul etmek pek mümkün görünmemektedir. Zira failin olayda neticeyi kabullendiğini söylemek zordur. Çünkü fail ve mağdur uzun zamandan beri arkadaşlardır ve olay sonrasında da arkadaşlıkları devam etmiştir. Fail mağduru yaralamak istememiş, olaydan hemen sonra da onu hastaneye götürmüştür. Mağdur, sanık hakkında şikâyetçi bile olmak istememiştir. Dolayısıyla bilme unsuru bir tarafa bırakıp isteme unsuru açısından olayı incelediğimizde bile failin burada yaralamayı kabullendiği sonucuna varılamaz. Failin olayda neticeyi öngördüğü sonucuna varılsa - ki bu oldukça zor gözükmemektedir - bilinçli taksirin varlığı kabul edilebilir. Ancak olayın oluş şekli daha ziyade failin bilinçsiz taksir ile hareket ettiğini göstermektedir.

Yargıtay içtihatlarında, olası kast - bilinçli taksir ayrımında kriter olarak failin öngördüğü neticenin meydana gelmesini kabullenerek, sonucun meydana gelmemesi için herhangi bir önlem almamasından bahsedilirken, incelediğimiz her iki olayda faillerin neticeyi önlemeye çalışmalarının – birinci olayda kanamayı durdurmak için mağdurun bacağına kemeri ile bağlaması ve yardım çağırması, ikinci olayda mağduru derhal hastaneye götürmesi – Yargıtay tarafından dikkate alınmadığı görülmektedir.

İncelediğimiz Türk mahkeme kararında kast ve taksir ayrımında esas itibariyle silahların objektif tehlikeliliği, atf mesafesi ve fail – mağdur arasındaki husumete değinilmekle yetinilerek, suçun maddi ve manevi unsurlarının tamamının birlikte dikkate alınmadan karar verildiği görülmektedir. Ayrıca incelenen kararlar, uygulamada kast - taksir ayrımına ilişkin bir netlik olmadığını göstermektedir. Alman uygulamasının aksine, Türk uygulamasında isteme unsuru yanında bilme unsuru açısından da sorunlar bulunduğu görülmektedir. Mahkemelerin failin olay anındaki mevcut bilgisi kararlarda yeterince tespit edilmemiştir. Kararlarda olası kast – bilinçli taksir ayrımı açısından isteme unsurunun varlığı ise neredeyse hiç tartışma konusu yapılmamıştır.

Failin silah elindeyken gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle silahın ateş alması sonucu kişilerin ölmesi veya yaralanması şeklindeki benzer olaylarda Yargıtay’ın bilinçli taksiri kabul eden kararları da bulunmaktadır.¹⁴⁵ Ateşli silahların kullanılmasında dikkatsiz davranılması ve böyle olayların yaygın olması sebebiyle Yargıtay, olası kastın varlığını kabul ederek daha ağır cezalar verme eğiliminde olduğu söylenebilir. Ancak bu gerekçeye dayanarak, incelenen olaylarda olduğu gibi, olası kastın kabulü isabetli değildir. Burada incelenen her iki olayda da Yargıtay’ın tehlikeye düşürme kastı (Gefährdungsvorsatz) ile yaralama kastını (Verletzungsvorsatz) birbiriyle karıştırdığını ve netice olarak sanıkların orantısız bir şekilde daha ağır cezalandırılmasının yolunu açtığını söyleyebiliriz. Kanaatimizce Yargıtay kararları ile suç teorisine aykırı bir şekilde olası kastın kapsamının genişletilmesi yerine yasal düzenleme ile ateşli silah kullanımına ve trafikte

¹⁴⁵ 1. CD., 27.01.2011, E. 2011/374, K. 2011/ 214; 12 CD., 16.02.2016, E. 2015/4024, K. 2016/2131. İlk kararda fail aşırı alkolü iken yanında bulunan tabancayı çıkartarak oynamaya başladığı sırada tabancanın ateş alması sonucu bir kişinin ölümüne sebep olurken, ikinci kararda ölen kişi silahı sanığa gösterip silahtan anlayıp anlamadığını sorduğu sırada sanığın tetiğe bir iki kere basması sonucu tabancadan çıkan mermiler ile mağdurun ölümüne sebep olmuştur. Her iki kararda Yargıtay failin bilinçli taksir ile hareket ettiğini sonucuna ulaşmıştır.

gerçekleşen olaylara ilişkin yeni bir suç tanımına yer verilmesi, suç ve ceza politikası açısından daha uygun bir çözüm olacaktır. Nitekim Alman kanun koyucu yasa dışı araba yarışları açısından ortaya çıkan sorunu 30.09.2017 tarihli bir kanun değişikliği Alman Ceza Kanununa eklediği § 315d hükmü ile çözüme yoluna gitmiştir. Benzer bir düzenleme Türk uygulamasındaki sorunları çözüme açısından da yerinde olacaktır.

IV. Sonuç

Karşılaştırmalı olarak yaptığımız bu incelemede, olası kastın isteme unsurunun sadece Alman ceza hukukunda değil, Türk ceza hukukunda da oldukça tartışmalı olduğu görülmektedir. Tartışmalı olan diğer bir nokta ise bilme unsuruna ilaveten isteme unsurunun aranmasının gerekli olup olmadığına ilişkindir. Çalışmada incelenen kararlar ışığında, kast ve taksir ayrımı açısından; sadece failin suçun unsuruna ilişkin bilgisinin yeterli olmadığı ve isteme unsurunun da gerektiğini söyleyebiliriz.

Olası kast-bilinçli taksir ayrımında karşılaşılan problemlerin öncelikle isteme unsuru ile çözülebileceği konusunda pek çok gerekçe öne sürülebilir. Bu konuda Alman doktrindeki ağırlık görüş olan ciddiye alma teorisi (Ernstnahmetheorie) diğer görüşlere nazaran daha anlaşılır ve uygulanabilir sonuçlara ulaştırdığından bu teorinin takip edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

İncelenen Alman mahkeme kararları, Alman doktrinin ve uygulamasının sıklıkla olası kast-bilinçli taksir ayrımı sorunu ile karşı karşıya kaldığını göstermektedir. Berlin Yasadışı Araba Yarışı Olayı yeniden bu iki kavram arasındaki ayrımın ne kadar zor olduğunu göstermiştir. Berlin'deki olay, kastın ispatının zorluğunu, özellikle de kastın isteme unsuru açısından, tekrar göstermiştir. Faillerin adeta kafasının içine bakılıp aklından geçmiş olanları tespit etmek mümkün olmadığından, failin neticeyi kabullenip kabullenmediğini söylemek oldukça zordur.

Alman uygulamasına ilişkin incelenen kararlar, somut olayda kast veya taksirin kabul edilmesine göre faillere verilecek olan cezanın ya çok ağır ya da çok hafif olduğunu da göstermektedir. Buna karşılık Türk Ceza Kanundaki olası kastın varlığı halinde doğrudan kasta göre zorunlu ceza indirimini (m. 21 f. 2) ve bilinçli taksir halinde bilinçsiz taksire göre zorunlu ceza artırımı (m. 22 f. 3) hükmedilecek ceza açısından makasın Alman Ceza Kanundaki gibi fazla olmaması sebebiyle yerinde bir düzenlemedir.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Aynı yönde BOZBAYINDIR, s. 385.

Yargıtay'ın, olası kast ve bilinçli taksir ayrımında her ne kadar neticeyi önleme teorisi ve kayıtsız kalma teorisine ilişkin görüşlere de kararlarında yer verse de genel itibarıyla Federal Yüksek Mahkemenin takip ettiği razı olma teorisi (Billigungstheorie) ve Alman ceza hukuku doktrindeki ağırlıklı görüş olan ciddiye alma teorisine benzer bir görüşü takip ettiği söylenebilir. Ancak Türk uygulaması bazı noktalarda Alman uygulama ve teorisinden ayrılmaktadır. İncelenen kararlar, Türk uygulamasında olası kast - bilinçli taksir ayrımına ilişkin bir netlik olmadığını ve olası kast – bilinçli taksir ayrımı için doktrinde görüş birliği olmadığını göstermektedir. Alman mahkemelerindeki kararlara kıyasla Türk mahkemeleri kararlarında öncelikle kastın bilme unsurunun gerekliliği ve bu unsurun tespiti sorunludur. İncelenen Türk mahkeme kararlarında neticenin fail tarafından ne zaman öngörüldüğü yeterince ortaya konulmadığı görülmektedir. Ayrıca bu kararlarda bilme unsurunun tespiti ile ilgili olarak objektif kriterlerin esas alındığı anlaşılmaktadır. Tehlikeli ve riskli davranışı gerçekleştirdiği için failin neticeyi öngörmüş olması (normatif ve emredici olarak) gerektiği düşüncesinden hareket edilmektedir. Bu şekilde, tipikliğin manevi unsuru nesnelendirilmektedir. Aynı zamanda bu durum manevi unsurun fiilin icrası sırasındaki tespitini de engellemektedir. Diğer bir sorun ise, kastın, fiilin icrası sırasında bulunması gerektiği hususu incelenen kararlarda göz önünde bulundurulmamış olmasıdır.

Türkiye'de, gerek trafikte, gerekse ateşli silahların kullanımında, kişilerin dikkatsiz ve düşüncesiz davranması ile başkalarının yaralanması ve ölümü ile sonuçlanan olayların sayısının çokluğu sebebiyle, incelenen kararlarda bilinçsiz taksir kabul edilebilecek durumlarda olası kastın kabul edilmesi Türk mahkemelerinin daha ağır ceza verme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Ancak ceza hukukundaki kurumların toplumdaki infiale cevap vermek adına bu şekilde yorumlanması ve kapsamının genişletilmesi de doğru değildir.¹⁴⁷ Bu tarz olaylara ilişkin, Alman Ceza Kanuna yasadışı araba yarışları ile ilgili olarak eklenen § 315d gibi yeni bir suç tipinin Türk Ceza Kanununa eklenmesi yerinde olacaktır.

Türk uygulamasında olası kast-bilinçli taksir ayrımının yanında, doğrudan kast ve olası kast ayrımında da Alman uygulamasından farklı olarak sorunlar olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak, olası kasta ilişkin her şeyi açıklığa kavuşturacak bir tanım için ceza hukukçularının nesillerdir süren arayışına rağmen böyle bir tanım

¹⁴⁷ Aynı yönde bkz. KARAASLAN, s. 239.

bulunmadığından, olası kastın tanımı ve kriterleri konusundaki tartışmalar bundan sonra da devam edecektir.¹⁴⁸

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Ankara 2019.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Ankara 2017.

BECHTEL, Alexander: “Die Raser-Fälle als Katalysator vorsatzdogmatischer Diskussion”, **Juristische Schulung (JuS)** Heft 2/2019, 114-118.

BECK-ONLINE: **Fachdienst Strafrecht**, Ausgabe 7/2019, im Internet abrufbar unter <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffdstraf%2F2019%2F415202.htm&pos=1&hlwords=on>. (erişim tarihi: 21.09.2019)

BERLINER ZEITUNG: “Chronologie: Tote und Verletzte bei illegalen Autorennen”, **Berliner Zeitung**, 05.09.16 (<http://www.berlinerzeitung.de/berlin/chronologie--tote-und-verletzte-bei-illegalen-autorennen-24693064>, erişim tarihi: 05.04.2019)

BOZBAYINDIR, Ali Emrah: **Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları**, Ankara 2018.

CANESTRARI, Stefano: “Die Struktur des dolus eventualis, Die Unterscheidung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit und die neuen Risikophänomenologien”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)** 2004, 210-227.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bası, İstanbul 2017.

DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, Ankara 2017

ENGISCH, Karl: “Anmerkung zu BGH Urteil von 22.04.1955-5 StR 35/55”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)** Heft/4 1955, 1688-1689.

¹⁴⁸ KÜHL, AT, § 5 Kn. 45.

- FREUND, Georg: **Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre**, 2. Bası, Berlin 2009.
- FRISCH, Wolfgang: “Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? - BGHSt 36, 1”, **Juristische Schulung (JuS)** Heft 5/1990, 362-370.
- GEPPELT, Klaus: “Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, insbesondere bei Tötungsdelikten”, **Juristische Ausbildung (Jura)** Heft 1/2001, 55-59.
- HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Ankara 2017.
- HEINRICH, Bernd: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Bası, Stuttgart 2016.
- HEINRICH, Bernd: **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, Yener Ünver (Editör), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- HERZBERG, Rolf D.: “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, ein Problem des objektiven Tatbestandes”, **Juristische Schulung (JuS)** Heft 4/1986, 249-262.
- HERZBERG, Rolf D.: “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten- Teil 1: Erster Teil: Das Wollen beim Vorsatzdelikt und das Problem eines einheitlichen Handlungsbegriffs”, **Juristen Zeitung (JZ)** 1988, 573-579.
- HERZBERG, Rolf D.: “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewusst fahrlässigen Verhalten- Teil 2: Die Unterscheidung”, **Juristen Zeitung (JZ)** 1988, 635-643.
- HERZBERG, Rolf D.: “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, ein Problem des objektiven Tatbestandes”, **Juristische Schulung (JuS)** Heft 4/1986, 249-262.
- HERZBERG, Rolf D.: “Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten- AG München”, **Juristische Schulung (JuS)** 1987, 777-783.
- HILLENKAMP, Thomas/CORNELIUS, Kai: **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Bası, München 2017.
- HÖRNLE, Tatjana: “Vorsatzfeststellung in ‘Raser-Fällen’”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)** 2018, 1576-1578.

- HÖRNLE, Tatjana: “Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie ‘bedingter Vorsatz’”, **Juristen Zeitung, (JZ)** 2019, 440 – 449.
- JAKOBS, Günther: **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**, 2. Bası, Berlin/New York 1991.
- JÄGER, Christian: “Anm. zu LG Berlin: Too Fast and Furious – Die Todesraser vom Kurfürstendamm”, **Juristische Arbeitsblätter (JA)** 2017, 786-788.
- JÄGER, Christian: “Too Fast and Furious – Die Todesraser vom Kurfürstendamm reloaded”, **Juristische Arbeitsblätter (JA)**, 2018, 468-471.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Bası, Berlin 1996.
- JOECKS, Wolfgang/Jäger, Christian: **Strafgesetzbuch, Studienkommentar**, 12. Bası, München 2018.
- JOECKS, Wolfgang (Hrsg.) /MIEBACH, Klaus (Hrsg.): **Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB)**, Cilt 4, 3. Bası, München 2017.
- KAUFMANN, Armin: “Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 70 (1958), 64-86.
- KARAASLAN, Reşit: “Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **TBB Dergisi** 2019 (145), 203-272.
- KINDHÄUSER, Urs: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Bası, Baden Baden 2017.
- KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.): **Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, Band 1 (§§1- 145 d)**, 5. Bası, Baden-Baden 2017.
- KNAUER, Christoph: “AIDS und HIV - Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht**

(GA) 1998, 438-442.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, Ankara 2019.

KREY, Volker/ESSER, Robert: **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Bası, 2016.

KUBICIEL, Michael/HOVEN, Elisa: “Die Strafbarkeit illegaler Straßenrennen mit Todesfolge”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)** 2017, 439-445.

KUBICIEL, Michael/WACHTER, Matthias: “Der Berliner Raser-Fall als Prüfstein für das voluntative Vorsatzelement- Zugleich Besprechung von BGH”, **Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)** 8-9/2018, 332-325.

KÜHL, Kristian: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Bası, München 2017.

LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.): **Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (LK), Band 1: Einleitung; §§ 1 bis 31**, 12. Bası, Berlin 2007.

VAN LIJNDEN, Costantin: “Das Urteil wird auf Kritik stoßen”, **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, 01.03.2018 (<http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/mord-urteil-im-fall-der-berliner-raser-aufgehoben-15473572.html>, erişim tarihi 26.04.2019)

MAYER, Hellmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 1967.

PERRON, Walter: “Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, in: **Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag**, Baden-Baden 1998, 145-156.

PUPPE, Ingeborg: **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 4. Bası, Baden-Baden 2019

PUPPE, Ingeborg: “Entscheidungsanmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 27.2.2017-535 Ks”, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)** 8-7/2017, 439-444.

PUPPE, Ingeborg: “Begriffskonzeptionen des dolus eventualis”,

Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2006, 65-79.

RENGIER, Rudolf: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 10. Bası, 2018 München.

RENGIER, Rudolf: AIDS und Strafrecht, Jura Heft 4/1989, 225-232.

ROXIN, Claus: **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, 4. Bası, München 2006.

ROXIN, Claus: "Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit- BGHSt 7, 363", **Juristische Schulung (JuS)** Heft 2/1964, 53-61.

ROXIN, Claus: **Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 100 Entscheidungen für Studium und Examen**, München 1998.

ROXIN, Claus/ISFEN, Osman: "Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches", **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)**, 2005, 228-243.

RUPPENTHAL, Miriam: **Der bedingte Tötungsvorsatz, Eine rechtsvergleichende Studie**, Diss. Berlin 2017.

SATZGER, Helmut: "Der Vorsatz, einmal näher betrachtet", **Juristische Ausbildung (Jura)** Heft 2/2008, 112-118.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard: "Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und "bewusste Fahrlässigkeit")", **Juristische Schulung (JuS)** Heft 4/1980, 241-252.

SCHÖNKE Adolf/SCHRÖDER Horst (Hrsg.): **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Bası, München 2014

SCHÜNEMANN, Bernd: "Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?", **Juristische Rundschau (JR)** Heft 3/1989, 89-95

STRATENWERTH, Günter: "Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 71 (1959), 51-71.

SÖZÜER, Adem: "Die Reform des türkischen Strafrechts", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 119 (2007), 717

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: **Türk**

Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2017.

ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Ankara 2019

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 15. Bası, Ankara 2015.

WALTER, Tonio: “Der vermeintliche Tötungsvorsatz von ‘Rasern’”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)** 2017, 1350-1353.

WELZEL, Hans: **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Bası, Berlin 1969.

WESSELS, Johannes/ BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 48. Bası, Heidelberg 2018.

YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN: Gottfried, **Alman Ceza Kanunu - Strafgesetzbuch**, 2. Baskı, İstanbul 2015.

YILDIZ, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu- Açıklamalar- Değerlendirmeler- Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul 2007.

ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 5. Bası, İstanbul 2015.

ÇEVİRİ>>

BOŞ

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ İSRAİL DEVLETİ
TARAFINDAN İŞGAL EDİLEN BÖLGELERDE ÜRETİLEN
MALLARIN MENŞEİ HAKKINDA KARARI (BÜYÜK DAİRE)***

**THE DECISION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN
UNION IN RELATION TO THE LEGALITY OF A NOTICE
CONCERNING THE INDICATION OF ORIGIN OF GOODS
ORIGINATING IN THE TERRITORIES OCCUPIED BY THE STATE
OF ISRAEL**

12 Kasım 2019**

E. Taha PALANCI***

(Ön karar için atf: (AB) Tüzüğü No: 1169/2011 – Tüketiciler için gıda bilgisi hükümleri – Belirtilmemesi tüketiciyi yanlış yönlendirebilecek bir gıda maddesinin kaynak yerinin veya menşe ülkesinin zorunlu olarak belirtilmesi –İsrail Devleti tarafından işgal edilen bölgelerde¹ üretilen menşe bölgesinin ibaresini taşıması gerekliliği, bu gıda maddelerinin o bölgedeki bir İsrail yerleşim yerinden geldiğinde bu menşenin belirtilmesi)

* Ç.N. Karar metni için bkz. Case-363/18 Organisation juive européenne, Vignoble Psagot Ltd v Ministre de l'Économie et des Finances [2019] 62018CJ0363

** Davanın Dili: Fransızca

Ç.N.: Mahkeme kararı, İngilizce metninden çevirilmiştir.

*** Stj.Av. e-**posa**: tahapalanci@gmail.com

ORCID ID: 0000-0003-2828-196X

¹ Ç.N.: Mahkeme kararının anlamını korumak ve literatür ile uyumunu sağlamak hasebiyle “*territory of origin*” terimi “*menşe bölge*” olarak çevirilmiştir. “*Territory of origin*” ifadesinin Almandadaki karşılığı olan “*Herkunftsgebiet*” ifadesi de Türkçeye “*menşe bölge*” olarak çevirilmektedir. Birlik Gümrük Kodu'nun 60. maddesi, bir gıda ürününün üretildiği ülkeyi menşe olarak addedilmesini zorunlu tutmamakta, alternatif olarak, şartları sağlaması halinde, o ülke içerisindeki belirli bir bölgenin de (Örneğin; Golan Tepeleri, Batı Şeria gibi) menşe olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Keza, 30. paragrafta Mahkeme, “bölge” terimini, “ülke” ve “devlet” gibi kavramlardan ayırmıştır. Bir başına “*territory*” terimi ise, uluslararası hukuk literatürüne uygun olarak anlamını karşıladığı yerlerde “*toprak*” olarak çevirilmiştir.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775510

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/03/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/06/2020

30 Mayıs 2018 tarihli karar ile Conseil d'État (Danıştay, Fransa) tarafından Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlařma'nın 267. maddesi kapsamında yapılan ve 4 Haziran 2018'de Divan'a ulaşan ön karar talebine ilişkin olarak,

Avrupa Musevi Örgütü

Vignoble Psagot Ltd. şti.

İle

Ekonomi ve Maliye Bakanı (Ministre de l'Économie et des Finances)

arasında

C-363/18 sayılı Davada,

DİVAN (BÜYÜK DAİRE)

Başkan K. Lenaerts, Başkan Vekili R. Silva de Lapuerta, Daire Başkanları J.-C. Bonichot, M. Vilaras, E. Regan, P.G. Xuereb ve L.S. Rossi, E. Juhász, M. Ileřiř, Raportör J. Malenovský, Hâkimler D. řváby, C. Lycourgos ve N. Piçarra

Başsavcı: G. Hogan

Katip Sorumlu Yönetici: V. Giacobbo-Peyronnel

- Avukat J. Buk Lament tarafından Avrupa Musevi Örgütü adına,
- Avukatlar F. –H. Briard, Y. –A. Benizri ve E. Weiss tarafından Vignoble Psagot Ltd. adına,
- Vekil olarak hareket eden D. Colas, B. Fodda, S. Horrenberger, L. Legrand, A. –L. Desjonguères, C. Mosser ve E. de Moustier Fransa Hükümeti adına,
- Vekil olarak hareket eden M. Browne, G. Hodge ve A. Joyce ve avukat S. Kingston İrlanda adına,
- Vekil olarak hareket eden M.K Bulterman ve P. Huurnink Hollanda Hükümeti adına,
- Vekil olarak hareket eden A. Falk, C. Meyer-Seitz ve H. Shev İsveç Hükümeti adına,
- Vekil olarak hareket eden A. Bouquet, B. De Meester, F. Clotuche-Duvieusart ve K. Herbout-Borcak Avrupa Komisyonu adına,

9 Nisan 2019 tarihli oturumda sunulan yazılı gözlemleri ve prosedürü göz önüne alarak,

13 Haziran 2019 tarihindeki oturumda Başsavcı Görüşünü dinledikten sonra, Aşağıdaki kararı vermiştir.

KARAR

- 1 Bu ön karar talebi, (AT) 1924/2006 ve (AT) 1925/2006 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğünü değiştiren ve 87/250/AET Komisyon Direktifini, 90/496/AET Konsey Direktifini, 1999/10/AT Komisyon Direktifini, Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin 2000/13/AT Direktifini, 2002/67/AT ve 2008/5/AT sayılı Komisyon Direktiflerini ve 608/2004 sayılı Komisyon Tüzüğünü yürürlükten kaldıran Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin 25 Ekim 2011 tarihli 1169/2011 sayılı Tüzüğünün tüketicilere gıda bilgilendirmesi hükmünün yorumlanması ile ilgilidir (OJ 2011, L 304, s.18)
- 2 Bu talep, bir tarafta Avrupa Musevi Örgütü ve Vignoble Psagot Ltd. Şti.; diğer tarafta Fransa Ekonomi ve Maliye Bakanı arasındaki konusu Haziran 1967 tarihinden beri İsrail Devleti tarafından işgal edilen bölgelerde üretilen malların menşe işaretine ilişkin bildirim hukuka uygunluğuyla ilgili olan davada yapılmıştır.

Hukuki Bağlam

Avrupa Birliği Hukuku

Gıda ürünlerine ilişkin mevzuat

- 3 1169/2011 sayılı Tüzüğün 3, 4 ve 29 sayılı giriş hükümleri şunları ifade etmektedir:
 - “(3) Tüketicileri korumak için yüksek bir sağlık seviyesini elde etmek ve bilgi edinme haklarını güvence altına almak amacıyla tüketicilerin tükettikleri gıdalar hakkında doğru bir şekilde bilgilendirilmeleri sağlanmalıdır. Tüketicilerin seçimleri, diğerlerine ilaveten sağlık, ekonomik, çevresel, sosyal ve ahlaki hususlar tarafından etkilenebilir.
 - (4) Gıda hukukunun genel ilkeleri ve gerekliliklerini düzenleyen, Avrupa Gıda Güvenliği Kurumu'nu kuran ve gıda güvenliğine dair

usulleri belirleyen 23 Ocak 2002 tarihli ve (AT) 178/2002 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğüne göre, [OJ 2002, L 31, s.1] tüketicilerin tükettiği gıda seçimleri hususunda bilinçli tercihler yapmasına zemin hazırlamak ve tüketicileri yanlış yönlendirecek herhangi bir uygulamayı engellemek gıda hukukunun temel bir ilkesidir. [RG 2002 L 31, s.1]

...

(29) Yokluğu, tüketicileri bu ürünün menş e ülkesi veya kaynak yerine dair yanlış yönlendirmesi muhtemel olduğunda, gıdanın menş e ülkesinin veya kaynak yerinin göstergesi bulunmalıdır. Her durumda, menş e ülkesinin veya kaynak yerinin göstergesi tüketiciyi aldatmayacak şekilde sağ lanmalıdır...”

4 Tüzüğün “Konu ve Kapsam” baş lıklı 1. maddesinin 1. fıkrası ş unu ö ngö rmektedir:

“Bu Tüzük, iç pazarın aksamadan iş leyiş ini sağ larken, tüketicilerin algılayış ındaki farklılıkları ve bilgi ihtiyaç larını göz önüne alarak gıda bilgileri hususunda tüketicinin yüksek seviyede koruma güvencesine zemin hazırlamaktadır.”

5 1169/2011 sayılı Tüzüğün 2(2)(g). maddesi, “kaynak yeri”nin bir gıdanın nereden geldiğini belirten herhangi bir yer anlamına geldiğini ve bunun, Topluluk Gümrük Kodu’nu oluşturan 12 Ekim 1992 tarihli ve 2913/92 (AET) sayılı Tüzüğün [OJ, 1992, L 302, s. 1; “Topluluk Gümrük Kodu”] madde 23 ile 26 uyarınca açıklandığı gibi, “menş e ülke” olmadığını, bu yeri belirtmeden etiket üzerindeki gıda şirketi iş letmecisinin ticaret unvanı veya adresinin, gıdanın menş e ülkesinin veya kaynak yerinin göstergesini tayin etmeyeceğini ö ngö rmektedir. Ek olarak, bu maddenin 3. fıkrası, Topluluk Gümrük Kodu’nun 23 ve 26. maddelerince belirlendiği gibi, bir gıdanın “menş e ülkesi”nin, gıdanın kaynak yerine atıf yaptığını düzenlemektedir.

6 Tüzüğün “Genel Amaç lar” baş lıklı 3. maddesinin 1. fıkrası ş unu ö ngö rmektedir:

“Gıda bilgilendirmesi hükmü, özel olarak sağ lık, ekonomik, çevresel, sosyal ve ahlaki açıdan nihai tüketicilerin bilinçli tercihler yapmasına ve güvenli bir şekilde gıdadan istifade edilmesine zemin hazırlayarak yüksek seviyede tüketicinin sağ lığı ve menfaatlerinin korunmasını

sürdürecektir.

- 7 1169/2011 Sayılı Tüzüğün “Zorunlu Ayrıntılar Listesi” başlıklı 9. maddesi kapsamında:

“10 ila 35. maddeler ve bu Bölümü kapsayan istisnalara tabi olarak aşağıdaki hususların belirtilmesi zorunlu olacaktır:

...

- (i) 26. maddede öngörülen menşe ülkesi veya kaynak yeri;

...”

- 8 Tüzüğün “menşe ülke veya kaynak yeri” başlıklı 26. maddesinin 2. fıkrası şunu öngörmektedir:

“Menşe ülke veya kaynak yerinin belirtilmesi zorunlu olacaktır:

- (a) Yanlış belirtildiğinde bu durum, bilhassa, eğer gıdada veya etikette bulunan bilgilendirme bir bütün olarak gıdanın farklı bir menşe ülkesi veya kaynak yeri olduğunu belirtmekteyse, gıdanın gerçek menşe ülkesi veya kaynak yerine ilişkin tüketicileri yanıltabilir;

...”

Gümrük Mevzuatı

- 9 Topluluk Gümrük Kodu, 288(2). maddesi mucibince ilgili hükümleri 1 Mayıs 2016 tarihinden beri uygulanabilir olan ve Birlik Gümrük Kodu’nu yürürlüğe koyan 9 Ekim 2013 tarihli ve 952/2013 (AB) sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü [OJ, 2013, L 269, s.1 ve baskı hatası OJ, 2013, L 287, s.90;“Birlik Gümrük Kodu”] tarafından yürürlükten kaldırılmıştır.

- 10 Bu tarihten itibaren, 286(3). maddeden açıkça anlaşılır olduğu üzere, 1169/2011 sayılı Tüzük gibi, diğer Birlik akitlerindeki Topluluk Gümrük Kodu’na yapılan atıflar Birlik Gümrük Kodu hükümlerine yapılmış atıflar gibi yorumlanmalıdır.

- 11 Topluluk Gümrük Kodu’nun 23(1) ve 24. maddesine tekabül eden Birlik Gümrük Kodu’nun 60. maddesi şunu öngörmektedir:

“1. Tek bir ülkede veya bölgede bir bütün olarak elde edilen mallar, bu ülkenin veya bölgenin kaynağı olarak kabul edilecektir.

2. Üretimi bir ÷lkeden veya bölgeden daha fazlasını içeren mallar, son, önemli, ekonomik olarak makul bir aşamasını geçirdiği, bu amaçla donatılmış bir girişimde yeni bir üretimle neticelenen veya üretimin önemli bir aşamasını temsil eden ÷lkede veya bölgede üretildiği addedilecektir.

Komisyon Bildirisi

- 12 Avrupa Komisyonu, 12 Kasım 2015 tarihinde *Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde* “Haziran 1967’den beri İsrail’in [Devleti] işgal ettiği toprakların mallarının menşesinin belirtilmesi üzerine Açıklayıcı Bildiri” başlıklı bir bildiri yayınlamıştır. (OJ, 2015, C 375, s.4; “the Commission Notice”)
- 13 Bu Bildirinin 1. paragrafında, Komisyon, “Avrupa Birliği, Haziran 1967’den beri İsrail’in işgal ettiği Golan Tepeleri, Gazze Şeridi ve Doğu Kudüs’ü içine alan Batı Şeria bölgeleri üzerinde İsrail egemenliğini uluslararası hukuk doğrultusunda tanımayacağını ve bu bölgeleri İsrail’in bir toprak parçası olarak telakki etmeyeceğini” açıklamıştır.
- 14 Bu Bildirinin 2. paragrafında Komisyon, “İsrail’in işgal ettiği topraklardan gelen ürünlerin menşe bilgisi hakkında, mevcut Birlik mevzuatı hakkında tüketicilerden, ekonomik aktörlerden ve ulusal yetkililerden bir şeffaflık talebi olduğunu” ve “amacın, ayrıca, Haziran 1967’den beri İsrail tarafından işgal edilmiş topraklar üzerinde İsrail egemenliğinin uluslararası hukuk doğrultusunda Birlik tarafından tanınmamasıyla Birlik pozisyonlarına ve taahhütlerine saygıyı sağlamak olduğunu” belirtmektedir.
- 15 Bu Bildirinin 3. paragrafında Komisyon, Adalet Divanı’nın öngöreceği yoruma hâle getirmeksizin”, “bu bildiri herhangi bir yeni yasal kural yaratmadığını” ve “Komisyon’un Birlik mevzuatının anlayışının yansımaları olduğunu” beyan etmektedir.
- 16 Bildirinin 4 ve 6. paragraflarında, çeşitli ürünlerin menşesinin belirtilmesini gerektiren AB mevzuatının birçok hükmüne atıf yaptıktan sonra, Komisyon bu Bildirinin 7 ve 10. paragraflar arasında şunları belirtmiştir:
“(7) Uluslararası hukuka göre, Golan Tepeleri ve Batı Şeria (Doğu Kudüs dâhil) İsrail topraklarının parçası olmadığı için “İsrail ürünü” işareti hatalı ve yanıltıcı olarak düşün÷lmektedir.

- (8) Menşenin belirtilmesinin zorunlu olması halinde, bu bölgelerin genelde nasıl bilindiğini hesaba katan başka bir açıklama kullanılması zorunludur.
- (9) Yerleşim yerlerinde üretilmeyen Filistin ürünleri için, uluslararası uygulamaya benzer ve coğrafi menşesi hakkında yanıtılmayan “Batı Şeria ürünü”, “Gazze ürünü” veya “ Filistin ürünü” gibi bir gösterge olabilir.
- (10) Golan Tepeleri veya Batı Şeria yerleşiminde üretilen ürünler için “Golan Tepeleri malı” veya “Batı Şeria malı” ile sınırlı bir gösterge kabul edilemez. Malların üretildiği yerden daha geniş bir coğrafya belirleseler bile, malların, İsrail yerleşimlerinden geldiğini belirten ek coğrafi bilgi ihmali tüketicileri malın doğru menşesi hakkında yanıltır. Bu tür durumlarda, örneğin parantez içinde, “İsrail yerleşimi” ifadesi veya muadili ekli olmalıdır. Dolayısıyla, “Golan Tepeleri(İsrail yerleşimi) ürünü” veya “Batı Şeria(İsrail yerleşimi) ürünü” gibi ifadeler kullanılabilir.

Fransız Hukuku

17 24 Kasım 2016 tarihinde Fransız Ekonomi ve Maliye Bakanı tarafından yayınlanan “Haziran 1967’den beri İsrail [Devleti] tarafından işgal edilen bölgelerde üretilen malların menşesi göstergesine ilişkin ekonomik aktörlere bildiri”ye göre:

“[1169/2011 sayılı] Tüzük, ayrıntıların etiketlenmesinin adil olması gerektiğini öngörmektedir. Özellikle ürünlerin menşesi ile ilgili olarak tüketiciyi yanıltma riski yaratılmamalıdır. İsrail tarafından işgal edilen topraklardaki gıda maddeleri bu menşesi yansıtacak şekilde etiketlenmelidir.

Sonuç olarak, Fransa Ekonomi ve Maliye Bakanlığı Rekabet, Tüketici İşleri ve Dolandırıcılıkla Mücadele Genel Müdürlüğü [Direction générale de la Concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)], ekonomik aktörlerin dikkatini Komisyon Bildirisi’ne çekmektedir.

Bilhassa, Golan Tepeleri ve Doğu Kudüs’ü kapsayan Batı Şeria’nın uluslararası hukuk kapsamında İsrail’in bir parçası olmadığını belirtmektedir. Tüketicileri yanıltmamak amacıyla, Topluluk kuralları kapsamında gösterge zorunlu olsun ya da olmasın veya aktörler

tarafından gönüllü olarak eklenmiş olsun ya da olmasın gıda ürünlerinin etiketlenmesi doğru bir şekilde ürünün mutlak menşeyini göstermelidir.

Batı Şeria veya Golan Tepeleri yerleşiminde üretilen ürünler için “Golan Tepelerinde üretilen ürün” veya “Batı Şeria’da üretilen ürün” ile sınırlı gösterge kabul edilebilir değildir. Bu terimler ürünün üretildiği yerden daha geniş bir coğrafya veya bölgeye atıf yapmasına rağmen malın İsrail yerleşiminde üretildiğini belirten ek coğrafi bilginin ihmali tüketicileri malın menşeyi hakkında yanıltması olasıdır. Bu tür durumlarda, parantez içinde “İsrail yerleşimi” terimi veya muadil terimleri eklenmesi gereklidir. Bu cihetle, “Golan Tepeleri”nde (İsrail yerleşimi) üretilen ürün” veya “Batı Şeria”da (İsrail yerleşimi) üretilen ürün” gibi terimler kullanılabilir.

Esas davadaki uyuşmazlıklar ve ön karar için başvuru sorular

- 18 Avrupa Musevi Örgütü ve Vignoble Psagot tarafından 24 ve 25 Ocak’ta yapılmış iki başvuruda da Bakanlık Bildirisi’ni iptalini arayan bir davayı Conseil d’État’da (Danıştay, Fransa) açmışlardır. İddialarını ayrı ayrı desteklemek amacıyla her ikisi de Bildirinin 1169/2011 sayılı Tüzüğü dikkate almadığını ileri süren çeşitli beyanlara dayanmaktadır.
- 19 Conseil d’État (Danıştay), esas itibariyle, Bakanlık Bildirisi’nin göz ardı ettiği iddia edilen 1169/2011 sayılı Tüzüğü incelemesi sonucunda ortaya çıkan soruların, önceden derdest olan ve ciddi zorluklar çıkaran iki uyuşmazlığın sonucu için belirleyici olduğunu dikkate almıştır.
- 20 Bu durumlarda, Conseil d’État (Danıştay) yargılamayı bekletmeye ve ön karar usulü kapsamında aşağıdaki soruları Adalet Divanı’na sevk etmeye karar vermiştir:
 - “(1) AB Hukuku ve bilhassa ürünlerin menşeyinin göstergede yer almasının zorunlu olduğunu içeren 1169/2011 sayılı Tüzük, İsrail Devleti tarafından 1967’den beri işgal edilmiş bir bölgenin ürünü için bu bölgenin göstergesini ve dolayısıyla bir İsrail yerleşiminden geldiği göstergesini gerektirmekte midir?
 - (2) Eğer değilse, Tüzüğün hükümleri, bilhassa 6. Kısımda mevcut olan hükümler, bir Üye Devlet’e bu göstergeleri talep etmesine izin verir mi?

Başvurulan soruların değerlendirilmesi

İlk soru

- 21 Birinci soruya göre ulusal mahkeme, 1169/2011 sayılı Tüzüğün 26(2)(a). maddesiyle beraber bu Tüzüğün 9(1)(i). maddesinin, İsrail Devleti tarafından işgal edilmiş bir bölgede üretilen gıda ürünlerinin sadece bu bölgenin göstergesini değil, ayrıca bu gıda ürünlerinin bu bölge içindeki İsrail yerleşiminden geldiğini gösteren kaynak yerini de taşıması gerektiği anlamında yorumlanmak zorunda olup olmadığını sormaktadır.
- 22 Bu bağlamda, 1169/2011 sayılı Tüzüğün 9(1)(i). maddesinden de anlaşıldığı gibi not edilmelidir ki, bir gıdanın menşe ülkesinin veya kaynak yerinin göstergesi, bu Tüzüğün 26. maddesinde öngörüldüğü üzere, zorunludur.
- 23 Tüzüğün 26(2)(a). maddesi, bir gıdanın menşe ülkesi veya kaynak yeri doğruymuş gibi tüketicileri yanıltabilecek hatalı göstergelerin varlığı halinde, özellikle gıdada veya etikette bulunan bilgilendirme bir bütün olarak gıdanın farklı bir menşe ülkesi veya kaynak yeri olduğunu belirtiyorsa, maddede belirtilen göstergenin zorunluluğunu öngörmektedir.
- 24 Ek olarak, 1169/2011 sayılı Tüzüğün okunması gereken 29 sayılı giriş hükmü ışığında, her halükarda bir menşe ülke veya kaynak yeri göstergesinin tüketicileri aldatmaması gerektiğini ifade etmektedir.
- 25 Bu gıda ürününün doğru menşe ülkesi veya kaynak yerinden farklı bir menşe ülkesi veya kaynak yerine sahip olduğu inancına tüketicileri yönlendirebilecek hatalı göstergeler halinde, gıda ürününün menşe ülkesinin veya kaynak yerinin belirtilmesi gerektiği ifadesi takip etmektedir. Ayrıca gıda ürününün üzerinde menşe ülkesi veya yeri belirtildiği takdirde, bu yanıltıcı olmamalıdır.
- 26 İkinci olarak, yukarıda 9. paragrafta açıklandığı gibi, 1169/2011 sayılı Tüzüğün 26(2)(a). maddesindeki “menşe ülkesi” kavramı, bu Tüzüğün 2. maddesinin 3. fıkrasında yerini Birlik Gümrük Kodu’na bırakan Topluluk Gümrük Kodu’na atıf yapılarak tanımlanmıştır.
- 27 Birlik Gümrük Kodu’nun 60. maddesi kapsamında, belirli bir “ülke” veya “bölge” içerisinde bir bütün olarak elde edilen ya da son önemli

işlemlerini bu ülkede veya bölgede geçiren malların menşeinin o ülkede veya bölgede olduğu addedilecektir.

- 28 “Ülke” terimi konusunda not edilmelidir ki, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği İşleyişi Dair Antlaşması’nda bu terim “devlet” teriminin eşanlamlısı olarak sayısız sefer kullanılmıştır. Böylece AB hukukunun tutarlı bir biçimde yorumlanmasını sağlamak adına bu terime aynı anlamın, Birlik Gümrük Kodu ve 1169/2011 sayılı Tüzükte de verilmesi gerekmektedir.
- 29 Ek olarak, “devlet” kavramının kendisi, kendi coğrafi sınırları içerisinde uluslararası hukuk tarafından tanınmış tüm yetkileri kullanan egemen birime atıf olarak anlaşılmalıdır. (Bkz. 21 Aralık 2016 tarihli yargılama, *Council v Front Polisario*, C-104/16, EU:C:2016:973, 95. paragraf)
- 30 “Bölge” terimine ilişkin olarak, Birlik Gümrük Kodu’nun 60. maddesinin alternatif anlatımından bu terimin, niteliği “ülke” ve dolayısıyla “devlet” dışındaki birimlere atıf yapmakta olduğu sonucu çıkmaktadır.
- 31 Mahkemenin önceden karar vermiş olduğu gibi, bu birimler, diğerlerinin yanında, bir devletin yargı yetkisi veya uluslararası sorumluluğu kapsamındayken, yine de, uluslararası hukuk çerçevesinde, bu Devletten ayrı ve farklı bir statüye sahip coğrafi bölgeleri kapsamaktadır. (Bkz. 21 Aralık 2016 tarihli yargılama, *Council v Front Polisario*, C-104/16, EU:C:2016:973, 92 ve 95. paragrafları; 27 Şubat 2018 tarihli *Western Sahara Campaign UK*, C-266/16, EU:C:2018:118, 62 ve 64. paragrafları)
- 32 Birlik Gümrük Kodu’nun 60. maddesinin kapsamı ışığında, 1169/2011 sayılı Tüzüğün 26(2). maddesinde düzenlenen tüketicileri yanıltabilecek hatalı gösterge halinde bir gıda ürününün menşe ülkesini belirtme sorumluluğu, yukarıda 28 ve 29. paragraflarda açıklandığı gibi, sadece “ülke”de üretilen gıda ürünleri için değil; ayrıca yukarıda 31. paragrafta atıf yapıldığı gibi “bölge”de üretilen gıda ürünleri için de uygulanacaktır.
- 33 Mevcut davada, sevk eden mahkeme esas davadaki uyuşmazlıkta gıda ürünlerinin “İsrail Devleti tarafından 1967’den beri işgal edilmiş topraklarda, daha belirgin bir biçimde Bakanlık Bildirisi’nde ifade edildiği gibi, Doğu Kudüs’ü kapsayan Batı Şeria’da ve Golan Tepeleri’nde üretildiğini belirtmektedir.

- 34 Uluslararası insancıl hukuk kuralları kapsamında bu bölgeler, işgalci bir güç olarak İsrail Devleti'nin sınırlı yargı yetkisine tabi olsa da, her bir bölgenin İsrail Devleti'nden ayrı kendisine ait uluslararası statüsü vardır.
- 35 Batı Şeria, 9 Temmuz 2004 tarihli Uluslararası Adalet Divanı'nın İşgal Edilmiş Filistin Toprağında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları başlıklı İstisari Mütalaasında ifade edildiği gibi, Filistin halkının kendi kaderini belirleme (self-determinasyon) hakkını kullandığı bir bölgedir. (ICJ Reports 2004, s. 136, 118 ve 149. paragraflar) Golan Tepeleri, İsrail Devleti dışında başka bir devletin, Suriye Arap Cumhuriyeti devletinin topraklarının parçasını teşkil etmektedir.
- 36 Yukarıdakiler ışığında, esas davadaki uyuşmazlıkta olduğu gibi, gıda ürünlerindeki, bu gıda ürünleri aslında 33. paragrafta atıf yapılan bölgelerden birinde üretildiği zaman, İsrail Devleti'nin menşe ülke olduğunu gösteren göstergelerin tüketiciyi aldatabilecek nitelikte olduğuna hükmedilmelidir.
- 37 Ek olarak, İsrail Devleti'nin bu bölgelerde işgalci bir güç olarak bulunduğu ve yukarıdaki 29. paragrafın anlamında bir egemen birim olarak mevcudiyeti olmadığı hususuna ilişkin olarak tüketicilerin yanlış yönlendirilmesini engellemek adına, tüketicilerin, bu gıda ürünlerinin bu Devlette üretilmediğine dair bilgilendirilmesi zorunluluğu hasıl olmuştur.
- 38 Sonuç olarak, esas davadaki uyuşmazlıkta olduğu gibi, gıda ürünlerinin menşei bölgesinin gösterilmesinin ihmal edilemeyeceği ve böylece 1169/2011 sayılı Tüzüğün 9 ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olduğu kabul edilmelidir.
- 39 Üçüncü ve son olarak, 1169/2011 sayılı Tüzüğün 26(2)(a). maddesindeki “kaynak yeri” kavramı, bu Tüzüğün 2(2)(g). maddesine uygun olarak, gıdanın menşe ülkesine değil; gıdanın geldiği yere atıf yapmaktadır. Tüzüğün 2(2)(g). maddesi, ad, ticaret unvanı veya üreticinin adresinin göstergesinin, bu gıda ürününün kaynak yeri göstergesi gibi etki yapamayacağını belirtmektedir.
- 40 Dahası, yukarıdaki 26 ila 32. paragraflardaki değerlendirmeleri dikkate alındığında, bir kaynak yeri, aynı şekilde, gıda ürününün “menşe bölgesi”ne muadil olamaz.

- 41 Bu unsurlar ışığında “kaynak yeri” kavramı, üreticinin adresi hariç olmak üzere bir gıda ürününün menşe ülkesi veya menşe bölgesi içinde herhangi bir coğrafi alana yapılmış atıf olarak anlaşılmalıdır.
- 42 Mevcut davada ulusal mahkemede gündeme getirilen soru, ilk olarak 1169/2011 sayılı Tüzüğün, gıda ürünlerinin yukarıda 33. paragrafta atıf yapılan bölgelerden birinde bulunan bir “İsrail yerleşimi”nden geldiği göstergesinin, Tüzüğün anlamı dahilinde kaynak yerinin bir göstergesi olarak addedilebileceği anlamında yorumlanması gerekip gerekmediğinin belirlenmesini içermektedir.
- 43 Umumi mahiyeti gereği “yerleşim” teriminin, tek bir yere değil; birkaç muhite atıf yapması muhtemeldir. Dahası, yabancı kökenli bir nüfusa atıf yaptığı için bu terimin genel anlamında coğrafi manasından öte bir demografik boyutu vardır.
- 44 Yukarıda 41. paragrafta açıklandığı gibi, mevcut davada, belirli bir coğrafi alana atıf yapılmasını öngören 1169/2011 sayılı Tüzüğün anlamı dahilinde bu faktörler, “yerleşim” kavramının, bir “kaynak yeri”nin belirlenmesine katkıda bulunmasına engel olmamaktadır.
- 45 Mevcut davada, gıda ürünlerinin, yukarıda 33. paragrafta atıf yapılan bölgelerden birinde bulunan bir “İsrail yerleşimi”nden geldiği göstergesinin, 1169/2011 sayılı Tüzüğün 26(2)(a). maddesinin anlamında “kaynak yeri” olarak kabul edilebileceği sonucu çıkmaktadır.
- 46 Bu hallerde, ikinci olarak, mesela esas davadaki uyuşmazlıkta olduğu gibi gıda ürünleri durumunda, “İsrail yerleşimi” göstergesinin zorunlu olup olmadığı belirlenmelidir. Daha belirgin bir biçimde, yukarıda 38. paragrafta belirtildiği gibi, bu tür gıda ürünleri menşe bölgesi göstergesi taşımak zorunda olduğuna göre Mahkemenin ayrıca “İsrail yerleşimi” göstergesini taşımalarının da zorunlu olup olmadığını belirlemesi gerekmektedir.
- 47 Yukarıda 25. paragrafta ifade edildiği gibi, sadece menşe bölgesinden bahsedilmesi sonucunda bu göstergenin ihmali, tüketicileri ilgili gıda ürünlerinin kaynak yerinin doğruluğuna dair yanıltıp yanıltmayacağını teyit etmek zaruridir.
- 48 Bu bakımdan, İşgal Edilmiş Filistin Toprağına ilişkin olarak, 9 Temmuz 2004 tarihli İşgal Edilmiş Filistin Toprağında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları (ICJ Reports 2004, s.136, 120.paragraf) raporundaki

Uluslararası Adalet Divanı'nın İstişari Mütalaasında belirtildiği gibi, İsrail Devleti tarafından işgal edilen toprakların bir kısmında kurulan yerleşimlerin, söz konusu Devletin kendi toprakları dışında yürüttüğü nüfus transferi politikasına verdiği somut beyanlarla karakterize edilmesinin, 12 Ağustos 1949 tarihinde Cenevre'de imzalanan Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Konvansiyonu'nun (*United Nations Treaty Series*, vol. 75, No:973, s.287) 49. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen uluslararası insancıl hukuk normlarını ihlal ettiği not edilmelidir. Dahası, bu politika, Başsavcının mütalaasının 53 ve 54. maddesinde belirttiği gibi Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından ve Avrupa Birliği tarafından defalarca kınanmıştır. Bu bağlamda, AB Antlaşması 3(5). maddesi mucibince, Avrupa Birliği'nin BM Şartı ilkelerini de içeren uluslararası hukukun harfiyen yerine getirilmesine katkıda bulunduğu altı çizilmelidir.

- 49 İfade edilmelidir ki eğer bir İsrail yerleşiminden gelen bir gıda ürünü kaynak yeri bahsi olmadan 33. paragrafta atıf yapılan bölgelerden birinin göstergesini taşımakta ise tüketiciler, Batı Şeria olması halinde Filistinli bir üreticiden; Golan Tepeleri olması halinde Suriyeli bir üreticiden geldiği inancına yönelebilirler.
- 50 Aydınlatıcı bilgilendirmenin eksikliği halinde, tüketicilerden, gıda ürününün, uluslararası insancıl hukuk kurallarına aykırı olarak bu bölgelerden birinde kurulmuş yerleşim yeri oluşturan bir veya birkaç muhitten geldiğini tahmin etmesi beklenemez.
- 51 Yukarıda 33. paragrafta atıf yapılan bölgelerden birindeki gıda ürününün "İsrail yerleşimi"nden geldiğine dair göstergenin ihmal edilmemesini, bu gıda ürününün doğru kaynak yerinden başka bir kaynak yerine sahip olduğu şeklinde tüketicileri yanlış yönlendirmesi muhtemeldir.
- 52 Bu sonuç, 1(1). maddesinde ifade edildiği gibi 1169/2011 sayılı Tüzüğüne, gıda bilgisi hususunda tüketicilerin algılayışındaki farklılıkları hesaba katarak yüksek seviyede tüketicinin korunmasını sağlamak olan amacı tarafından desteklenmektedir.
- 53 Okunması gereken 1169/2011 sayılı Tüzüğüne 3(1). maddesinden ve bu Tüzüğüne 3 ve 4 sayılı giriş hükümleri ışığında, tüketicilerin bilgilendirilmesi hükmü, özel olarak sağlık, ekonomik, çevresel, sosyal ve ahlaksal değerlendirmeler hususunda tüketicilere bilinçli tercihler yapma olanağı tanıdığı şeklinde değerlendirilmelidir.

- 54 Bununla birlikte, tahdidi olmayan bu listenin niteliği göz önüne alındığında, uluslararası hukuk kurallarının yerine getirilmesiyle ilgili olanlar gibi diğer hususlar da bu bağlamla alakalı olabileceği vurgulanmalıdır.
- 55 Mevcut davada, esas itibariyle, Başsavcının, Görüşü'nün 51 ve 52. fıkralarında belirttiği gibi, tüketicilerin satın alma kararlarının, esas davadaki söz konusu gıda ürünlerinin uluslararası insancıl hukuk kurallarını ihlal edecek şekilde kurulmuş yerleşimlerden geldiği hususuyla ilgili bilgilendirilebileceği kabul edilmelidir.
- 56 Ek olarak, bilhassa, bu kurallardan bazılarının uluslararası hukukun temel kurallarını oluşturması sonucu, bir gıda ürününün insancıl hukuk kurallarını ihlal edecek şekilde kurulan yerleşimlerden geldiği hususu, tüketicilerin satın alma kararını etkileyebilecek ahlaksal değerlendirmeye konu olabilir. (Uluslararası Adalet Divanı'nın 9 Temmuz 2004 tarihli İstişari Mütalaası, İşgal Edilmiş Filistin Toprağında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları, ICJ Reports 2004, s.136, 155 ila 159. paragraflar)
- 57 Böylece, 1169/2011 sayılı Tüzüğün 9(1)(i) ve 26(2)(a) maddelerinin, menşe ülke veya kaynak yeri göstergesine atıf yapmasına rağmen, mevcut uyuşmazlıktaki gibi bir durumda bu hükümler, hem bir gıda ürününün yukarıdaki 33. paragrafta atıf yapılan bölgelerden birinde üretildiği göstergesi hem de ikinci göstergenin ihmalinde bu gıda maddelerinin kaynak yerine ilişkin tüketicilerin yanlış yönlendirilmesi muhtemel olacağına göre, gıda ürünlerinin atıf yapılan bölgelerden birinin içindeki "İsrail yerleşimi" geldiğinin göstergesini gerektirmektedir.
- 58 Yukarıdaki bütün değerlendirmeler ışığında, birinci soruya cevap, 1169/2011 sayılı Tüzüğün 9(1)(i) maddesiyle 26(2)(a) maddesinin bağlantılı bir şekilde okunarak, İsrail Devleti tarafından işgal edilmiş bölgelerde üretilen gıda ürünleri sadece bu bölgenin göstergesini değil; ayrıca bu gıda ürünlerinin bu bölge içerisinde bir İsrail yerleşimi oluşturan bir veya bir grup muhitten geldiğini belirtecek gösterge taşıması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır.

İkinci soru

- 59 Birinci soruya verilen cevap ışığında ikinci soruya verilecek cevaba ihtiyaç bulunmamaktadır.

Dava Masrafları

60 Esas dava tarafları bakımından, bu dava, ulusal mahkeme nezdinde devam eden ana davanın bir aşamasını teşkil ettiğinden, masraflarla ilgili karar verme yetkisi ulusal mahkemenindir. İlgili tarafların masrafları hariç, Divan'a gözlemler sunulmasına ilişkin masraflar geri ödemeye konu olamaz.

Bu gerekçelerle, Divan (Büyük Daire) şuna hükmetmiştir:

1924/2006 (AT) sayılı ve 1925/2006 sayılı (AT) Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüklerinde değişiklik yapan, 87/250/AET sayılı Komisyon Direktifini, 90/496/AET sayılı Konsey Direktifini, 1999/10/AT sayılı Komisyon Direktifini, 2000/13/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifini, 2002/67/AT ve 2008/5/AT sayılı sayılı Komisyon Direktiflerini ve 608/2004 sayılı Komisyon Tüzüğünü yürürlükten kaldıran, tüketiciler için gıda bilgilendirmesi hükmüne ilişkin 25 Ekim 2011 tarihli ve 1169/2011 (AB) sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğünün 9(1) (i). maddesi, İsrail Devleti tarafından işgal edilmiş bir bölgede üretilen gıda ürünlerinin sadece bu bölgenin göstergesini değil; ayrıca bu gıda ürünlerinin bu bölge içerisinde bir İsrail yerleşimi oluşturan bir veya bir grup muhitten geldiğini belirtecek gösterge taşıması gerektiği anlamında yorumlanmalıdır.

[İmza]

